١

كتاب
شرح مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي
رحمه الله تعالى

٥٦٣

صنفه الشيخ الامام ابي الحسين احمد بن محمد البغدادي المعروف بالقدوري
رضي الله عنه وعفى عنه

٥٦٣

٥٦٣

الديات الشجاج [illegible] الجنين ال[illegible]
القصاص الجوائح النافذة [illegible] ضمان الراكب
ما يحدث في الطريق الناخس القطار [illegible] الحائط
الحدود الشهادة على الزنا رجوع الشهود ال[illegible]
حد القذف التعزير [illegible] قطاع [illegible]
من [illegible] الهبة العمرى الرقبى ال[illegible]
[illegible] السكنى الصدقة هبة [illegible]
الدعوى الوصايا الوكالة الكفالة
الصلح المزارعة الاكراه القسمة المأذون
[illegible] السير الشرب [illegible]
[illegible] الجهاد

بسم الله الرحمن الرحيم

[illegible] الصلاة على محمد وآله [illegible] الشيخ أبي

الحسين رحمه الله [illegible] شرحه وهو كتاب يجمع من فروع الفقه ما لا يجمعه غيره وقد كان أبو علي الشاشي

يقول [illegible] هذا الكتاب [illegible] أصحابنا [illegible] أصحابنا [illegible] مختلف الترتيب

[illegible]

وقد عزمت على إملاء كتاب جامع في شرحه [illegible] الفروع والزوائد التي لا بد منها [illegible] مسائل

الخلاف [illegible]

[illegible] ما أملاه رحمه الله من الكتب

[illegible] وأقدم على ذلك مسألة في تقديم

مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه [illegible]

الشيخ الجليل أبو الحسين أحمد بن محمد البغدادي رحمه الله الكلام في تقديم مذهب أبي حنيفة رضي

الله عنه [illegible]

[illegible]

باب الأواني والآنية قال أبو الحسن رحمه الله

[illegible]

لم ينجسها ولأنا لما حكمنا بحيوان الذي يموت فيه حكمنا بطهارته فلم ينجس الماء ولهذا قال في الواقف الكافر يجب أن يغسل ثم الفي
في بئر نجسة لأنه غير محكوم بحيوان الصلوة عليه فبقي على نجاسته قال أبو الحسن رحمه الله فأما الآبار فما وقع فيها من نجاسة
مائعة نجست ونزح الماء كله إلا أن يغلبهم فإن غلبهم نزحوا قدر ما كان في البئر على قدر اجتهادهم في ذلك والأصل في هذا
أن البئر إذا وقع فيها نجاسة أن تطهر بالنزح وقال بشر المريسي لا تطهر أبدا وهو القياس وقد ذكر محمد قياسا آخر وقال
اجتمع رأيي ورأي أبي يوسف على أن البئر كالماء الجاري وأن الماء لا ينجس ثم قلنا وما علينا أن توجب نزح بعضها ولا نخالف
الآثار والدليل على أن البئر تطهر بالنزح ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال في البئر إذا ماتت فيها فارة ينزح ماؤها وروي
عنه أنه قال ينزح منها دلاء وعن أبي سعيد الخدري في الدجاجة قال ينزح أربعون دلوا وعن الشعبي والنخعي في الفارة عشرون
دلوا وروي أن زنجيا وقع في بئر زمزم فمات فأمر ابن عباس أن ينزح جميع مائها وذلك بحضرة ابن الزبير فقد اتفق
السلف على تطهير البئر فلا يجوز مخالفة إجماعهم ولأن النبع في البئر متصل فإذا خرج منها الماء ونبع ما أخرج مع النجس
جرى الماء فصار كالنجاسة تقع في الماء الجاري وهذا وجه تشبيه أبي يوسف ومحمد البئر بالماء الجاري ٥ وقد روي عن الحسن
عن أبي حنيفة في حوض الحمام إذا وقعت فيه نجاسة أنها لا تستقر لأن الماء يتصل جريانه إليه وأخذه منه فيصير كالماء
الجاري وحكي قول بشر أن الماء قد نجس فإذا نزح بقي الطين فيها على نجاسته فإذا نبع ماء آخر نجس ذلك الطين وعلى هذا
كلما نزح ما فيها بقي طين نجس واختلط بما نبع وهذا القياس مخالف للإجماع فأما من قال إن البئر تنزح ثم تغسل فقد
غلط لأن الغسل إنما يؤثر فيما ينفصل الماء منه بعد غسله وإذا غسل بقي الماء النجس فيه على أن هذا القول مخالف
لإجماع السلف وقد قال الشافعي إن النجاسة إذا وقعت في البئر ولم يتغير أحد أوصاف الماء جاز الوضوء به وهذا القول أيضا
مخالف لاتفاق السلف لأنهم أمروا بالنزح ولم يشترطوا التغير ٥ قال والنجاسة التي تقع في البئر على ضربين أحدهما
يتفرق في الماء ولا يمكن إخراج عينه مثل المائعات النجسة فيجب نزح جميع الماء لأن النجاسة اختلطت بجميعه فوجب إخراجه
ليحكم بطهارتها وأما إذا كان النجس مما يمكن إخراجه بعينه مثل الحيوان فلا يخلو إما أن يخرج منها حيا أو ميتا فإذا خرج
حيا فهو على ضربين إما أن يكون الحيوان طاهرا أو نجسا فإن كان طاهرا كالآدمي إذا وقع في البئر وقد استنجى وهو طاهر من الجنابة
والحدث فقد روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة أنه ينزح منها عشرون دلوا لأن الماء يجري على أعضاء الطهارة ولا يوجب
الاستعمال وإن كان محدثا نزح أربعون دلوا لأن الحدث زال بالماء فصار حكمه حكم المتطهر ٥ وإن كان جنبا نزح
ماؤها كله لأن الحدث زال عن جميع بدنه فصار جميع مائها مستعملا وإن كان لم يستنج بالماء نزح جميع مائها لأنه لا يخلو بدنه
من نجاسة وأما الحيوان الطاهر في نفسه إذا لم يكن سؤره مكروها وما ينفصل منه كان طاهرا إذا وقع فيها وأخرج حيا
لم ينزح أشباهها مثل الحمام لأنه طاهر في نفسه وما ينفصل منه يكون طاهرا ٥ وأما الحيوان الذي يحكم بنجاسة بوله فقد روى
الحسن عن أبي حنيفة في الشاة والبعير إن كان … ينزح عشرون دلوا وقال أبو يوسف ينزح جميعها لأبي حنيفة
أن هذه النجاسة مخففة في نفسها … لحكم البئر فصارت كعين النجاسة التي هي الفارة وجه قول أبي يوسف أن النجاسة
المخففة والمغلظة في الماء سواء بدليل أن بول ما يؤكل لحمه إذا وقع في البئر ينزح كبول ما لا يؤكل لحمه ٥ وأما الحيوان المكروه
السؤر كالسنور والدجاجة المخلاة والصقر والبازي والفارة والحية والعضاية فقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنه ينزح منها
دلاء لأن أسآرها مكروهة فينزح دلاء للكراهة ٥ وإن لم يفعلوا أجزأهم لأنه ليس على وجه الوجوب بدليل الأواني ٥ وأما
البرذون والفرس فينزح منها دلاء لأنه طاهر في نفسه وهو مما لا يصلح بوله إلا أن سؤره مكروه عند أبي حنيفة ٥
وأما الحيوان النجس مثل الكلب والخنزير والسباع والحمار والبغل فينزح جميع الماء لأنها نجاسة في أنفسها فإذا جاورها
الماء تنجس بنجاستها فوجب نزحه ٥ وقد قالوا في الكلب إذا ابتل وانتفض منه على ثوب أكثر من قدر الدرهم لم يجز الصلوة
فيه كسائر النجاسة المغلظة وأما إذا مات الحيوان في البئر فهو على ضربين … منتفخ أو متفسخ أو
متفسخ فإن كان قد أخرج منها غير منتفخ … العصفور والفارة والعضاية
وسام أبرص أنه ينزح عشرون دلوا … بقدر كبر الحيوان وصغره واتساع البئر وضيقها وذلك لما روي عن علي
أنه قال في الفارة تموت في البئر ينزح منها دلاء … وعنه أنه ينزح الجميع محمول على الفارة المنتفخة وعن الشعبي والنخعي
في الفارة عشرون دلوا وقد قال ابن رستم عن محمد أن كل موضع وجب النزح لم ينزح أقل من عشرين لأنه لم ينقل عن السلف
أقل من ذلك ولأن هذا الحيوان ضعيف فهو لا يصل إلى كل الماء وإنما يطوف على وجه الماء وما يقاربه فلا يختلط بجميع الماء
فالواجب إخراج ما جاوره من الماء فقدرناه في ذلك بغلبة الظن لما قدمنا واتبعوا فيه السلف ٥ وأما الدجاجة والسنور
والفاختة والحمامة وما أشبهها من الحيوان فقال في الأصل ينزح منها أربعون دلوا أو خمسون وروي عن علي …
خمسون أو ستون وقال الحسن ستون … وروي عن أبي سعيد الخدري في الدجاجة ينزح أربعون دلوا لأن
الدجاجة ضعف الفارة وزيادة فينزح منها ضعف ما ينزح من الفارة ولأنها … من ماء البئر أكثر مما في الفارة
وقد قالوا في الفارتين إذا وقعتا في البئر … كالفارة …
على ذلك ٥ فأما الشاة والآدمي وما جرى مجرى ذلك الحيوان فإنه ينزح الماء كله لأنه حيوان ثقيل فإذا اضطرب نزل إلى قعرها
فالتوى جميع ما فيها فيجب أن ينزح جميعه ٥ وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين أن الأوز كالشاة لأنها تزيد على الدجاجة
ويبلغ مقدار الحمل وقال في الرواية الأخرى أنها كالدجاجة والسنور لأنها لم تنزل إلى قعر البئر …
الحيوان فانتفخ أو تفسخ نزح جميع الماء صغيرا كان أو كبيرا لأنه إذا انتفخ سالت منه نجاسة مائعة واختلطت بالماء …

أبو حنيفة قوي فيهما لأن شعبة قال كان أبو حنيفة عارفا بحديث أهل بلده وقال عبد الله بن المبارك كيف
تقولون إن أبا حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد أبو عياش لا يقبل خبره وإذا رجعت إلى مسند أبي حنيفة
وجدته أكثر من مسند الشافعي وكيف يدعي الشافعي المعرفة بالحديث وهو يقول في خبر القلتين بلغني عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم بإسناد لا يحضرني أنه قال إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا وهذا خبر لم يعمل به أحد
من الفقهاء غيره ثم يعرف إسناده وخرجه أحمد بن حنبل في قوله إن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة وقال
هذا لا أعلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنما يحكى عن عمر وقال روى أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قنت في
الفجر شهرا ثم ترك ولم يعرف ما رواه أنس بن مالك أن النبي عليه السلام ما زال يقنت في الفجر حتى فارق
الدنيا فلم يعرف ذلك وإن وافق مذهبه فإن قيل إن الشافعي كان يعرف النحو وكان أبو حنيفة
لا يعرفه لأنه حكي عنه أنه قال ولو ضربه بأبا قبيس قيل لهم إنما ادعوا معرفة الشافعي باللغة فليس عليه
دليل والمأخوذ عليه في اللغة كثير لأنه قال في كتابه ماء مالح وإنما هو ماء ملح وقال في أحكام القرآن ذلك
أدنى أن لا تعولوا أي لا تكثر عيالكم وإنما معناه لا تميلوا وقال إذا أشلى كلبه بمعنى أغراه وليس كذلك وإنما
يقال أشلاه إذا استدعاه وقال ثوب يسوي كذا وهذا من كلام العامة وإنما يقال يساوي كذا ٥
وزعم أن الواو للترتيب وأجمع أهل اللغة على خلاف ذلك وقال الغرم الهلاك وإنما الغرم اللزوم فأما
أبو حنيفة فليس يمكن أن يدعى في كتابه خطأ في العربية وإنما حكى الناس هذه الحكاية ولا تعرف
صحتها ولا وجدت له في كتاب ثم إن صح ذلك فهي لغة للعرب فصيحة لأن بني الحرث بن كعب
يقولونها قال سيبويه وهو القياس وقد جاء القرآن بذلك في قراءة من قرأ إن هذان لساحران وأنشدوا
إن أباها وأبا أباها قد بلغا في المجد غايتاها ٥ فإن قالوا إن أبا حنيفة تكلم عليه الأئمة ولم
يتكلموا على الشافعي فحكي عن سفين الثوري أنه قال استتيب أبو حنيفة من الكفر مرتين وقال بعضهم
كان شيطانا خرج من بحر الحواب … لو رجعوا إلى ما قال مخالفهم كان أولى بهم وقد قال
الشافعي الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة وقال المخرج من العراق رأيت محمد بن الحسن إذا قرأ
فكأن القرآن بلسانه وما رأيت عالما إذا سئل عن شيء لم يتعبه إلا محمد بن الحسن ولقد
أخذت من علمه حمل بختي ذكر فأما من تكلم في أبي حنيفة من أهل عصره فللمنافسة لأنه
تقدمهم في العلم فشق عليهم ولم يمت سفين حتى تاب من الكلام في أبي حنيفة وقد وجد كتاب
الرهن حين مات تحت وسادته وروى عن أبي حنيفة … فأما قوله أنه استتيب
من الكفر مرتين فإنه كان يلاحي بذلك وذلك أن الشراة لما دخلوا الكوفة أخذوا أبا حنيفة
فقالوا له تب من الكفر لأنهم يلقبون من خالفهم فقال أنا تائب إلى الله من كل كفر فأفرجوا عنه فقيل
لهم إنما يعني بالكفر الذي أنتم عليه فاستردوه وقال أتقول بنت من الكفر وتريد به ما تعتقده
فقال له أبعلم تقول ذلك أم بظن فقال بل بظن فقال إن الله تعالى قال إن بعض الظن إثم وهذه خطيئة
منك وكل خطيئة عندك كفر فتب أنت من الكفر فقال أنا تائب إلى الله من كل كفر ثم قال لأبي حنيفة تب
أنت أيضا من الكفر فقال أنا تائب إلى الله من كل كفر فقال الناس قد استتيب من الكفر مرتين وهم يريدون
به هذا ٥ وأما من مدح أبا حنيفة من العلماء فهم أكثر من أن يحصى وقد حكينا ما قال الشافعي فيه
وأما مالك فإنه سئل عنه فقال رأيت رجلا لو قال إن هذه الأسطوانة ذهب لدل عليه وحكي عن ابن سريج
وهو أفقه أصحاب الشافعي أنه سمع رجلا يذكر أبا حنيفة فدعاه وقال له يا هذا إن لأبي حنيفة ثلثة أرباع
الفقه بالإجماع والربع الآخر لا يسلمه لنا فقال له وكيف ذلك فقال لأن الفقه سؤال وجواب وهو
الذي وضع السؤال فسلم له نصف الفقه ثم أجاب عن جميعه لا يسلم فزعم مخالفوه أنه أصاب في بعض
جعل خطأه مع صوابه فكان له أيضا نصف النصف الآخر ويبقى الربع فزعم أنه أصاب وزعم غيره أنه أخطأ
فلم يسلم ربع الفقه وسنبين إن شاء الله ما يشهد لهذه الجملة في تضاعيف المسائل والله الموفق

باب الطهارة قال الشيخ رحمه الله

باب الطهارة

الطهارة في اللغة النظافة وفي الشرع عبارة عن غسل بصفة والوضوء في اللغة الوضاءة وهي الحسن يقال …
وضيء وفي الشريعة عبارة عن غسل أعضاء مخصوصة فإن كان أهل اللغة يعرفونه فالاسم لغوي وإن كانوا
لا يعرفونه فهو اسم شرعي فيه معنى اللغة والأصل في وجوب الطهارة قوله عليه السلام لا صلوة إلا بطهور
ولا صدقة من غلول ٥ قال رحمه الله الطهارة إذا كانت من الحدث طهارتان غسل ووضوء بالماء عند وجوده
والتيمم عند عدمه وإنما قسم أبو الحسن الطهارة المجمع عليها ولم يدخل في القسمة المختلف فيه من الطهارة بغير
الماء والأصل في وجوب الوضوء قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلوة الآية وقال النبي عليه السلام لا يقبل
الله صلوة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه فيغسل وجهه ثم يديه ثم يمسح برأسه ثم يغسل رجليه وفي
الغسل قوله تعالى وإن كنتم جنبا فاطهروا والتيمم قوله فلم تجدوا ماء فتيمموا قال أبو الحسن رحمه الله …

فرض الوضوء ما نص الله تعالى عليه في كتابه غسل الوجه واليدين الى المرفقين ومسح الراس وغسل القدمين الى
الكعبين وتدخل المرافق والكعاب في ذلك عندنا فاما الوجه فهو من قصاص الشعر الى اسفل الذقن الى شحمتي الاذن
لان الوجه عبارة عما يواجه الانسان به في العادة والكلام فيه يقع في فصول احدها ان ايصال الماء الى داخل العينين
غير واجب لان في ذلك مشقة والطهارة تسقط بالمشقة ولانهما في حكم الباطن والوضوء لا يتعلق بالبواطن و
والثاني ان المضمضة والاستنشاق لا يجبان في الوضوء ومن اصحاب الحديث من اوجبهما ومنهم من اوجب الاستنشاق
دون المضمضة لنا قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم والوجه عبارة عما يظهر دون الباطن وعلم النبي عليه السلام الاعرابي
الوضوء ولم يذكر له المضمضة مع جهله بالاحكام ولو كانت واجبة لذكرها ولان وجوبها مما تعم البلوى ويحتاج جميع
الناس الى معرفته فلو ثبت لبينه رسول الله صلى الله عليه للجماعة ولو فعل ذلك لنقل من طريق الاستفاضة فلما لم
ينقل نقل الاستفاضة دل على انه غير واجب والثالث ان ايصال الماء الى ما تحت شعر اللحية غير
واجب قال ابو حنيفة وانما مواضع الوضوء ما ظهر منها وقال الشافعي ان كان شعرها كثيفا فكذلك وان كان
خفيفا وجب ايصال الماء الى البشرة وهذا فاسد لان ما لا يجب ايصال الماء اليه اذا كثف عليه لم يجب اذا خف
كبشرة الراس والرابع وجوب مسح ما يلاقي بشرة الوجه من اللحية قال ابو يوسف قال ابو حنيفة وليس تخليل
الشعر من مواضع الوضوء وانما مواضع الوضوء ما ظهر منها وهذا يقتضي وجوب امرار الماء على ظاهر اللحية وذكر
ابو شجاع عن الحسن عن ابي حنيفة وزفر اذا مسح من لحيته ثلثا او ربعا جاز وان مسح اقل من ذلك لم يجز وقال
ابو يوسف ان لم يمسح منها شيا جاز وجه رواية ابي يوسف ان الفرض كان متعلقا بالبشرة فاذا
سترها الحائل لم يسقط الفرض وانما ينتقل الى الحائل كشعر الراس ووجه رواية الحسن ان فرضها
المسح والممسوحات لا يجب فيها الاستيعاب كمسح الراس ووجه قول ابي يوسف انه لو وجب
تطهيرها لكان الواجب المسح فيجتمع في عضو واحد وجوب المسح والغسل حال السلامة وهذا لا يجوز كسائر
الاعضاء والفصل الخامس ما استرسل من الشعر عن العضو فعندنا لا يجب ايصال الماء اليه وقال الشافعي
مسح جميع اللحية واجب لنا ان الفرض كان متعلقا بالبشرة فاذا انتقل الى الحائل ثبت فيما لاقى موضع الفرض
دون غيره كمسح الخف ولان ما استرسل من اللحية يلاقي موضعا لو ظهر لم يجب غسله فلا يجب ايصال الماء
اليه كطرف الذوابة والفصل السادس وجوب غسل البياض الذي بين العذار والاذن عند ابي حنيفة
ومحمد وروي عن ابي يوسف انه لا يجب لهما انه يجب غسله قبل نبات الشعر فحيلولة الشعر بينه وبين الوجه لا يسقط
الوجوب كالجبهة لما وجب غسلها قبل نبات شعر الحاجب وجب بعده واما ابو يوسف فيقول ان الفرض قد
سقط عما تحت العذار [illegible] قرب فسقوطه عما هو ابعد اولى واما غسل اليدين الى المرفقين فواجب
الاية وتدخل في الغسل المرافق عندنا وعند زفر غسل المرافق لا يجب لنا قوله تعالى وايديكم الى المرافق والغاية تدخل في
الكلام تارة ولا تدخل اخرى والحدث متيقن فلا يسقط الفرض بالشك ولان الغاية اذا كانت محتملة ففعله عليه السلام بيان
لها وقد روي عن النبي عليه السلام انه توضأ فادار الماء على مرفقيه ولانه مفصل ينتهي اليه الوضوء فيجب دخوله فيه
كالزند واما زفر فيقول ان الغاية لما كان فيها احتمال لم يجب علينا ايجاب الفرض بالشك واما
مسح الراس فواجب لقوله تعالى وامسحوا برؤوسكم والخلاف في مقدار الواجب قال اصحابنا الواجب مسح مقدار الناصية
وروي عنهم ربع الراس وروي مقدار ثلثة اصابع وقال مالك لا يجوز حتى يمسح جميع الراس او اكثره والكلام
على مالك فيما روى المغيرة بن شعبة عن النبي صلى الله عليه انه بال وتوضأ فمسح على ناصيته وهو لا يترك بعض الواجب
ولانه مسح باكثر اصابع يده فصار كما لو مسح اكثر راسه والذي روي انه عليه السلام مسح جميع راسه [illegible] لانه قد يزيد
على الواجب طلبا للفضيلة ولا يجوز ان ينقص من الواجب واما الكلام على الشافعي فقوله تعالى فامسحوا
برؤوسكم الباء عند اهل اللغة للالصاق [illegible]
[illegible]

واما قوله تعالى وامسحوا برؤوسكم وارجلكم [illegible]
فقد قرئت هذه الاية بقراءتين [illegible]
[illegible]

سبحانه وتعالى وارجلكم الى الكعبين ولو كان المراد به [illegible] لقال وارجلكم الى الكعاب لان كل
ما كان من واحد اثنين فتثنيته بلفظ الجمع قال الله تعالى فقد صغت قلوبكما وكلما كان اثنين من واحد فتثنيته
بلفظ التثنية كما قال الله تعالى الى الكعبين دل على ان المراد به في كل رجل وهذا على قولهما صحيح لان في
كل رجل منهما كعبين فلما قال الله تعالى الى الكعبين دل على ان المراد به اثنان ولان في اطلاق الكعب يتناول
العظم الناتي الا ترى انه اذا ضرب كعب فلان فهم منه هذا وكذلك قال النبي عليه السلام الصقوا الكعاب
بالكعاب واراد به ما قلناه ولان الكعب ماخوذ من النتو ومنه جارية كاعب اذا نتا كعبها
وهذا يوجد [illegible] فاما محمد فانه يقول الكعب عبارة عن المفصل ومنه كعوب
الرمح لمفاصله وفي وسط القدم مفصل والناتي ايضا مفصل والاسم متى تناول شيئين حمل على اشهرهما وهذا
الذي رواه هشام اشهر وانما قال محمد ان الكعب هو مفصل القدم في مسألة المحرم اذا لم يجد نعلين انه
يقطع الخف اسفل الكعب فقال ان الكعب هاهنا الذي في مفصل القدم فنقل هشام ذلك الى
الطهارة ولا خلاف في مسألة الطهارة قال ابو الحسن الغسل مفروض في جميع ما يمكن
معاينته وغير معاينته وداخل الانف واهل العلم لا يجوز تركه [illegible] غسله [illegible]
في وجوب غسل الجنابة قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والمراد به جميع البدن كانه تعالى قال
طهروا ابدانكم فيقتضي ذلك تطهير كل ما يمكن تطهيره من غير مشقة ولا خلاف في ذلك الا في
المضمضة والاستنشاق فعندنا انهما فرض في الجنابة وقال الشافعي ليسا بفرض والدليل على ما قلناه قوله
تحت كل شعرة جنابة الا فبلوا الشعر وانقوا البشرة قال [illegible] البشرة في اللغة الجلدة التي تقي اللحم
من الاذى وروي عنه عليه السلام انه قال من ترك شعرة من جسده في الجنابة لم يصبها الماء فعل الله به كذا وكذا من النار
قال علي رضي الله عنه فمن ثم عاديت شعري ومعلوم ان في داخل الفم بشرة وفي الانف شعرا [illegible]
عضو يسن ايصال الماء اليه في الوضوء فكان فرضا في الجنابة كالاذنين ولانه عضو يختص تطهيره باسم
فوجب تطهيره في الجنابة كالراس قال ابو الحسن والتيمم عند عدم الماء للوضوء والغسل سواء [illegible]

ضربتان ضربة للوجه وضربة اخرى لليدين الى المرفقين يعم ذلك العضوين جميعا ويدخل فيه المرفقان والاصل في ذلك
قوله تعالى فلم تجدوا ما فتيمموا وقوله عليه السلم التراب طهور المسلم ما لم يجد الما والدليل على ان التيمم في الوضو
والجنابة سوا ما روي عن عمار انه قال اصابتني جنابة فتمعكت في التراب كما يتمعك الحمار فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه
فقال انما كان يكفيك ان تضرب بيديك على الارض فتمسح بهما وجهك ثم تضرب بهما ضربة اخرى وتمسح
بهما ذراعيك والكلام في تفصيل التيمم وصفته ياتي في باب التيمم ان شا الله فصــل قال ابو الحسن رحمه الله
المسنون في الوضو تسمية الله تعالى في ابتدائه الى اخر عبارة المسلم قال الشيخ رحمه الله وجملة هذا ان مسنونات
الوضو على ضروب منها ما يتقدم عليه ومنها ما يوجد عند افتتاحه ومنها ما يوجد في خلاله فالذي يتقدم
عليه السواك [illegible] ما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك عند
كل صلوه وقال عليه السلم صلوة بسواك افضل من كذا كذا صلوه بغير سواك وقال وصاني خليلي جبريل عليه السلم
بالسواك حتى خفت ان ادرد وقال عليه السلم طهروا مسالك القران بالسواك ٥ والتسمية في ابتدا الوضو
[illegible] لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال كل امر ذي بال لم يبدا فيه باسم الله فهو ابتر وقال عليه السلم من توضا
وذكر اسم الله كان طهورا لجميع بدنه ومن توضا ولم يذكر اسم الله كان طهورا لما اصاب الما وقد قال
قوم ان التسمية فرض وهذا غلط لهذا الخبر ولانها عباده ليس في اثنايها ذكر فلا يجب في ابتدايها ذكر
كالصوم فان احتجوا بقوله عليه السلم لا وضو لمن لم يذكر اسم الله عليه قلنا الواحد لا يثبت به وجوب ما يعم
به البلوى على ما قدمناه ولانه محمول على نفي الكمال كقوله عليه السلم لا صلوه لجار المسجد الا في المسجد ونحو ذلك
قــال وغسل اليدين قبل ادخالهما في الانا لمن استيقظ من منامه سنة لما روي ان النبي صلى الله عليه
قال اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمس يده في الانا حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري اين باتت يده وقد
قال قوم بوجوب ذلك واختلفوا فمنهم من اوجبه من نوم الليل والنهار ومنهم من اوجبه من نوم
الليل خاصة لنا انه ان كان غسلا من حدث لم يجب فيه غسل العضو مرتين وان كان غسلا من نجاسة فالاصل
في يده بقا الطهاره ويجوز ان يكون نجست ويجوز ان تكون لم تنجس فلا يجب التطهير بالشك واما
الخبر فلا دلالة فيه على الوجوب لان قوله عليه السلم فانه لا يدري اين باتت يده يعني بانتفيه مكان نجس من بدنه او طاهر
ومن شك في النجاسة فان غسلها مستحب وليس بواجب ٥ والمضمضة والاستنشاق سنتان في الوضو
لقوله عليه السلم بالغ في المضمضة والاستنشاق الا ان تكون صايما وتوضا رسول الله صلى الله عليه فتمضمض واستنشق
وقد قال بعض الناس بوجوب ذلك في الوضو وهذا لا يصح لان بواطن البدن لا يجب غسلها في الوضو كساير
المغابن ٥ وذكر [illegible] ثلثا سنة لان النبي صلى الله عليه توضا مرة مرة وقال هذا وضو لا يقبل الله
الصلوه الا به وتوضا مرتين مرتين وقال هذا وضو من يضاعف الله له الاجر مرتين وتوضا ثلثا ثلثا فقال هذا وضوي
ووضو الانبيا قبلي ووضو خليلي ابرهيم فمن زاد او نقص فقد تعدى وظلم معناه من زاد على الثلث او نقص
عن الواحده وقــال اصحابنا اذا زاد في الوضو على ثلث مرات كره له ذلك الا ان يقصد به ابتدا وضو اخر
وتجديده لان النبي عليه السلم قال الوضو على الوضو نور على نور ٥ وليس في مسح الراس تكرار مفروض ولا مسنون
وروى الحسن عن ابي حنيفه انه ان مسح راسه ثلثا بما واحد كان مسنونا وقال الشافعي السنة ان يمسح راسه
ثلث مرات بثلث مياه لنا ما روي ان عثمن رضي الله عنه توضا بالمقاعد فغسل وجهه ثلثا ويديه ثلثا ومسح براسه
مره واحده وغسل رجليه ثلثا وقال هكذا توضا رسول الله صلى الله عليه ومعلوم ان الحكاية تقع في الوضو الكامل
ليقتدي الناس به ولا يقال قد روي في هذا الخبر انه مسح براسه ثلثا لان اباداود [illegible] الصحيح
من حديث عثمن روايه من روى انه مسح مرة واحده ولانه مسح في الطهاره فلا يسن فيه التكرار كالتيمم
ومسح الخف ولان كل حكم يختص به الراس من بين ساير الاعضا لا يسن فيه التكرار كالحلق ٥ ومسح الاذنين
سنة لما روي ان النبي عليه السلم مسح براسه واذنيه وصدغيه وافعاله في القرب اقل احوالها ان تفيد السنة
وقال اصحابنا انه يمسح اذنيه بالما الذي يمسح به راسه وقال الشافعي يجدد لهما ما جديدا لنا ما روي انه عليه السلم
مسح براسه واذنيه وقال الاذنان من الراس ولا يجوز ان يكون بين مكانهما خلقة لانه مشاهد ولا يجوز ان
يكون قال ذلك لان طهارتهما بالمسح لان اتفاق العضوين في التطهير لا يوجب اضافة احدهما الى الاخر فلم يبق
الا ان يكون المراد انهما يمسحان مع الراس ولانه ممسوح مسنون فلا يفرد في طهارة الفرض بما كما اذا على
[illegible] من مسح الراس وقد ذكر ابن شجاع عن اصحابنا انه اخذ غرفة من ما فتمضمض بها وغسل وجهه
جاز هكذا ذكره الحاكم الشهيد في المنتقى ما فعلى هذا لا يسلم قياسهم على المضمضة والاستنشاق ٥ واما
تخليل اللحيه فقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفه انه قال اذا امر الما على ظاهر لحيته اجزاه وليس تخليل
اللحية من مواضع الوضو وذكر محمد في الاثار عن ابرهيم انه كان يخلل لحيته قال محمد فاما على قولنا فان شا خلل
وان شا لم يخلل قال ابو يوسف اما انا فاخلل فحصل من مذهب ابي حنيفه ومحمد ان التخليل جايز وليس بمسنون
وقال ابو يوسف هو سنة وحجتهما قولهما ان عثمان لما ذكر وضو رسول الله صلى الله عليه لم يخلل ولان التخليل [illegible]

ما الغسل فيه [illegible] سنة فالفرض وباطن الشعر لا يجب ايصال الما اليه فلا يسن تخليله كشعر الراس [illegible]
ما روي انس ان النبي عليه السلم كان اذا توضا شبك اصابعه في لحيته كانها اسنان مشط ٥ واما تخليل
الاصابع فهو سنة في قولهم جميعا لما روي عنه عليه السلم انه قال خللوا اصابعكم قبل ان تخللها النار ولان غسل ما
بينها واجب والتخليل يتيقن معه استيفا الواجب فهو سنة ٥ وليس ادخال الما في داخل العين سنة لانه عليه السلم
لم يفعل ذلك ولان فيه مشقه [illegible] ولم يذكر ابو الحسن الترتيب وقال محمد في باب الطلاق ان من ترك
الترتيب في الوضو اجزاه وقد ترك السنة لان النبي عليه السلم توضا ورتب وقد قالوا ان الافضل ان يبتدي
بغسل يمينه قبل شماله لانه عليه السلم كان يستحب ان يبتدي في الامور بالميامن وقال عليه السلم ان الله تعالى يحب
التيامن في كل شي ٥ والنية مسنونة في الوضو لانه يجعل الفعل قربة ومتى توضا بغير نية سقط عنه
فرض الوضو ولم يكن قربه قــال ابو الحسن رحمه الله والغسل من الجنابة وغيرها ان يبتدي فيغسل يديه ثم
فرجه ثم يتوضا على ما وصفت لك الا قدميه ثم يفيض الما على راسه وساير جسده ثلثا ثم يتنحى من مكان مغتسله
فيغسل قدميه الا اصل في وجوب غسل الجنابة قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وقوله حتى تغتسلوا وقول
النبي عليه السلم تحت كل شعره جنابه الخبر ولا خلاف في ذلك فاما فرض الغسل من الجنابة والحيض والنفاس فهو
ان يغسل جميع بدنه ويستنشق ويتمضمض وقد قدمنا ذلك فاما السنة في الغسل فهي ان يغسل يديه قبل ادخالهما
الانا لانه لا يامن ان يكون عليهما نجاسه من حال الجماع فصار كالمستيقظ من منامه ٥ ثم يزيل نجاسة ان كانت على
بدنه اذا لم يبتدا بذلك اصابها الما فسرت الى مكان اخر ٥ ثم يتوضا وضوه للصلوه الا رجليه لانه اذا اغتسل
الما المستعمل فاذا اخرهما وتنحى عن ذلك المكان وغسلهما ازال عنهما الما المستعمل وقد روى الحسن عن ابي حنيفه
ان الجنب يتوضا ولا يمسح راسه ولا يغسل رجليه لان الغسل لا يثبت فيه مسح فلا معنى لفعله وقد روي صفة
الغسل عن رسول الله صلى الله عليه من طريق عايشه وميمونه وانس والحسن وحديث ميمونه رواه ابن عباس عنها قالت
وضعت للنبي عليه السلم غسلا فاغتسل من الجنابة فاكفا الانا بشماله على يمينه فغسل كفيه ثم افاض على فرجه
فغسله ثم مال بيده على الحايط وعلى الارض فدلكهما ثم تمضمض واستنشق وغسل وجهه وذراعيه وافاض
الما على راسه ثم افاض على ساير جسده ثم تنحى فغسل رجليه ٥ وقد قال قوم ان الوضو في غسل الجنابة واجب
وهذا غلط ومخالف لظاهر القران لان الله تعالى قال فاطهروا وقال تعالى حتى تغتسلوا وقد روي عن علي وابن مسعود
انه يجزي افاضة الما ولانا لو اوجبنا الوضو لوجب غسل عضو واحد بسبب واحد مرتين ٥ ولا فرق بين
طرات على حدث او ابتداه ومن الناس من قال ان المحدث اذا اجنب وجب الوضو والغسل معا وهذا غلط
لان اسباب الحدث اذا تكررت تداخلت مثل المراه الجنب اذا حاضت [illegible] احد ٥ ومن الناس من قال
الجنب اذا اغتسل وجب عليه الوضو بعد الغسل وقد روي انكار ذلك عن علي وابن مسعود وذكر لابن عمر
فقال لقد تعمقت اما يكفيك غسل جميع بدنك ولان الغسل قد حصل به الطهارة الكبرى فلا معنى للوضو بعده
وقد قال مالك ان على الجنب ان يدلك بدنه وهذا خطا لقوله عليه السلم اما انا فافيض على راسي وساير جسدي
ثلث حثيات من ما ولم يذكر الدلك ولان الدلك انما يحتاج اليه في ازالة النجاسة ليرفع عينها وليس في
الجنابة عين تزال ٥ لم يتعرض اصحابنا لتحريك الخاتم في الوضو والغسل لانهم اذا نصوا وجوب غسل البدن فان
كان يصل من حلقه الخاتم لم يحتج الى تحريكه وان كان الما لا يصل اليه لضيقه فلا بد من تحريكه لغسل ما تحته ٥

باب ما يوجب الوضو قال الشيخ رحمه الله

ما خرج من السبيلين الدبر والذكر او فرج المراه كاينا ما كان ريحا او غيرها فهو يوجب الوضو الا الانزال والحيض والنفاس
فان ذلك يوجب الغسل والاصل في وجوب الوضو من الخارج من السبيلين المعتاد قوله تعالى او جا احد منكم من
الغايط والغايط الموضع المطمين الذي يقصد به للحاجه وانما صار اسما للحاجه بكثرة الاستعمال كان اذا اراد ها
الفنا وقد صارت بالعرف اسما للنجاسه وقد اوجب الله تعالى الطهارة من الغايط ٥ واما الخارج من السبيلين الذي
ليس بمعتاد ففيه الوضو عندنا وقال مالك لا وضو فيه وهذا مثل دم الاستحاضه والدليل على وجوب الوضو
منه قوله عليه السلم المستحاضه تتوضا لوقت كل صلوه ولانها نجاسه خارجه من السبيل كالمعتاد ٥ وعلى
هذا المذي يوجب الوضو لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال كنت رجلا مذا فاستحييت ان اسال رسول الله صلى الله عليه
لمكان ابنته مني فامرت المقداد فساله فقال اذا راى ذلك فلينضح فرجه بالما وليتوضا ٥ والمذي هو الما الرقيق الذي
يخرج عند الشهوه وعلى هذا الودي وهو الما الابيض الذي يخرج بعد البول وهو من توابع البول فيوجب الوضو
وعلى هذا اذا خرجت الدوده من احد السبيلين او الحصاه فانها توجب عندنا الوضو وعند مالك في ذلك كله لا يجب
لانه غير معتاد قلنا انها تخرج وعليها نجاسه وقليل النجاسه الخارجه من السبيلين ينقض الطهاره ٥ وكذلك
الريح الخارجه من السبيلين ينقض الوضو لقوله عليه السلم ان الشيطان ياتي احدكم فيقول احدثت احدثت فلا ينصرف
حتى يسمع صوتا او يجد ريحا ٥ واما الريح الخارجه من الذكر ومن قبل المراه فقد ذكر ابو الحسن انه لا وضو فيه الا ان
تكون المراه مفضاه فيخرج منها ريح منتنه فيستحب لها ان تتوضا وروي عن محمد في الريح الخارجه من الذكر والفرج

الوضوء ... قال ابو الحسن فلان الفرج الذي هو موضع الوطي ليس بمسلك البول فما خرج منه من الريح
نجاسة والفرج طاهر في نفسها وخروج الطاهر لا ينقض الوضوء وانما ينقض الريح من الدبر لان اجزا النجاسة تخرج
بخروجها واما اذا كانت مفضاة صار مسلك البول ومسلك الوطي مسلكا واحدا ولا يامن ان تكون الريح خارجة
من مسلك البول فاستحب لها الوضوء ولم يوجبه لان يقين الطهارة لا يرتفع بالشك واما الذكر فقد قالوا
انه لا يتصور خروج الريح منه وانما يحس الانسان فيه باختلاج فيظن انه الريح فان خرجت واما وجه
رواية محمد فلان الذكر مسلك النجاسة كالدبر والريح الخارجة منه توجب الوضوء قال ... الله ...
ان دم الاستحاضة ... السلام في كيفية الوضوء منه كيف هو فعندنا ان المستحاضة التي تسيل دمها ولا ينقطع
تتوضا لوقت كل صلوة وضوءا واحدا فتصلي فيه بذلك الوقت فرض الوقت وما شاءت من النوافل والفوائت فاذا خرج
الوقت بطل وضوؤها وقال الشافعي اذا توضات صلت بوضوئها فرضا واحدا وما شاءت من النوافل ولا يجوز لها ان
تصلي فرضين حتى تعيد الوضوء لنا حديث عائشة ان النبي صلى الله عليه قال المستحاضة تتوضا لوقت كل صلوة
ولانها طهارة يجوز ان يؤدي بها فرض بعد نفل فجاز ان يؤدي بها فرض بعد فرض كمسح الخفين ولان كل طهارة جاز
ان يؤدي بها فرض جاز ان يؤدي بها فرضين كطهارة من به رعاف منقطع فصل وقد قال اصحابنا
ان طهارة المستحاضة تبطل بخروج الوقت وقال زفر بدخول الوقت وتحقيق الخلاف بينهم فيمن توضات قبل
الزوال قال اصحابنا تصلي بوضوئها الظهر وقال زفر لا يجوز لنا ان النبي عليه السلم جعل وضوءها معلقا بوقت الصلوة فلو لم
يبطل الوضوء لصلاة الظهر لم يجز فلما جاز علم انه وقع للظهر ولان المستحاضة اذا توضات للفجر فطلعت
الشمس بطل وضوؤها بخروج الوقت وان كان لم يدخل بالطلوع وقت صلوة وجه قول زفر ان دخول الوقت
يبطل الوضوء كدخول وقت العصر واما جواز المستحاضة ان تصلي مع سيلان الدم لما روي ان فاطمة بنت
حبيش قالت للنبي صلى الله عليه اني امراة استحاض ولا اطهر واخاف ان لا يكون لي في الاسلام حظ فقال لها ليس
ذلك الحيضة وانما هي ركضة من الشيطان او عرق انقطع او داء عرض فتوضي لكل صلوة فقالت هو من ذلك اني
اثجه ثجا فقال احتشي والجمي وصلي ولو تقطر الدم على الحصير فدل على جواز الصلوة مع السيلان وقد قال
اصحابنا ان وضوءها يقع للحدث السابق والصلوة مع الدم في الوقت رخصة فاما ان يؤثر الوضوء في حدث بعده
ومن الناس من قال ان المستحاضة تغتسل لكل صلوة وهذا فاسد لما روينا ان النبي صلى الله عليه امر فاطمة بالوضوء
عليه السلم قال ليس ذلك بالحيضة وانما هو دم عرق ودم العرق لا يوجب غسلا والذي روي انه عليه السلم
امر بنت جحش ان تغتسل لكل صلوة فلانها ... ايامها فكانت لا تعلم ايام الحيض من ايام الطهر وعندنا ان
تغتسل لكل صلوة ... رعاف دائم او سلس بول او استطلاق بطن فهو كالمستحاضة في الطهارة
وذلك لان الحدث به دائم فهو معذور كالمستحاضة التي تجد ... دائما فصل قال رحمه الله وجملة هذا
ان كل نجاسة خرجت من بدن الانسان الى موضع يلحقه حكم التطهير فانها توجب الوضوء عندنا كالرعاف
والفصد والحجامة وقال الشافعي لا يجب الوضوء الا من الخارج من السبيلين لنا ما روي في حديث تميم الداري ان
النبي عليه السلم قال الوضوء من كل دم سائل ولانه دم عرق فاشبه دم الاستحاضة ولان كل حكم تعلق بدم الاستحاضة
تعلق بالدم الخارج من السبيل كوجوب ازالته واما القي ففيه الوضوء وقال الشافعي لا وضوء فيه لنا ما روي عنه
عليه السلم انه قال من قا او رعف في صلوته فليتوضا وليبن على ما مضى من صلوته ما لم يتكلم وروى زيد ... عن ابيه
ان النبي عليه السلم قال القلس حدث ولانها نجاسة خارجة من البدن فجاز ان يؤثر في الطهارة كالخارج من السبيل
قال اصحابنا اذا ملا القي الفم وجب الوضوء وان تقيا اقل من ملا الفم فلا وضوء فيه ... وقال
زفر في قليل القي الوضوء لنا ان القياس يمنع وجوب الوضوء من القي لانه ليس بخارج ... وانما هو مخرج الاذى
ان الاشيا النجسة لا تندفع الى فوق بطبعها فلما اندفع القي علمنا ان الطبيعة دفعته فصار كالنجس اذا اخرجت
من الجرح ... وقد روي ان النبي صلى الله عليه ذكر ما يوجب الوضوء فقال فيه او دسعة تملا الفم ولان ما دون
ملا الفم في حكم اليسير فاشبه ما يخرج مع الجشا المتغير وجه قول زفر ان ما يوجب الطهارة يستوي
قليله وكثيره كالخارج من السبيل فصل قال ابو حنيفة ومحمد اذا قا بلغما ملا فاه فلا وضوء عليه وقال ابو يوسف
فيه الوضوء وجه قولهما ان البلغم طاهر بدلالة ان النبي عليه السلم كان يأخذ النخامة في صلوته بطرف ثوبه ويدلكها
وخروج الطاهر لا يوجب نقض طهر كالدمع والعرق وجه قول ابي يوسف ان البلغم وان كان طاهرا فقد
... نجاسة المعدة فصار نجسا فهو كما يشرب به ثم قاءه واما اذا قا دما فقد روى المعلى عن ابي حنيفة وابي يوسف
ان سائل الدم ينقض الوضوء في رواية الحسن عن ابي حنيفة وروى ابن رستم عن محمد انه لا ينقض حتى يملا الفم وجه
قول ابي حنيفة ان المعدة ليست بمحل الدم وانما يسيل اليها الدم من قرحة في الجوف ثم ... دفع الطبع
... نجاسة خرجت بنفسها ... فهي كدم يوجد في راس جرح ولو ... لسال وجه قول محمد انه نوع
من انواع القي كسائر انواعه وقد روى الحسن عن ابي حنيفة في كتاب الصلوة قال ان قا دما ... نقض وان كان
... من موضع الى معدته ثم خرج فليس بقي وان كان علقا من الدم لم ينقض الوضوء حتى يملا
الفم لان العلق يكون في المعدة وهي السودا فصارت كالمرة وغيرها وما خرج من الراس من جرح او قيح فعلى

الوضوء اذا سال الى ما يلحقه الاستنشاق من الانف ويلحقه التطهير من الاذن لانها نجاسة ... بنفسها
الى موضع يلحقه حكم التطهير فنقض الطهارة وليس كذلك البول اذا نزل الى قصبة الذكر لان ذلك الموضع
لا يلحقه حكم التطهير فهو كداخل البدن وقد قالوا لو خرج البول من فرج المراة الى ما بين الشفرين نقض الوضوء
لان الشفرين على الفرج بمنزلة الاليتين من الدبر قال وليس في شي يخرج من الراس من سعوط اذا رجع
او غيره وصل اليد او لم يصل مكث في الراس يوما او اكثر ثم خرج وضوء وذلك لان الراس ليس بمحل النجاسات
فما يصل اليه ينفصل عنه يخرج طاهرا لا يتعلق بخروجه نقض طهارة وقد روى علي بن الجعد عن ابي يوسف فيمن
استعط فخرج من فمه فعليه الوضوء وذلك لانه لا يخرج من الفم الا بعد ما ... فهو في حكم القي
وما خرج من نفس الفم من الدم اذا غلب على الريق ففيه الوضوء وذلك لان الدم انما يخرج من الفم من اصول
الاسنان باجتذاب النفس فاذا غلب على الريق فهذه نجاسة كثيرة اخرجها بفعله وان كان
الريق غالبا فلا وضوء فيه لانها نجاسة يسيرة لم تزل بغسل وان تساويا فالقياس ان ... يجب الوضوء
لانه استوى الموجب والمسقط ولا يحمل نقض الطهارة فلا يزول عنه بالشك والاستحسان
ان يجب لان الحظر والاباحة لما تساويا كان الحكم للحظر وليس في مس ... لشهوة فرج ولا غيره وضو
وهذه الجملة تشتمل على مسالتين احدهما مس الرجل المراة عندنا انه لا ينقض الوضوء وقال مالك ان
لشهوة نقضه وان كان لغير شهوة لم ينقضه وقال الشافعي ينقضه في الوجهين لنا ما روي عن
عائشة ان رسول الله صلى الله عليه كان يتوضا ويخرج الى المسجد فتلقاه بعض نسائه فيمسها ... ولا
يتوضا ولانه لمس لا يوثر في الاحرام بعينه فلا يوثر في الطهارة كلمس الرجل الرجل ولان ما
لا يوجب غسلا فلا يوجب الوضوء كمس شعرها والمسلة الثانية مس الذكر لا ينقض الوضوء
عندنا وهو قول علي وابن مسعود وحذيفة وقال الشافعي ان مسه بباطن كفه من غير حائل نقض الوضوء
لنا ما روي في حديث قيس بن طلق عن ابيه طلق بن علي ان النبي عليه السلم سئل عن الرجل يمس ذكره في الصلوة
فقال لا وضوء فيه هل هو الا بضعة منك ولانه عضو من اعضائه فلا ينقض الوضوء مسه كسائر
اعضائه ولانه ان كان في حكم الاشيا الطاهرة فمسه لا ينقض الوضوء وان كان في حكم النجاسات
فهو كمس الكلب والخنزير فلا ينقض الوضوء اصلا قال ولا في ما زال عن بدنه ولا موطو عليه وضو
ولا امرار الما على موضع المزال عنه من ظفر او شعر وهذا صحيح اذا توضا ثم قلم ظفره او حلق شعره ...
وضو عليه ولا يلزمه امرار الما على موضعه وقال ... ينقض ... وروي عن علي انه
في ذلك ما فاده الا التطهير او روي عن ابن عباس وابن عمر مثل ذلك ولان ... النظافة فلا
وضوء كالاغتسال ولان الشعر ليس ببدل في الطهارة عن البشرة وانما هو نفس الفرض بدلالة ان
من كان ببعض راسه صلع جاز ان يمسح الشعر مع القدرة على مسح البشرة واذا كان نفس الفرض لم
يجب الوضوء بزواله كمن توضى ثم تقشر جلده في غير ... فاما الموطو عليه فهو الرجل يطا على النجاسة
فان لم يلتصق به لم يلزمه شي لان الفرض في النجاسة ان يكون حاملا لها وان التصقت
فعليه غسلها حينئذ فاما الوضوء فلا تعلق لها بذلك واذا باشر الرجل المراة مباشرة فاحشة
وهي ان يتجردا ... ويلاقي الفرج فرجها فالقياس ان لا يجب الوضوء وهو قول محمد والاستحسان
ان يجب الوضوء وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وجه القياس ان الملامسة لا توجب الوضوء
وانما يجب ... لا يعلم ذلك فلا يجب الوضوء بالشك وجه الاستحسان ان الانسان
لا يكاد يبلغ هذه الحالة من امراته وهو صحيح الا وينفصل منه شي ...
غالب فيتعلق به الوضوء كالحدث في حال النوم وهذا القول يقتضي اذا علم انه لم ينفصل منه ...
ان لا يجب الوضوء وقد روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في المباشرة الفاحشة قال عليه الوضوء
خرج منه شي او لم يخرج ومعنى ذلك انه تيقن خروج شي منه او لم يتيقن ... هذا القول
الى وجوب الوضوء منه بالمس وذلك لا يقول احد من اصحابنا ونظير هذه المسلة ما قالوا
في الرجل يصبح فيجد على فخذه او فراشه مذيا ولا يتذكر الاحتلام او يتذكره فالقياس ان لا يجب
الغسل وهو قول ابي يوسف والاستحسان ان يجب وهو قول ابي حنيفة ومحمد وجه القياس
انه يحتمل ان يكون انفصل على وجه الدفق والشهوة ويحتمل ان يكون انفصل على غير دفق وشهوة فلا يجب
الغسل بالشك وجه الاستحسان ما روي عن النبي صلى الله عليه انه سئل عن الرجل يرى ... الرؤيا
ثم يصبح ... قال لا غسل عليه وان راى بللا فعليه الغسل وان لم يتذكر الاحتلام فدل على ما قالا
فان قيل كيف توجبون الغسل من المذي قلنا هذا مجاز في الكلام ومعناه انه اصبح فراى بللا ...
صفة المذي لان المني اذا ابرد يرق ويصير على صفة المذي فاما ان ... في المذي غسلا
وقد ذكر الحاكم الشهيد هذه المسلة فقال اذا راى بللا وذكر ... مذيا واما ...
... صفة المذي فان قيل اذا لم يتذكر الاحتلام جاز ان يكون خرج على غير وجه الدفق

والسهو ثم قلنا الاصل ان المني لا يخرج الا على وجه الدفق والشهوه وما خرج بغير ذلك يكون باثر حادث
فحملوا الامر على الاغلب ونظيره المسلمين ما في الواقع البير وجد فيها فاره ميتة فالقياس ان لا يجب عليهم اعاده
الصلوات الا من الوقت الذي تيقنوا بوقوعها في البير وهو قول ابي يوسف ومحمد والاستحسان انها
ان كانت منتفخة اعادوا صلوه يوم وليله وهو قول ابي حنيفه ووجه القياس هو انه يحتمل ان يكون
وقوعها متقدما ويحتمل ان يكون الغسل فيها بعد موتها الساعة فلا يجب عليهم اعاده الصلوات بالشك ووجه
الاستحسان هو ان وقوع الحيوان في البير سبب لموته والظاهر ان الموت حصل من ذلك السبب ولان جاز
ان يوجد من غيره الا ترى ان من جرح رجلا فلم يزل صاحب فراش حتى مات ان الظاهر ان الموت من الجراحه
وان جاز ان يكون من مرض حادث وكذلك القتيل في المحله يوجد وكذلك الحبلى اذا القته لا ام عقيب
ضربة بطنها اعتبر ابو حنيفه في المسايل الثلث الطهاره والصلوه احتياطا واعتبر ابو يوسف يقين
الحدث والاحتلام فقال ان الملامسه سبب لخروج البلة وهي متيقنه والاحتلام سبب لخروج المني
وليس بمتيقن وتقدم وقوع الفاره سبب للاعاده في الصلوات وليس بمتيقن واما محمد فقد اخذ
بالقياس في المسلتين وترك القياس في مسله الاحتلام لاجل الخبر فيه ٥ وليس على نائم وضوء الا ان يكون
مضطجعا او متوركا والكلام هاهنا في مسايل النوم تقع في فصول اولها ان النوم حدث ام لا فمن اصحابنا
من قال ان النوم حدث ومنهم من قال ان الحدث ما لا يخلوا النايم منه لا نفس النوم يعني من ريح او غيرها
في القول الاول ان الحدث لو كان غير النوم وهو غير متيقن لم يجب الوضوء بحال النوم بالشك
هذا لا يصح وجه القول الثاني قوله عليه السلم العينان وكا السه فاذا نامت العينان استطلق الوكا
بين ان الحدث ما لا يخلوا النايم منه ولان النوم لو كان حدثا لما اختلف باختلاف احوال النايم في صلوه
او غيره كساير الاحداث ٥ واما نوم المضطجع فهو يوجب الوضوء في قول جميع الفقها وحكي عن ابي موسى
الاشعري انه كان اذا اضطجع عند النوم قال احفظوا [illegible] فان لم يكن منه شي لم يتوضا لنا قوله عليه السلم لا وضوء
على من نام [illegible] وانما الوضوء على من نام مضطجعا وروي انه عليه السلم دخل المسجد وحذيفه نايم قاعدا فوضع
يده بين كتفيه قال حذيفه فرفعت راسي اليه فقلت اني هذا وضوء قال لا حتى تضع جنبك ولان الغالب
المضطجع لا يخلوا من حدث فصار الغالب كالمعلوم ٥ واما اذا نام قاعدا فلا وضوء عليه وقال مالك
اذا طال النوم فعليه الوضوء لنا حديث حذيفه وقد جعل رسول الله الغاية التي يجب عندها الوضوء ان يضع
جنبه فلا يجوز ايجابه دونها ولان الجالس لم يبلغ الى الاسترسال الا ترى انه لو استرسل سقط
[illegible] مع كمال الغفله [illegible] لا يحس به ولان ما يوجب الوضوء لا فرق بين قليله وكثيره كالنوم في
حال الاضطجاع ٥ واما اذا نام قايما او راكعا او ساجدا فلا وضوء عليه وقال الشافعي عليه الوضوء لنا ما روي ان النبي عليه السلم
قال اذا نام العبد في سجوده باهى الله به ملايكته يقول انظروا الى عبدي روحه عندي وجسده في طاعتي ولو كانت
طهارته انتقضت لما كان في الطاعة وروي في حديث ابن عباس ان النبي عليه السلم قال لا وضوء على من نام قاعدا انما الوضوء
على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله ولانه نام في حال من احوال الصلوه من غير عذر كالقاعد
وقد قال ابو يوسف ان من تعمد النوم في حال سجوده بطل وضوءه وهذا ليس بصحيح لان ما يوجب الوضوء يستوي
فيه العمد وغيره وجه قول ابي يوسف ان الوضوء يتعلق بالنوم وذلك لا يختلف باختلاف الاحوال وانما
استحسن في السجود في الصلوات لان من يكثر الصلوه بالليل لا يحترز من النوم في السجود فان تعمد النوم
بقي على اصل القياس وقد ذكر ابن شجاع مسله النوم في حال القيام والركوع والسجود [illegible] انما لا ينقض ذلك
الوضوء اذا كان في الصلوه واما اذا لم يكن في الصلوه نقض ولم يذكر ذلك [illegible] وانما ذكره عن نفسه
وهو قول لم ينقل عن احد من اصحابنا لان ما يوجب الطهاره لا فرق فيه بين الصلوه وغيرها ٥ وقد ذكر الطحاوي
فيمن نام مستندا الى شي لو ازيل لسقط ان عليه الوضوء لانه بلغ غايه الاسترخاء لانه يسقط لو زال السند فصار
كالمضطجع وذكر ذلك ابو [illegible] عن ابي يوسف قال سالت ابا حنيفه عمن استند الى ساريه او رجل فنام
ولولا الساريه والرجل لم يستمسك قال اذا كانت اليته مستوثقه من الارض فلا وضوء عليه وهذا خلاف
ما ذكر الطحاوي وهو اشبه بظاهر قوله عليه السلم لا وضوء على من نام قايما او قاعدا ولم يفصل ٥ واما اذا نام
قاعدا فسقط قال خلف [illegible] عن ابي يوسف فيمن نام فوقع لم ينتقض وضوءه حتى يستقر نايما وروى ابن
رستم عن محمد قال ان استيقظ في حال ما سقط فلا وضوء عليه وروى الحسن عن ابي حنيفه لو استيقظ حال
ما سقط جنبه على الارض وهو نايم بطل وضوءه وكذلك ان سقط على قفاه ثم انتبه وهذا صحيح لانه اذا
استيقظ حال ما يقع على الارض فلم يوجد جزء من النوم في حال الاضطجاع فلا يجب عليه الوضوء وان حصل على
الارض ثم استيقظ فقد وجد جزء من النوم في حال الاضطجاع فنقض وضوءه وان كان يسيرا ٥ قال وفي قليل
الاغما وكثيرها الوضوء وذلك لان يسير الجنون والاغما اكثر في الغفله من كثير النوم فاذا وجب في النوم
الكثير ففي يسير الجنون والاغما اولى ٥ والقهقهه في كل صلوه فيها ركوع وسجود حدث وقال الشافعي
ليس بحدث لنا ما روى عمرو بن عتبه عن الحسن عن خالد الجهني ان النبي عليه السلم كان يصلي فدخل المسجد اعمى فسقط

في بير فضحك قوم ممن خلف رسول الله صلى الله عليه فلما قضى صلوته قال من ضحك منكم فليعد الوضوء والصلوه ولان [illegible]
عباده يبطلها الحدث فجاز ان يبطلها القهقهه كالصلوه ٥ فاما ما دون القهقهه من الضحك فلا يفسد الصلوه
لما روي ان النبي عليه السلم تبسم في صلوته فلما فرغ سيل عن ذلك فقال اخبرني جبريل عليه السلم ان الله تعالى يقول من
صلى عليك مرة صليت عليه عشرا ولم يستانف الصلوه ٥ وانما قال ان القهقهه في صلوه الجنازه وسجده التلاوه لا تبطل
الوضوء لان القياس ان لا يبطل القهقهه الطهاره في جميع الاحوال لان ما لا يوجب الوضوء خارج الصلوه لا يوجب
فيها اصله الكلام وانما تركوا القياس للخبر والخبر ورد في صلوه مطلقه كامله الاركان فما سواها باقي على اصل القياس
قال اصحابنا ان الطهاره لا تبطل بالكلام الفاحش ومن الناس من اوجب في ذلك الوضوء لنا ما روي ان النبي عليه السلم
قال من حلف فقال في يمينه واللات فليقل لا اله الا الله ولم يوجب عليه الوضوء [illegible] قال لاخيه تعال
اقامرك فليتصدق بشي وقال عليه السلم الكلام ينقض الصلوه ولا ينقض الوضوء ٥ قال اصحابنا لا يجب مما مسته
النار ومن ايجاب الحدث من اوجبه من ذلك وقد روي عن ابن مسعود انه قال الوضوء مما خرج لا مما دخل وروي ان
اهل المدينه كانوا يتوضون مما مسته النار الا آل ابي طالب والدليل على ما قلنا ما روي في حديث ابي [illegible]
دخل على رسول الله فغرفت له غرفه فاكل ثم جا المؤذن فقلت الوضوء فقال الوضوء علينا مما يخرج لا مما يدخل
وروى ابن عباس عن ابي بكر الصديق ان النبي عليه السلم انتهش من كتف ثم صلى ولم يتوضا ولانه ماكول كساير الماكولات
والذي روي عنه عليه السلم انه قال الوضوء مما مسته النار فقد انكره ابن عباس وقال لابي هريره السنا نتوضا من
بالحميم وهذا المعنى صحيح لان ما مسته النار اذا ابطل الطهاره لم يرتفع به طهاره اعني الما السخين ومعنى الخبر
عندنا فليغسل يده كما روي انه قال الغسل قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم ٥ قال ولا يمس الذي على
غير وضوء مصحفا وذلك لما روي ان النبي عليه السلم كتب في كتاب عمرو بن حزم لا يمس القران الا طاهر ولانه باشر القران
بما يجب غسله فصار كمس من بيده نجاسه ولا يلزم الصبيان في المكاتب يمسون القران مع الحدث لانهم غير مكلفين
للعبادات ٥ ولا باس بمسه بغلافه لان الغلاف ليس منه بدليل انه لا يدخل في بيعه الا بالشرط فصار كمن
حمل جوالقا فيه مصحف وعلى هذا قال اصحابنا ان المحدث لا يمس الدراهم التي عليها القران لان حرمة المصحف
انما هو لما كتب فيه فيستوي ما كتب على الدرهم او على غيرها فهو سوا

باب ما يوجب الغسل

قال الشيخ رحمه الله ٥ ويوجب الغسل الجنابه وهي الانزال باي وجه كان سببه اذا اخرج
دفقا ينقطع عنه الشهوه ويفتر به الذكر لان خروج المني على هذه الصفه يوجب جنابه وقد قال الله تعالى
وان كنتم جنبا فاطهروا واما اذا اخرج المني من غير شهوه مثل ان يضرب على ظهره فيسبق المني او بقيه سلس
البول فيخرج المني بغير اختياره فلا غسل عليه عندنا وقال الشافعي يوجب الغسل لنا ان الخارج على غير وجه الدفق
والشهوه فلم يوجب خروجه جنابه كالمذي ولان هذا الخارج خرج على صفتين اعلى وادنى فاعلاه ما كان على
وجه الدفق والشهوه [illegible]
[illegible]

والحديث الوارد إذا اجتمعت فسبق الماء الماء فيه إيجاب الغسل لسبب نزول الحبل ولأن المراة لا تحبل حتى ينزل ماء المراة
يتعلق فيجب من الغسل ما يتعلق بانزال الرجل بدليل ما روي عن أم سليم أنها سألت النبي عليه السلم عن المراة ترى في منامها مثل ما
يرى الرجل قال إذا كان منها ما يكون من الرجل فلتغتسل ٥ قال والحيض والنفاس يوجبان الغسل أما وجوب الغسل من الحيض
فلقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن فمنع الزوج من وطيها لأجل الاغتسال ولولا ... وإيجاب المتعة من حقه لأجله وأما
النفاس فليس في النص ما يدل على وجوب الغسل منه ولكن الأمة أجمعت عليه وما أمكن أن يكونوا أجمعوا بنص ثم استغنوا بالإجماع
عن نقله لأنه أكد منه أو يكونوا قاسوه على دم الحيض بعلة أنه دم خارج من الرحم والقياس يجوز أن ينعقد عنه الإجماع
قال والنفاس الدم الخارج بعقب الولادة وليس لقليله حد وأكثره أربعون يوما وما بعد ذلك إن لم ينقطع استحاضة
لأن النفاس قيل هو من تنفس الرحم بالدم وقيل إنه مأخوذ من خروج النفس وهو الولد وقيل مأخوذ من خروج النفس
وهو الدم وأي ذلك كان فهو موجود عقيب الولادة وإنما فرق أصحابنا بين قليل الحيض وقليل النفاس ولم يقدروا لأقل
النفاس مدة وقدروا لأقل الحيض لأن النفاس معه علم ظاهر يدل على خروجه من الرحم وهو تقدم الولد عليه
وليس في الحيض علم يدل على خروجه من الرحم فإذا امتد ثلاثة أيام صار امتداده ظاهرا والذي قال أبو يوسف في مختصره
أن أقل النفاس عند أبي حنيفة خمسة وعشرون يوما ليس بتقدير لأقل النفاس وإنما قال ذلك في أقل ما تصدق فيه المراة
المعتدة في انقضاء العدة وليس ذلك لأن أقل النفاس ولكن لمعنى آخر نذكره في العدة والذي روي عن أبي يوسف في أقل
النفاس أحد عشر يوما فعلى هذه الطريقة أيضا قال ذلك فيما تصدق فيه النفساء لأنه يقول إن أقل النفاس في العادة
تزيد على أكثر الحيض إلا أن لا خلاف بين أصحابنا أن الدم إذا انقطع عن النفساء عقيب الولادة اغتسلت وصلت وقد
دل على هذا ما روي أن النبي صلى الله عليه قال تقعد النفساء أربعين يوما إلا أن ترى الطهر قبل ذلك ولم تقدره ٥ وأما
أكثر النفاس فأربعون يوما وقال الشافعي ستون يوما وقال مالك سبعون يوما لنا ما روت مسة الأزدية عن أم سلمة زوجة
النبي صلى الله عليه قالت كانت النفساء تجلس على عهد رسول الله صلى الله عليه أربعين يوما وكنا نطلي وجوهنا بالورس من الكلف
وروت أم سلمة أن النبي عليه السلم وقت للنفساء أربعين يوما وروى حميد عن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه أنه وقت للنفساء
أربعين يوما إلا أن ترى الطهر قبل ذلك وروى مكحول عن أبي هريرة وأبي الدرداء رفعاه إلى النبي صلى الله عليه قال تنتظر النفساء
أربعين ليلة فما زاد فهي مستحاضة تصنع ما تصنع المستحاضة ولأن ما زاد على الأربعين مدة مختلف في كونها نفاسا
كما زاد على الستين ٥ قال أبو الحسن رحمه الله الحيض هو الدم الخارج من الرحم التي تكون المراة بالغا بابتدايه وتعتاده
النساء في وقت بعد وقت والأصل في هذا أن الحيض معروف في اللغة وهو خروج الدم تقول حاضت الأرنب وحاضت
الشجرة إذا خرج منها الصبغ الأحمر وروي أن فاطمة قالت للنبي عليه السلم إني أستحاض فلا أطهر الشهر والشهرين والاستحاضة والحيض
في اللغة عبارة عن معنى واحد ألا ترى أن فاطمة قالت إني أستحاض لأن الاستحاضة استفعال من الحيض وإنما خصت الشريعة
الاسم بدم دون دم إذا خرج من محل إلى محل فجعلت الاستحاضة اسما للدم الخارج من الفرج من غير الرحم ٥ فأما
حد أبي الحسن في الحيض فيكفي في الحد قوله الدم الذي تصير المراة بابتدايه بالغا ولا يحتاج إلى قوله وتعتاده النساء في
الوقت بعد الوقت وإنما ذكر ذلك لزيادة البيان ٥ قال وأقله ثلثة أيام وقد ذكر أبو يوسف في الإملاء أن أقل
الحيض يومان وأكثر الثالث وكذلك ذكره محمد في كتاب الصلوة وقال الشافعي يوم وليلة لنا ما روي في حديث أبي أمامة أن
النبي عليه السلم قال أقل الحيض ثلثة أيام وأكثره عشرة أيام وما زاد فهو استحاضة وقد روي في تقدير أقل الحيض ثلثة عن عمر
وعلي وابن عباس وعثمان بن أبي العاص وابن مسعود وأنس وما طريقه المقادير لا يعلم إلا من طريق التوقيف فإذا قاله الصحابي
فكأنه رواه عن رسول الله صلى الله عليه ولأن كل مدة جاز للمقيم أن يمسح على الخفين لم يتقدر بها أقل الحيض كبعض اليوم ٥
وفي الرواية الأخرى أن الحائض لا يستتم حيضها في جميع الأيام فإذا انقطع [illegible] اليوم الثالث ساعة لم تعتد
بذلك الانقطاع ٥ وأما أكثر الحيض فعشرة أيام وقال الشافعي خمسة عشر يوما لنا حديث أبي أمامة ولأن ما زاد على عشرة
أيام نادر في أكثر الحيض فلا تثبت حيضا بالوجود كما زاد على خمسة عشر ٥ قال فإن زاد على عشرة أيام فهو استحاضة
لأنا بينا أن الحيض لا يجوز أن يزيد على العشرة فما زاد عليها فليس بحيض والدم الخارج من الفرج إما أن يكون حيضا أو استحاضة
ثم هذا على وجهين إن كانت المراة ابتدات بالدم فرات أكثر من عشرة أيام فإن حيضها عشرة وما زاد استحاضة وكذلك
في كل شهر وروي عن أبي يوسف أنه قال تنقطع عنها الرجعة في ثلثة أيام ولا يطأها زوجها حتى تمضي العدة وتقضي الصلوة
والصوم ولا يجوز لها أن تتزوج إلا بعد العشرة وقال إبرهيم النخعي ترد إلى عادة نسايها وللشافعي قولان أحدهما أنها
ترد إلى يوم وليلة والآخر إلى سبعة لنا أن ما دون العشرة ليس بمعتاد لها فلا ترد إليه لأجل الاستحاضة كاليومين وأما
من [illegible] حيض نسايها فليس بصحيح لأن النساء تختلف في عادة الحيض بحسب قوة البدن وصحته فلا يتفق حيض الأخوات
ولا بين الأم والابنة وإذا لم يكن متفقا لم يجز الرد إليه ولأبي يوسف أن المعتبر في الحيض الاحتياط دون الاحتياط
أخذنا بأقل الحيض في الرجعة والصوم والصلوة وبأكثر الحيض في التزوج وإباحة الوطي ٥ وإن كانت المستحاضة لها
أيام معتادة ردت إلى أيامها وقال الشافعي يعتبر لون الدم فما دام على لون واحد فهو حيض وإن تغير لونه فهو
استحاضة وقال مالك تنتظر المستحاضة بعد أيامها ثلثة ثم تغتسل وتصلي لنا ما روي أن النبي عليه السلم قال المستحاضة
ترد إلى أيامها المعتادة وروي أن فاطمة قالت للنبي عليه السلم إني أستحاض فلا أطهر فقال لها ليس ذلك بالحيض إنما هو
عرق [illegible] انقطع فإذا كان ذلك فانظري عدد الأيام والليالي اللاتي ترين الدم فيها في كل شهر ثم اغتسلي وصلي

ولأنه دم خارج من الرحم فلا يعتبر بالبلوغ كدم النفاس والذي قاله مالك يخالف الخبر ولأن الاحتياط [illegible] في فعل الصلوة
والصوم لا في إسقاطهما ٥ وإن كانت المستحاضة ترى الدم مرة ستا ومرة سبعا فإذا مضت الستة اغتسلت وصلت
وصامت ولم يطأها زوجها وانقطعت الرجعة عنها فإذا مضى اليوم السابع اغتسلت غسلا ثانيا وجاز لزوجها وطيها وقضت
صوم اليوم السابع لأنه يحتمل أن يكون حيضها إحدى العادتين فأخذ بالاحتياط ٥ وإن كان زاد الدم على عادتها حتى تمت العشرة
وانقطع فهو كله حيض لأنها لم تصر مستحاضة والحائض تارة يزيد دمها وتارة ينقص فإذا اعتدت نقصانه فكذلك بزيادته
وقد قال أصحابنا أن الحامل إذا رأت الدم في أيامها فليس بحيض وقال الشافعي هو حيض لنا قوله عليه السلم في سبايا
أوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا حايل حتى تستبرى بحيضة فجعل الحيض علما على نفي الحبل فدل أنه لا يجتمع معه ولأنه
دم لا يمنع إيقاع الطلاق فلم يكن حيضا كدم الاستحاضة ٥ وفي النوادر الدم الذي تراه الحامل عند الطلق إذا خرج
استحاضة لا يمنع الصوم والصلوة لأنه حصل مع وجود الحبل وأما إذا خرج أكثر الولد فقد روى خلف بن أيوب
عن أبي يوسف أن ما تراه حينيذ من الدم نفاس وكذلك لو تقطع الولد فخرج منها عضوا عضوا فإذا خرج أكثره
فهو نفاس لأن خروج أكثر الولد كخروج جميعه ألا ترى أن ما بقي منه لا يمنع خروج الدم ٥ والحايض لا تصلي لأن الحدث
موجود ووجود الحدث يمنع من فعل الصلوة ٥ ولا تصوم لما روي عن عايشة رضي الله عنها كان النساء على عهد رسول الله صلى الله عليه
يقضين الصوم ولا يقضين الصلوة فدل على أن الحيض يمنع الصوم ٥ ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى
يطهرن ٥ ولا تقرا القران وقال مالك يجوز أن تقرا القران لنا حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه قال لا تقرا الجنب ولا الحايض
شيئا من القران ولأنه غسل واجب في جميع البدن كغسل الجنابة وأما الجنب فلا يقرا القران وقال فقهاء الظاهر يقرا
القران لنا حديث ابن عمر أن النبي عليه السلم قال لا تقرا الجنب ولا الحايض شيئا من القران ولأنه يباشر القران بعضو وجب
غسله فلا يجوز كما لو مسه بنجاسة ولأن في حال الوطي لا يقرا وهو يودي إلى الجنابة فكذلك حال الجنابة ٥ وقد
ذكر الطحاوي رحمه الله أن الجنب والحايض لا تقران الآية التامة وكان أصحابنا يقولون الآية وما دونها في تحريم القراءة
سواء وإنما يجوز أن تقرا ما دون الآية لأنه لا يقصد به القراءة مثل من قال بسم الله يقصد به ذكره تعالى ولا يريد أن تقرا
الآية وكمن قال الحمد لله يقصد به الشكر ولا يقصد به القراءة وقد روي عن محمد أنه قال أكره للجنب أن يقول الحمد لله
يريد بذلك القراءة وإن قالها لا يريد به القراءة فلا بأس به وإنما يعني قراءة الحمد ابتداء الفاتحة والدليل على أن ما دون
الآية لا يجوز لأن المنع لحرمة القران وذلك يستوي فيه القليل والكثير ٥ قال أصحابنا لا يجوز للواحد ولا للاثنين
أن يسافر بالقران إلى أرض الحرب ويجوز بالآية والآيتين لأن المنع من السفر مخافة أن تنال أيديهم باستخفافهم
وهم إنما يقصدون المصحف ولا يقصدون ما دونه وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف قال لا يقرا الجنب ولا الحايض
ولا تقرا في المخرج ولا المغتسل ولا الحمام وهو قول أبي حنيفة وقال محمد اقرا في الحمام شيئا وإنما منع من
القراءة في هذه المواضع تنزيها للقران عن أماكن النجاسات والذي قاله محمد فلأن الحمام أكثر ما فيه أنه معد للغسل وليس
بموضع للنجاسة فهي كالبيوت ٥ وقال أبو يوسف لا يمس الكافر مصحفا وقال محمد إن اغتسل فلا بأس
لأن المنع من مس الكافر المصحف الحدث الذي هو عليه في الغالب فإذا اغتسل زال الحدث ٥ قال أبو يوسف لا بأس
بأن يكتب الجنب القران إذا كانت الصحيفة في الأرض لأنه ليس بحامل للمصحف وإنما يكتب حرفا والحرف بانفراده
ليس بقران وقال محمد أحب إلي أن لا يكتب لأنه في حكم الماس للحروف ٥ ولا تطوف الحايض بالبيت لحجة ولا عمرة
لأن النبي عليه السلم قال لعايشة لما حاضت ارفضي عنك العمرة وافعلي ما يفعله الحاج غير أنك لا تطوفي بالبيت ولأن الطهارة
واجبة في الطواف عند أكثر الناس وإن لم تكن شرطا فلم يجز أن تطوف مع فقد الطهارة ٥ وإذا انقطع دم الحايض
وجب عليها الغسل [illegible] الدم إذا حصل نقض الطهارة الكبرى ولم يجب الغسل مع سيلان الدم لأنه ينافيه
فإذا انقطع أمكن الغسل وجب بذلك الحدث السابق فأما الانقطاع فهو طهارة فلا يوجب الطهارة ٥ ولا بأس
للجنب أن ينام ويعاود أهله قبل أن يتوضأ أما قبل الوضوء فلما روت عايشة أن النبي عليه السلم كان إذا أراد أن ينام
وهو جنب توضأ وضوءه للصلوة وعن عمر قال يا رسول الله أينام أحدنا وهو جنب قال نعم ويتوضأ وضوءه للصلوة
وأما جواز أن لا يتوضأ فروى الأسود عن عايشة أن النبي عليه السلم نام وهو جنب من غير أن يمس ماء ولأن الوضوء لا يجعل
لأداء قربة أو عبادة وليس في النوم واحد منهما ٥ فإذا أراد أن يأكل فينبغي أن يتمضمض ويغسل يديه لما روى
ابن عباس أن النبي عليه السلم رخص للجنب إذا أراد أن يأكل أن يتوضأ ولأن يدي الجنب لا تخلو من نجاسة وإذا أكل
أو شرب الماء فصار الماء مستعملا

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

قال الشيخ رحمه الله كل ما لم يخالطه نجاسة ولم يغلب عليه غيره حتى يزيل اسم الماء فالوضوء به جائز عذبا كان أو ملحا كان ماء السماء
كان أو [illegible] أو غيره قال والأصل في جواز الطهارة بها قوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا وقال ليطهركم به
وقال عليه السلم خلق الماء طهورا لا ينجسه شي إلا ما غير طعمه أو لونه أو ريحه وإنما استوى العذب والملح لما روي أن
النبي صلى الله عليه سيل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه والحل ميتته ٥ وأما الراكد والجاري فلأن النبي عليه السلام
سيل عن الماء يكون في الفلاة ترده السباع والدواب فقال لها ما أخذت وما بقي فهو لنا شراب وطهور وتوضأ
النبي عليه السلم من بير بضاعة وآبار المدينة ٥ قال أبو الحسن رحمه الله وإذا لحقته نجاسة إلى أحد الفصل قال وإذا
خالطت النجاسة الماء فالذي كان يعتمده أبو الحسن أن كل ماء تيقنا وقوع النجاسة فيه أو غلب على ظننا فإنه لا يجوز

الوضو بعد ... ولهذا بان الوضو احد ما كان او رائد ما لم ... قال اصحابنا في الغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك الطرف الاخر انه
قالوا ذلك ... النجاسه اذا حصلت في احد طرفيه لم تصل الى الطرف الاخر وقد روي عن ابي يوسف انه قال في الغدير العظيم
والما الجاري انه لا ينجس الا بظهور النجاسه وقال مالك اذا اختلطت النجاسه بالما جاز الوضوبه الا ان يتغير احد
اوصافه وقال الشافعي قولين في القلتين مثل قولنا وما زاد عليها فهو مثل قول مالك لنا قوله عليه السلم اذا استيقظ
احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الانا حتى يغسلها ثلثا واحتاط في نجاسه لا يشاهدها الانسان وذلك لا يجوز ان يغير
الما فلو كان لا ينجس به لم يكن للاحتياط معنى وروي انه قال اذا ولغ الكلب في انا احدكم فليرقه وليغسله سبعا ولم
نفصل بين اراقه قلتين وما زاد عليهما ولانه لا يتوصل الى الما الا مع النجاسه فصار كما لو ظهرت ولان النجاسه توثر
في الما وان لم تغير كما تستوي في الثوب ما ظهر وما لم يظهر فكذلك في الما واما ما روي ان النبي عليه السلم قيل له انك
تتوضا من بير بضاعه وهي بير يلقى فيها الجيف ومحايض النسا فقال عليه السلم خلق الما طهورا لا ينجسه شي فخبر
لم يتفق على استعماله وما ذكرنا من الاخبار اتفقت الامه على استعمالها فكانت اولى وروي ان النبي عليه السلم لا يجوز ان يتوضا
ان يترك ما في بير يلقى فيها الجيف مع علمنا بنزاهته واثاره الرائحه الطيبه وكراهته للخبيثه وانما هذه كانت صنع
فيها ما ذكر في الجاهليه فسالوه عن حكمها بعد الاسلام فبين لهم انه اذا لم يكن للنجاسه اثر لم تعتقد نجاستها وقد قيل
ان الذي استقر في الشريعه الامر باجتناب النجاسات ولهذا قال عليه السلم لا يبولن احدكم في الما الدائم ثم
فكيف يلقون النجاسه فيما يتوضون منه فعلم ان هذا كان من افعال الجاهليه فسئل المسلمون عنه وحديث ابن عمر ان النبي عليه السلم
قال اذا بلغ الما قلتين لم يحمل خبثا خبر ضعيف عند اصحاب الحديث وهو مدني لم يحتج به اهل المدينه ولا عمل عليه مالك وروي عن
النبي صلى الله عليه باسناد لم يحتج به فقال اهل الحديث ما نحتج به ولا يحتج به ابدا ومثل هذا الخبر لا يرجع اليه في حكم يخالف الاصول
قالوا وقد حكينا في تحصيل المذهب انه قال كل ما تيقنا فيه جزا من النجاسه فاما ما غلب على ظننا فلا نعتبره وذلك لان
الما طاهر بيقين فلا يرتفع حكم طهارته بشك والصحيح ما قال ابو الحسن لا يبعد فالوا في الغدير العظيم اذا وقعت
النجاسه في احد جانبيه وغلب على الظن انها لم تصل الى الجانب الاخر جاز الوضوبه وان غلب على الظن انها وصلت
لم يجز الوضو فقد منعوا بغالب الظن وقالوا فيمن اخبره رجل بنجاسه الما انه لا يتوضا به وان كان خبره يوجب الظن
ولا يوجب اليقين فاما ما قال في الغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك الاخر فقد روي عنهم ان المعتبر
في التحريك ان المغتسل اذا اغتسل في احد جانبيه فلم يضطرب الجانب الاخر باغتساله جاز الوضو من الجانب الاخر
وروي عنهم ان المعتبر التحريك الذي يحصل بتوضي المتوضي وروي عن محمد انه سيل عن ذلك فقال اذا كان مثل مسجدي
هذا في ذرع فكان عشرا في عشر وانما بينه ذلك ليس بالمقادير وانما هو مما يغلب على الظن وصول النجاسه
وجه قول ابي يوسف في الغدير العظيم والما الجاري لا ينجس الا بظهور النجاسه ان الضروره تقتضي العفو
عن ذلك ولا حكم بنجاسه البحر اذا وقعت فيه نجاسه وهذا لا يصح واما الطاهرات اذا اختلطت بالما فاما ان تغيره
بنقل او لا تغيره فان لم يتغير جاز الوضوبه بالاتفاق لانه بقي على الاطلاق كما قبل الاختلاط واما اذا تغير
فقد قال اصحابنا انه على وجهين ان طبخ به حتى تغير لم يجز الوضوبه مثل ما الباقلي والمرقه الا ان يطبخ
بما يقصد به المبالغه في النظافه مثل الاشنان والصابون فيجوز الوضوبه وان لم يتغير ما لم يصر به كالسويق
المخوض فاما اذا تغير من غير طبخ جاز الوضوبه ما لم يغلب على الما فقال ابو يوسف يجوز الوضو بما الزردج فان
غلب على الما حتى صار ثخينا لم يجز الوضوبه وقال الشافعي اذا تغير احد اوصاف الما لم يجز التوضي به الا
في الطين والجص والنوره والنفط والكبريت لنا ان مخالطه الطاهرات لا تمنع الوضو بالما كالما الذي جاز الوضوبه مع تغير
اوصافه كالطين والنفط فالوا ولا يجوز الوضو بالما المستعمل وقال ... يجوز الوضوبه لنا قوله عليه السلم
لا يبولن احدكم في الما الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابه والنهي عن الاغتسال يدل على الفساد ولان الفقها اختلفوا
فمنهم من قال الما لا يكفيه للوضو استعمله ام لا ولم يقل احد منهم انه يستعمله في كل اعضايه فلو جاز الوضو بالما
المستعمل لنقلوه من عضو الى عضو ولانه ما زال به المنع عن فعل الصلوه فلم يجز الوضوبه كالما الذي غسل
به النجاسه اذا تغير وروى محمد عن ابي حنيفه ان الما المستعمل طاهر غير مطهر للاحداث وروى الحسن
عن ابي حنيفه انه نجس فان اصاب الثوب منه اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوه وروى هشام عن ابي يوسف
انه يفسد الثوب اذا كان كثيرا فاحشا وروى المعلى عن ابي يوسف ان المحدث اذا توضا فالما ... وان توضا الطاهر
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

وقد قال اصحابنا في حب الفاره اذا وقعت في البير نزح جميع ما فيها وقال بعض من لا ... كيف نزح من جميع الفاره
دلوا ومن ذنبها جميع الما وهذا غلط لان ذنب الفاره على موضع القطع منه نجاسه الدم فاذا وقع في الما اتصل فصار بمنزله
ما لو وقعت في البير واما الفاره اذا لم تنتفخ ولم يختلط بالما منها شي وانما نجس ما جاورها وما نجس بالمجاوره لم يحبس ما
جاورها حال العذر والضروره بدليل قول عبد الله في الفاره في السمن الجامد القوها وما حولها فحكم بنجاسه ما حولها للمجاوره ولم ينجسه
ما جاوره فلو ان الفاره تقع في البير وقد قطع ذنبها ان يجعل على موضع القطع شمع ثم يلقى في البير وكل موضع وجب نزح جميع الما
وكان البير معينا لا ينزح نزحوا حتى يغلبهم الما ولم يقدر ابو حنيفه في الغلبه وقال ابو يوسف يخرج عنه ما كان فيها وقال
ابن رستم عن محمد اذا نزحت مايتي وخمسون دلوا فقد طهرت ووجه قول ابي حنيفه ان نزح جميع الما لا يمكن فاعتبر حسب
حتى يغلب الما فقد حصل ما لم تدفع ما كان في البير على وجه الما لاي يوسف انما كان فيها نجس وينبغي اخراجها ويمكن
ان نعرف مقداره بان يغور في البير قصبه ويجعل مقداره اشبارا او يعلم عليها ثم يستقي دلوا وتعاد القصبه فيعرف المقدار
فيجعل لكل قدر مثل ذلك وعود الدلو وجه قول محمد ان غالب الابار لا تزيد على ما قدر وما نقص يحمل الدلو فاعتبر الغالب
فاما صفه الدلو فقد روى الحسن عن ابي حنيفه انه دلو يسع صاعا وكان اصحابنا يقولون الدلو المعتاد المتوسط لان السلف
اطلقوا ذكره والمطلق يحمل على الاغلب وقد قال في الاصل اذا وقع في البير فجا وابد لو عظيم يسع فيه عشرين دلوا فاستقوا
به مره واحده اجزاهم وهو احب الي لان القطره التي تعود منه الى البير اقل قال ابو يوسف اذا وقع في البير فاره او
غيرها ثم جف وذهب ماوها ثم عاد الما لم تطهر الا بالنزح وقال محمد طهرت البير بالجفاف لابي يوسف ان التطهير
موقوف على اخراج مقدار منها فما لم يوجد سبب التطهير لم تطهر وجه قول محمد ان طهارتها موقوفه على
ذهاب الما فلا فرق بين ذهابه بالنزح او بالجفاف قال ابو يوسف اذا وقعت الفاره في جب فماتت فصب
في البير اخرج مقدار ما كان في الحب ومقدار عشرين دلوا هكذا روى ابن رستم عنه وروى المعلى عنه نزح ما في الحب
وعشرون دلوا واما محمد فيرى الاكثر مما في الحب ومن عشرين دلوا وجه قول ابي يوسف ان الما الذي نجس بالفاره كالفاره
ومعلوم ان الفاره اذا وقعت في البير وجب اخراجها ثم اخراج الدلاء بعدها كذلك هذا وجه قول محمد ان الما الذي
نجس بالفاره في الحب كالما الذي نجس بالفاره في البير فان كان ما في الحب اكثر نزح عشرين دلوا الا ان يكون في الحب اكثر فيجب اخراج
الزياده لانا تيقنا مجاورتها للفاره وقال ابو يوسف في رجل توضا في طست فصب ذلك الما في بير اخر نزح ما
في البير كله وقال محمد عشرون دلوا وجه قول ابي يوسف ان الما المستعمل نجس عنده والنجاسه المايعه اذا اختلطت
بالما نزح جميعه وجه قول محمد ان الما المستعمل لا يكون بالنجس مما ماتت فيه فاره فاذا وجب بذلك الما نزح ما
في البير فبهذا اولى وقد قال ابو يوسف في عظم ميته وقع في بير ان كان عليه ... نجس البير لان تلك النجاسه
في حكم المايع وان لم يكن عليه لحم ولا دسم لم ينجس لان عظم الميته عندنا طاهر فاما ... انه ينجس سوا كان عليه لحم
او دسم او لم يكن لان اجزا الخنزير محكوم بنجاستها ممنوع من الانتفاع بها وقد قالوا في البعر والبعرتين اذا وقعت
في البير واخرجت قبل ان تتفتت انها لا تنجس الما استحسانا لان اللبن لا يخلو حال الحلب من سقوط بعره فيه وقد
حكمت الامه بطهارته ولان البعره متماسكه ويبلو موضع الخلقه على ظاهرها وتلك البله طاهره في الاصل وانما نجست بمجاوره
النجاسه فلا ينجس ما جاورها في حال العذر وليس كذلك اذا وقعت بعره كثيره لانه يتصل بعضها ببعض فيتفتت منها
اجزا في البير وقد قال في الروايه البعره الواحده اذا تفتتت نجست الما وما ذكره اصحابنا في البير من النزح فهو استحسان
ورجوع الى قول السلف فمن اعترض علينا في ذلك فانما عاب السلف ولان الساقي لا كلام لعلينا فيه لان البير تطهر
بالنزح باجماع من اصحابنا وقول اصحاب ان الدلو المطهر للبير ليس يخرج الما النجس من الطاهر قول باطل باتفاق السلف
ثم ما الواجب ... قلنا في فاره وقعت فيها فاره فماتت ولم يعلم انه طاهر يجوز الوضوبه فان
استقي منها دلو فتقطرت من ... والفاره فيها فما في باطن الدلو طاهر وما بقي في البير نجس وما على ظاهر الدلو من
البله نجس فان استقوا دلوا فحملت الفاره فيه فما في داخل الدلو المنجس وما بقي في البير طاهر فلو لم ... هذا كبيره وقد
دخلوا فيما عابوا الا ان ما قلناه فيه اجماع السلف وما قالوه لا اجماع فيه ولا سلف تقدمهم به قال ابو يوسف اذا نزحت
البير باخراج الدلو الاخير لم تطهر حتى ينفصل منها وقال محمد هي طاهره وان لم ينفصل وذكر الحاكم قول ابي حنيفه
مع ابي يوسف وليس بمشهور وجه قول ابي يوسف ان الطهاره موقوفه على انفصال الما فما دام قطره
متصله بالبير فلم يوجد الانفصال فلا حكم بالطهاره كالثوب اذا غسل ولم يعصر وجه قول محمد ان الطهاره موقوفه
على اخراج مقدار وقد اخرج ... ان ما تعلق بالدلو ... فلا حكم له فكأنه معفو عنه ...
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

الذي وقع منه شيء او لا يعلم وقوع النجاسة فيه فان الوضوء والشرب منه جائز لان الماء قد يتغير بطول المكث وبوقوع
الشيء الطاهر فيه والاصل بقاء الطهارة فلا ينتقل عنها بالشك وهذا معنى قوله عليه السلام خلق الماء طهورا لا ينجسه شيء الا ما غير لونه
او طعمه او ريحه

باب الاسآر

قال الشيخ رحمه الله الاسآر عندنا على اربعة
اوجه سور طاهر وهو سور الادمي وما يوكل لحمه من الحيوان الا الدجاجة المخلاة وسور طاهر مكروه وهو سور الهرة والدجاجة المخلاة
وسباع الطير وما يسكن البيوت من الحشرات وسور نجس وهو سور الكلب والخنزير والسباع وسور مشكوك فيه وهو سور الحمار
والبغل فاما سور الادمي فهو طاهر لقوله عليه السلام المومن ليس بنجس رواه حذيفة وابو هريرة وشرب النبي عليه السلام من لبن واعطى فضل سوره
لاعرابي كان عن يمينه فشرب واعطى فضل سوره لابي بكر ولان بدن الادمي طاهر ولعابه يتحلب من رطوبة لحمه وبدنه كعرقه وهذا
لا خلاف فيه وانما قال قوم ان سور المشرك نجس والذي يدل على طهارته ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف وهم كفار في مسجد
وضرب لهم قبة والمسجد ينزه من النجاسات ولان الكافر بعد الاسلام على الصفة التي كان عليها قبله فاذا حكم بطهارته في احد
الامرين كذلك الاخر وقوله تعالى انما المشركون نجس انه يجب اجتنابهم كما تجتنب النجاسات وسور الحائض طاهر لما روي ان النبي عليه السلام
كان يضاجع نساءه وهن حيض فقال لعائشة ناوليني الخمرة فقالت اني حائض فقال ليست حيضتك في يدك دل ان النجس من الحائض
موضع الحيض خاصة وسور الجنب طاهر لما روي ان النبي عليه السلام لقي ابا هريرة فصافحه فقبض يده وقال اني جنب فقال عليه السلام
المومن لا ينجس ولانها طهارة من حدث كالوضوء واما ما يوكل لحمه سوى الدجاجة المخلاة فسوره طاهر روي ذلك عن ابن عمر والنخعي
والحسن والحكم والدليل عليه ما روى ابو الجهم عن البراء ان النبي عليه السلام قال ما اكل لحمه فلا باس بسوره ولان اللعاب يتحلب من بدنه
كلبنه فاذا حكم بطهارة احدهما كذلك الاخر واما النوع الاخر وهو السور الطاهر المكروه فاوله سور الهرة قال
ابو حنيفة ومحمد الوضوء بغيره احب الي وذكر ذلك في الاصل في الاستحباب وروى الكراهة ابو يوسف عن ابي حنيفة في الاملا
وقال ابو يوسف لا يكره وذكر الطحاوي عن ابي يوسف ومحمد معا والصحيح ان محمدا مع ابي حنيفة اما طهارة سورها
وهو قول ابن عمر فلما روت عائشة قالت كان النبي عليه السلام يتوضا بفضلها ويصغي لها الاناء وروى ابو قتادة ان النبي عليه السلام قال
انها ليست بنجسة انها لبعض اهل البيت وروت عائشة ان النبي عليه السلام قال انها ليست بنجسة انها لبعض اهل البيت واما
الكراهة فوجهه قوله في حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال يغسل الاناء من ولوغ الهرة مرة وروي انه قال الهرة سبع
واقل احواله ان يفيد الكراهة ولانها لا تجتنب النجاسات فلا يومن ان يكون في فمها نجاسة فكره الوضوء بفضلها كما يكره الماء
الذي ادخل فيه الصبي يده وجه قول ابي يوسف ان النبي عليه السلام توضا بسورها ولو كان مكروها لم يتوضا به قال
الطحاوي كراهة سورها لان اكل لحمها مكروه وكراهة اللحم تعتبر في السور كما ان تحريم اللحم اذا لم يكن لحم الحيوان اثر في
تحريم السور قال ابو الحسن انما يكره لانها لا تجتنب النجاسات والصحيح ما قاله ابو الحسن لان المنع لو عاد الى اللحم اوجب
التحريم دون الكراهة [illegible] اكل لحم السنور التحريم دون الكراهة قال ابو حنيفة رحمه الله في سنور اكلت فارة
وشربت من اناء فان كان في الحال نجس الماء لان نجاسة الفارة باقية في فمها وان شربت بعد مهلة فسورها طاهر لان نجاسة
فمها زالت بلعابها ومن اصل ابي حنيفة ان النجاسة تزول بغير الماء وقال ابو يوسف ومحمد الماء نجس اما ابو يوسف فمن اصله
ان النجاسة تزول بغير الماء الا انها لا تزول الا بالصب واما محمد فمن اصله ان النجاسة لا تزول الا بالماء وقد قالوا فيمن يصلي
وهو حامل هرة ان صلوته مكروهة عند ابي حنيفة لوجهين احدهما حمل لشيء في صلوته والثاني للكراهة في سورها وعند ابي يوسف يكره لوجه
واحد وهو الحمل فاما الدجاجة المخلاة فيكره سورها لانها تعبث بالنجاسات فلا نامن ان يكون في منقارها نجاسة ولم يكره
المحبوسة في البيت لانها لا تعبث [illegible] ومن اصحابنا من قال انه لا يكره المحبوسة اذا كان علفها في ظرف فيومن ان
تعبث ما يكون منها وانما قلنا ان سورها طاهر لان الاصل في منقارها الطهارة وجواز ان يكون عليها نجاسة يجوز ان لا
يكون فلا تبطل الطهارة بالشك واما سباع الطير فاسآرها مكروهة وقال محمد [illegible] وهو القياس وجه الكراهة انها
تاكل الميتات فلا نامن ان يكون على منقارها نجاسة وانما قلنا انها طاهرة لان الاصل طهارة منقارها لانها عظم وجواز ان يكون
فيه نجاسة يجوز ان لا يكون فاما ما سكن البيوت من الحشرات كالفارة والوزغة والحية فيكره اسآرها لانها لا تجتنب النجاسات
فلا يومن ان يكون في افواهها نجاسة واما النوع الثالث وهو الخنزير فسوره نجس وقال مالك طاهر لنا قوله تعالى او لحم
خنزير فانه رجس وهذه الكناية ترجع الى نفس الخنزير ولانه مطلق التحريم كالدم ولان الانتفاع به لا يجوز بحال كساير النجاسات
وسور الكلب نجس وهو قول ابن عمر وابن عباس وقال الزهري اذا لم يجد غيره توضا به وقال الاوزاعي سوره نجس في الاواني
وليس بنجس في المستنقع وقال مالك سوره طاهر وانما يغسل الاناء منه على طريق العبادة لنا حديث عبد الله بن المغفل ان
النبي عليه السلام قال طهور اناء احدكم اذا ولغ الكلب فيه ان يغسل سبعا ويعفر الثامنة بالتراب والطهارة ضد النجاسة والعدد
يحتاج اليه للازالة وكذلك التعفير لان غسل الاناء لما وجب منه وغسل الاناء في الشريعة لا يجب الا للنجاسة والظاهر
من مذهب اصحابنا ان الكلب نجس قال محمد في الكتاب وليس الميت باخبث من الكلب والخنزير وروي عن ابي يوسف في
كلب وقع في بير فخرج منها حيا نجسها فان انتفض فاصاب ثوب انسان اكثر من قدر درهم لم تجز الصلوة فيه والدليل
على نجاسة الكلب نجاسة سوره بالاتفاق ولان النبي عليه السلام دخل على قوم من الانصار ولم يدخل على اخرين فقيل له في ذلك
فقال ان عندهم كلبا وقال عند بني فلان هرة فقال الهرة ليست بنجسة ومفهوم هذا ان الكلب نجس ومن اصحابنا المتاخرين
من زعم ان الكلب طاهر واحتج بطهارة جلده بالدباغ وقد روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في كلب [illegible]
ووقع في الماء فخرج حيا انه لا باس بذلك قال ابو عصمة ان كان الماء اصاب فم الكلب فلا خير فيه قال وقد ذكر لنا [illegible]

ان الكلب تنجسه والسنور لا تنجسه لان دبر الكلب منقلب فهذا يعضد قول من قال انه طاهر واما سور سباع
البهائم مثل الاسد والفهد والنمر فهو نجس عندنا وعند مالك والشافعي طاهر لنا انه سبع يمكن الاحتراز عن سوره كالكلب والخنزير
ولا يقال محمول على الالبان فكان سورها نجسا كالكلب واما حديث ابن عمر ان النبي عليه السلام سئل عن الوضوء بما افضلت الحمر فقال
وبما افضلت السباع محمول على الحمر الاهلية وسباع الطير وحديث جابر ان النبي عليه السلام قال لها ما اخذت وما بقي فهو لنا
شراب وطهور رواه داود بن الحصين عن جابر وبينهما رجل لم يذكر ولان هذا كان قبل تحريم لحومها واما النوع
الرابع فهو سور الحمار فانهم شكوا فيه فلم يحكموا فيه بطهارة ولا نجاسة وروي عن ابن عمر انه قال لا يتوضا به وهو قول
النخعي وابن سيرين والشعبي ونافع ومكحول وعن جابر بن زيد وحماد والزهري ومعمر وعطاء ومجاهد جواز الوضوء به وهو
قول الشافعي وانما توقف فيه لتعارض دليلين احدهما يقتضي النجاسة وهو حديث انس ان النبي عليه السلام امر مناديه ان
ينادي ان الله ورسوله ينهاكم عن لحوم الحمر فانها رجس وهذه العبارة تستعمل في النجاسات والذي اقتضى الطهارة حديث
ابن عمر ان النبي عليه السلام سئل انتوضا بما افضلت الحمر قال نعم وبما افضلت السباع كلها ولان الحمار محرم الاكل لحومه كالكلب
وهذا يقتضي النجاسة ولانه يسكن مع الادمي في البيوت كالهرة وهذا يقتضي الطهارة فتعارض القياسان ولم يترجح احدهما
على الاخر ومن مذهب ابي حنيفة ان امارات الشرع يجوز ان تتعارض من غير ترجيح لانها تقتضي الظن ويجوز ان
يكون حكم الله الوقف وليس كذلك الدليل العقلي لانها توجب العلم فلا يجوز ان تتساوى مع التضاد ومن اصحابنا
من قال انما اوجب الشك ان عرقها طاهر ولبنها محرم واللعاب يعتبر باللبن والعرق فان الحق بالعرق كان طاهرا وان الحق
باللبن كان نجسا واذا لم يحكم فيه بنجاسة ولا طهارة لم يجز الوضوء به مع القدرة على الماء الطاهر لانه يودي فرضه بالشك
فان لم يجد غيره توضا به وتيمم فان كان طاهرا ادى فرضه به وان كان نجسا فقد ادى فرضه بالتيمم فان قيل
اذا كان نجسا فقد صلى مع النجاسة في اعضائه قلنا روي عنهم في سور الحمار انه غير معفو عنه في الماء معفو عنه في
الثوب والبدن فعلى هذه الرواية يسقط السوال وقد روي عنهم انه غير معفو عنه فعلى هذا لا يتنجس الا ان الصلوة
تجوز مع النجاسة اذا لم يجد ما يزيلها واما البغل فهو متولد من الفرس والحمار فسوره كسور حمار وفرس خلطا فشك
فيه واما سور الفرس فقد ذكر في الاصل انه لا باس به وهو رواية بشر عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول ابن عمر
وروى الحسن عن ابي حنيفة كراهته اذا اصاب الثوب وهو كثير فاحش وجه الرواية الاولى ان الفرس لا يمكن
الاحتراز عنه لمن يالف ركوبه فعفي عنه ولانه طاهر لا يتناول النجاسات وهذا ظاهر على قول ابي يوسف ومحمد لان لحمه
غير مكروه وجه رواية الحسن ان لحمه مكروه فاثر ذلك في سوره قال ابو الحسن قال محمد في سور الفيل انه كسور
السباع لانه سبع وهذا صحيح لانه ذو ناب

باب الانجاس

قال الشيخ رحمه الله كل ما يخرج من بدن الانسان مما يوجب خروجه الوضوء والغسل فهو نجس [illegible] اصحابنا لان طهارة
النجاسة وطهارة الحدث كل واحد منهما يراد للصلوة فما تعلق بخروج احدهما جاز ان يتعلق به الاخر وقد اشتملت هذه الجملة
على نجاسة الغائط والبول ولا خلاف في ذلك وقد دل عليه قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وقال النبي عليه السلام استنزهوا البول واما الدم
والصديد فهو نجس لقوله تعالى او دما مسفوحا او لحم خنزير فانه رجس والرجس عبارة عن النجاسة ولان القيح نجس لانه مستحيل
الى النتن والفساد كالغائط وقد دخل في هذا دم الحيض والنفاس والاستحاضة وقد دل على نجاسة هذه الدماء قوله تعالى قل هو
اذى وقال في دم الحيض حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء وكذلك المذي لان الطهارة تجب بخروجه ولان النبي عليه السلام
قال اذا رايت ذلك فانضح فرجك بالماء وتوضا ولانه يجب الاستنجاء منه ولان الاستنجاء لا يجب الا من نجس وكذلك الودي
لانه تابع للبول في الخروج فحكمه حكمه واما المني فهو نجس عندنا وقال الشافعي طاهر لنا قوله عليه السلام انما يغسل الثوب
من الدم والمني والبول وقوله لعائشة اذا رايت المني رطبا فاغسليه ولانه خارج يتعلق بخروجه الطهارة كالبول ولانه
مني حيوان محرم اللحم كالكلب قال ابو الحسن وكذلك الذي يخرج من [illegible] ساير ابدان الحيوان من الابوال وما
يستحيل ماكله فان ذلك مختلف في غير الناس وانما قلنا ان ما نجس من الادمي نجس من غيره لان الادمي اطهر الحيوان
فما كان نجسا منه اولى ان يكون نجسا من غيره وقد قال اصحابنا ان الارواث والاخثاء نجسة وقال زفر روث
ما يوكل لحمه طاهر وهو قول مالك لنا ما روى ابن مسعود انه حمل الى النبي عليه السلام احجارا للاستنجاء وله حجرين وروثة
فاخذ الحجرين والقى الروثة وقال انها ركس ولان الروث مستحيل الى الفساد منفصل من حيوان يمكن الاحتراز عنه
فاشبه رجيع الادمي وجه قول زفر ان الارواث قد استهان الناس بها بدليل انهم لا يحتشمون بها في طرقهم وخفافهم
ويستعملونها في البناء ويطينون بها السطوح فدل ذلك على طهارتها ولان النبي عليه السلام طاف على بعيره ولو كان ما
ينفصل منه نجسا لجنب المسجد منه وخرء الدجاجة نجس قال ابو يوسف وكذلك الاوز وروي عنه في البط مثله
قال الثوري هو طاهر لنا انه استحال مما ينفصل من الدجاجة [illegible] ما ينفصل من ساير الحيوان واذا حكم بنجاسة احدهما [illegible]
لا يستنجي كذلك الاخرى واما ذرق ما يوكل لحمه من الطير فهو طاهر عندنا مثل الحمام والعصفور وقال الشافعي نجس
وادعى مالك في هذه المسالة الاجماع في طهارتها وروي ان ابن مسعود ذرق عصفور عليه فنكته بيده وعن ابن عمر ان حمامة
ذرقت على راسه فمسحه وصلى ولان المسلمين لا يجتنبون ذلك في مساجدهم وفي المسجد الحرام من لدن النبي عليه السلام
الى [illegible] هذا فلو كان نجسا لجنبوا المساجد كساير النجاسات واما ذرق سباع الطير فهو طاهر في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد هو نجس وجه قولهما ان المساجد لا تنزه من ذلك ولانه استحال ذرقها كاستحالة الطير المباح [illegible]

نجاسة وجه قول محمد انه مستحيل منفصل من حيوان يؤكل لحمه كابوال البهائم ٥ قال ابو حنيفة وابو يوسف
بول ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لحمه نجس وقال محمد بول ما يؤكل لحمه طاهر وهو قول مالك وجه قولهما قوله عليه السلام
استنزهوا البول ولانه مستحيل الى النتن والفساد منفصل من حيوان يمكن الاحتراز عنه كبول الادمي وجه
قول محمد ان النبي صلى الله عليه امر العرنيين حين انتفخت بطونهم ان يشربوا من ابوال الابل ٥ واختلف ابو حنيفة
وابو يوسف في جواز التداوي به قال ابو حنيفة لا يجوز التداوي به لان النبي عليه السلام امر العرنيين بشربه للتداوي
وهذا لا دلالة فيه لانه علم بالوحي ان الداء الذي بهم لا يزول الا به وهذا لا يوجد في غيره ٥ وليس بول الخفاش وخرؤه
بنجس عندهم وقد قيل انه لا ينجس شيئا وذلك لان الخفاش لا يجتنب عنه في المساجد والمصاحف ولانه لا يمكن الاحتراز عن بوله
واما الفارة فبولها وخرؤها نجس لانه مستحيل الى النتن والفساد منفصل من حيوان يمكن الاحتراز عنه ٥ ودم ما ليس له دم
سائل كالبق والبراغيث ليس بنجس وقال الشافعي نجس معفو عنه لنا ان الله تعالى حرم الدم المسفوح فما ليس بمسفوح على اصل
الاباحة ولانه لا يجتنب من الثياب وان كثرت ولا يستحب ازالتها والنجاسة اذا عفي عنها استحب ازالتها كسائر النجاسات
واما دم الحلم والوزغ فهو نجس لانه دم سائل وقد حرم الله الدم المسفوح فاما دم السمك فهو طاهر في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف هو نجس وبه قال الشافعي قال ابو حنيفة انما حرم الله تعالى الدم المسفوح ودم السمك
ليس بمسفوح وجه قولهما انه ابيح اكله بدمه فصار دمه كسائر اجزائه ولانه لو كان نجسا لما جاز استباحته
الا بعد سفحه كحيوان البر وقد قيل انه ليس بدم وانما هو ما متكون بدليل انه يبيض بالشمس والدم يسود بالشمس
وجه قول ابي يوسف قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال فخص الاباحة بدمين
فلا يثبت دما ثالثا ولانه دم سائل كسائر الدماء وهذا ليس بصحيح فاما الخبر فدليل عليه لانه اباح السمك بدمه وانما ذكر دمين
لان دم السمك استفيد حكمه باباحة السمك فلم يذكره واما سائر الدماء لما كانت نجسة لم يبيحها ولها من غير [غير مقروء] واما
الكبد والطحال فهما طاهران بدليل الخبر وقد قال اصحابنا في الطحال اذا طلي به وجه الخف جازت الصلوة فيه لانه
محكوم بطهارته ٥ وقالوا فيما يبقى في العروق واللحم من الدم جازت الصلوة معه لانه ليس بدم مسفوح كدم البق ولانه ابيح
اكله وروي عن ابي يوسف انه قال معفو عنه في الاكل وان لحقت القدر منه وليس بمعفو عنه في الثياب لانه لا يمكن الاحتراز
عنه في الاكل ويمكن في الثياب ٥ ولا ينجس من غير الانسان والخنزير الشعر والصوف والوبر والريش والقرن والعظم والعصب
والحافر والظلف اما طهارة الشعر والريش والوبر والصوف فهو قولنا وقال الشافعي هو نجس من الميتة لنا قوله عليه السلام
لا باس بمسك الميتة اذا دبغ ولا بقرونها وصوفها وشعرها اذا اغتسل بالماء ولانه منفصل من الحيوان حال حيوته ويحكم
بطهارته فاذا انفصل بعد الموت وجب ان يحكم بطهارته كالولد ولانه لو نجس بالموت نجس بانفصاله حال الحيوة كاللحم ٥
واما العظم فهو طاهر عندنا وقال مالك والشافعي هو نجس لنا ان العظم لا حيوة فيه بدلالة ان الشيء لو اخذ بعضه
بالمبرد لم يالم ولو كان حيا لالم والقطع اذا لم يكن فيه الم فما ليس فيه حيوة لا ينجس بالموت ولا يقال انه يضرس فيالم
بالضرس لان الالم يكون فيما يتصل به من العصب واللحم وسط الاسنان لا الم فيه فاذا ادى وصل الدواء من خلاله الى
العصب فيسكن لا [غير مقروء] بالربا المطعومات ولا بالربا يقطع ٥ واما القرن والحافر والظلف فهي عظام واما العصب
ففيه روايتان احديهما انه طاهر لانه عظم غير منصلب فصار كسائر العظام واما الرواية الاخرى انه نجس لان فيه حيوة
والحس يقع به فينجس بالموت ٥ واما شعر الانسان فطاهر عندنا وقال الشافعي نجس لنا ما روي انه عليه السلام حلق راسه
وقسم شعره بين اصحابه ولو كان نجسا لمنعهم من استعماله وما كان طاهرا من بدنه عليه السلام كان طاهرا من غيره وما
كان نجسا من بدن غيره كان نجسا من بدنه كالدم ٥ واما عظم الادمي فالصحيح انه طاهر محرم لحرمة الادمي لانه لا حيوة
فيه فلم ينجس بالموت كالشعر ٥ والذي قالوا في سن الادمي يطحن في دقيق انه لا يؤكل [غير مقروء] الادمي يحرم اكلها
لحرمته لا لنجاستها واما عظم الخنزير فنجس لان تحريم الخنزير مغلظ فيتعلق ذلك بما حله الموت وبما لا يحله الموت
واما شعر الخنزير فقد روي عن ابي حنيفة انه نجس كما ذكرنا في العظم الا انه رخص للخرازين في استعماله لحاجتهم اليه
لان غيره لا يقوم مقامه وقد قال ابو يوسف لو وقع في ماء نجسه وروي عنه انه طاهر وقال محمد اذا وقع في الماء فلم
يغلب عليه جاز الوضوء به لانه لا حيوة فيه فلا تحله النجاسة الحكمية كشعر غير الخنزير ٥ قال وعرق الجنب والحائض
والنفساء طاهر لما روي عن عائشة قالت لم يكن لنا الا فراش واحد فكنا اذا حضنا امرنا رسول الله فنتزر [غير مقروء] فاذا اصبحنا
فلما انتبه الا امر الخرقة فراشنا احد ومعلوم ان العرق لا يؤمن عند النوم فلو كان نجسا لنجسه ولان الحيض يوجب طهارة
حكمية ولا يؤثر في نجاسة البدن كالحدث ٥ وفضل وضوئهم وما ادخلوا ايديهم للاغتراف منه دون غسلها طاهر والاصل
في جواز الوضوء بفضل وضوء المراة ما روي في حديث عائشة قالت كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه من اناء واحد
من الجنابة ونقول له ابق لي [غير مقروء] وقد روي عن ابن عباس انه قال هن الطف ثيابا واطيب ريحا وروي جواز الوضوء
بفضلهن عن سعيد وابي هريرة وروي عن النبي عليه السلام انه قال ليس على الماء جنابة ولا على الارض جنابة ولا على الثوب جنابة
والمراد به انه لا يتعلق بالماء وفي خبر ابن عباس ان بعض ازواج النبي عليه السلام اغتسلت من جفنة فجاء رسول الله صلى الله عليه
يغتسل منها وتوضأ فقالت يا رسول الله اني كنت جنبا فقال الماء لا يجنب ولانه لا خلاف انهما لو استعملاه معا جاز
فكذلك يجوز اذا استعمل احدهما دون الاخر كالرجل ٥ وعرق كل شيء مثل سؤره لان العرق رطوبة متحلبة من البدن
كاللعاب وهذا صحيح على الرواية التي تقول ان عرق الحمار غير معفو عنه فاما على الرواية الظاهرة فعرق الحمار طاهر

ولعابه مشكوك فيه ٥ وما لم يوجب خروجه من الانسان طهارة فهو طاهر وهذا كالدمع والعرق واللبن [غير مقروء]
احدى الطهارتين لما لم يتعلق بخروجه كذلك الاخرى

باب المقدار الذي يجوز به الصلوة من النجاسات

قال الشيخ رحمه الله اصل هذا الباب ان ازالة النجاسة واجبة وقال مالك هي
مستحبة لنا قوله عليه السلام في دم الحيض حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء وقال لعمار وقد رآه يغسل ثوبه من النخامة قال انما يغسل
الثوب من المني والدم والبول ومعلوم ان غسل النخامة مستحب فلو كان غسل النجاسة مستحبا لم يكن للفرق بينهما معنى ولانها
احدى الطهارتين فكان فيها ما هو واجب كطهارة الحدث ٥ وقليل النجاسة معفو عنه لا يمنع جواز الصلوة لان الصلوة جائزة
مع اثر الاستنجاء بالاتفاق وكان المعنى فيه انه في حكم اليسير ٥ والنجاسة على ضربين مغلظة ومخففة فالمغلظة يعفى عنها
عن مقدار مساحة الدرهم فان زاد على ذلك لم تجز الصلوة مع القدرة على ازالتها وانما قدروها بمقدار الدرهم لحديث ابن عمر
ان النبي صلى الله عليه قال يعيد الصلوة من الدم اذا كان في ثوبه من الدم الكثير مقدار الدرهم اعاد الصلوة ولان اثر النجاسة في موضع الاستنجاء
معفو عنه والنجاسة لا تختلف باختلاف مواضع البدن فاذا عفي عن الاثر في موضع الاستنجاء فجميع البدن في حكمه ولهذا
قال اصحابنا ان من استجمر بالاحجار واصابته نجاسة يسيرة لم تجز صلوته منها لانه اذا اجتمع زاد على قدر الدرهم وانما يعفى عنه
مقدار الدرهم لمن استنجى بالماء وقال النخعي ارادوا ان يقولوا مقدار المقعد فاستقبحوا ذلك فقالوا مقدار الدرهم
يعني يعفى عنه من النجاسات ٥ والنجاسة المغلظة عند ابي حنيفة كل عين ورد في نجاستها نص ولم يرد في طهارتها
نص يخالف الناس فيها او اتفقوا لان النص اذا انفرد عن معارضة تاكد حكمه وعلى هذا قالوا في الاروات انه يعتبر فيها الدرهم
لان النص ورد بنجاستها وهو قوله عليه السلام انها رجس ولم يعارض هذا النص نص والاختلاف ليس بحجة قال الله تعالى وان
تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول فاوجب رد الخلاف الى الكتاب والسنة ٥ واما ابو يوسف ومحمد فقالا ما ساغ
الاجتهاد في طهارته فهو مخفف ولهذا قالا في الاروات يعتبر فيها ان يبلغ حد الكثير الفاحش لان تسويغ الاجتهاد
فيه يخفف الحكم فصار كما لو ورد نص يعارض النص واما ما ورد في نجاسته نص وفي طهارته نص ودل الدليل على ان
الاخذ بالنجاسة اولى فهو مخفف مثل بول ما يؤكل لحمه لان النص ورد بنجاسته وهو قوله عليه السلام استنزهوا البول
وورد نص بطهارته بدليل خبر العرنيين فصار معارضا للنص الذي لو انفرد اوجب الطهارة فيوجب التخفيف فاذا خفف
حكم هذه النجاسة لم يجز ان تساوي ما غلظ حكمه فقالوا هو معفو عنها ما لم يستفحش واما حد الكثير الفاحش
فقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يكره ان يحد فيه حدا وذكر الحاكم عن محمد ربع الثوب وروي عن ابي يوسف شبر
في شبر وروي اكثر من شبر في شبر وروي عنه ذراع في ذراع وروي عن محمد ربع الثوب وشبر في شبر وروي عنه مقدار
القدمين وجه الرواية التي منع ابو حنيفة من تقديره ان الاستفحاش يختلف باختلاف الناس منهم من يستفحش
القليل ومنهم من لا يستفحش الكثير فوجب ان لا يتقدر ذلك ويترك الحكم فيه على [غير مقروء] وجه الرواية التي اعتبر
فيها ربع الثوب قال الحاكم هي الصحيحة من مذهب ابي حنيفة ومحمد فلان الربع في حكم الجميع بدلالة ان الراي للمتخفف
[غير مقروء] ربعه فيقول [غير مقروء] ولان المسح على الراس مقدر بالربع والمسح [غير مقروء] الحدث فاعتبر فيه
تقدير اخف طهارة التنجس واما قول ابي يوسف شبر في شبر فلان هذا في حكم [غير مقروء] الا ترى انه تقدر به
المذروعات وقال في الرواية الاخرى اكثر من شبر في شبر لان الشبر لما كان حدا كان الممنوع ما زاد عليه كقدر الدرهم في المغلظ
واما الذي قال ذراع في ذراع فلان الذراع اقل ما وضع له مقدار في المساحة والشبر لم يوضع له قدر والذي قال
في موضع القدمين فمن اصحابنا من قال ان ذلك شبر في شبر ومنهم من قال ان الانسان يمشي غير منتعل فيقع
رجله على السرقين [غير مقروء] بذلك واذا اتلث قدماه استفحشه فقال ان ذلك هو الكثير الفاحش فالواجب
تطهير البدن [غير مقروء] والموضع الذي يصلى عليه فاما الثوب فلقوله عليه السلام انما يغسل الثوب من المني والدم
والبول اما البدن فلان الاصل في الطهارة ان يتعلق بالبدن فاذا تعلقت هذه بغير البدن فلان يتعلق بالبدن اولى
ولان النبي عليه السلام قال للمستحاضة اغسلي عنك الدم وصلي واما المكان فلان النبي عليه السلام نهى عن الصلوة في
المجزرة والمقبرة والمزبلة ومعاطن الابل وهذه مواضع النجاسات قال ابو الحسن في قليل النجاسة ان غسلها افضل
وهذا صحيح لان العفو عنها من طريق التخفيف فاذا استعمل الاغلظ في الطهارة كان افضل كمن استنجى بالماء
واذا كانت النجاسة في موضع قدم المصلي اكثر من قدر الدرهم وافتتح الصلوة عليها فصلوته فاسدة وذلك لان القيام
واجب وادنى ما يقوم الانسان عليه اطراف اصابعه وذلك اكثر من قدر الدرهم فيمنع الصلوة ٥ واما اذا كانت
النجاسة في موضع سجوده فروى محمد عن ابي حنيفة انه لا يجوز الا ان يعيد السجود على موضع طاهر وهو قول
ابي يوسف ومحمد وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان صلوته جائزة وجه الرواية الاولى فلان السجود شرط
في الصلوة كالقيام وكما لا يعتد بالقيام مع النجاسة فكذلك السجود وجه الرواية الاخرى ان الواجب عند
ابي حنيفة من السجود ان يسجد على طرف انفه وذلك اقل من قدر الدرهم واستعمال الاقل من مقدار الدرهم من النجاسة
لا يمنع صحة الصلوة واما على قولهما فالسجود على الجبهة فرضه وذلك اكثر من مقدار الدرهم فاذا استعمله في
صلوته لم يجزه ٥ واما اذا سجد على موضع نجس واعاد على موضع طاهر جاز لان السجود على النجاسة غير معتد به
فكانه لم يسجد ولا يبطل ذلك كمن استعمل النجاسة في حال الصلوة لان الوضع على النجاسة اهون من حملها
بدليل ان من وقف على بساط في جانبه نجاسة جاز ولو تعمم بثوب طرفه ملقى على الارض وعليه نجاسة لم يجز اذا كان

بحر ... لو سجد على فراش وجهه طاهر ... باطنه نجاسه ولو سجد بحيث ... فيه نجاسه لم يجز واذا كان خمار ... الخف جاز
الساجد على النجاسه كمن لم يسجد فان سجد على موضع طاهر جاز ٥ واما القيام اذا افتتح على النجاسه منع ذلك من انعقاد
الصلوه وان افتتح على موضع طاهر ثم نقل قدمه الى مكان نجس ثم عاد الى المكان طاهر صحت صلوته لان الوضع على النجاسه
غير معتد به ٥ قالوا الا ان يتطاول حتى يصير في حكم الفعل اذا زيد في الصلوه افسدها واما اذا كانت النجاسه
في موضع يديه او ركبتيه فصلوته جايزه لما بينا ان الوضع على النجاسه كلا وضع والسجود على اليدين والركبتين غير واجب عندنا

باب تطهير هذه النجاسات قال الشيخ رحمه الله

لا يطهر شي مما كان فيه شي من هذه النجاسات من ثوب او بدن الا بالغسل الا المني فانه يجزي فيه الفرك والاصل في ازالة النجاسه
بالغسل قوله عليه السلم انما يغسل الثوب من المني والدم والبول وقول عايشه اذا رايت المني رطبا فاغسليه وقال في دم الحيض حتيه
ثم اقرصيه ثم اغسليه بالما واما المني اذا كان رطبا فلا يجزي فيه الا الغسل لانه عين نجسه كساير النجاسات وان كان يابسا
على الثوب اجزاه الفرك استحسانا وان كان على البدن لم يجز فيه الا الغسل وروى ذلك الحسن عن ابي حنيفه اما وجه
القياس فلانها عين نجسه فلا تطهر من الثوب بالفرك كساير النجاسات وانما استحسنوا لقوله عليه السلم اذا رايت المني رطبا
فاغسليه وان كان يابسا فافركيه ولان المني لزج فاذا جف على الثوب لم يتداخل في خلاله فاذا فرك زال معظمه ولم يبق ذلك
الا اجزا يسيره لا يعتد بها ٥ واما البدن فلا يفرك لانه لا يمكن ان يفرك كما يفرك الثوب فبقي على اصل القياس وظاهر
ما ذكره ابو الحسن ان الثوب والبدن سوا في الحت الا ان الروايه على ما قدمناه ٥ قال ابو حنيفه وابو يوسف ازالة
النجاسه من الثوب والبدن بكل شي يغسل به الثوب وبعض فيعصر حتى يسيل مثل الخل وما الورد وروي عن ابي يوسف
الفرق بين الثوب والبدن فقال البدن لا يزول الا بالما وقال زفر ومحمد لا يجوز ازالة النجاسه الا بالما وهو قول الشافعي
وجه قولهما ما روي ان النبي عليه السلم قال في ولوغ الكلب فاغسلوه سبعا ولم يفصل ولانه تطهير للنجاسه فلم يختص بالما
كالدباغ ولانه مايع طاهر يجوز ان يزول به حكم النجاسه كالما وجه قولهم قوله عليه السلم في دم الحيض حتيه ثم اقرصيه ثم
اغسليه بالما ولانها طهارة كالوضوء ٥ قال ابو الحسن وطهارة ما له عين مرئيه زوال العين الا ما ذكرنا الا ان يبقى اثر لا يزيله
الما فلا يضره وما لم يكن له عين مرئيه فطهارته ان يغسل ثلثا فان غسل مرة واحدة فغلب في ظن الغاسل ان النجاسه قد
زالت اجزاه اما ما له عين مرئيه فلان الحكم يتعلق بوجودها فاذا زالت زال الحكم المتعلق بها ٥ وما لم يكن له عين مرئيه فلا يمكن
القطع بزوالها فاعتبر فيها الظن وانما قدروا الثلث لان الغالب ان الازاله تحصل بها لان النبي عليه السلم قدر بذلك المستيقظ ٥
واما الاثر فمعفو عنه لقوله عليه السلم في دم الحيض اغسليه ولا يضرك اثره ٥ قال اصحابنا ان تطهير الانا من ولوغ الكلب لا يختص
بعدد وانما يعتبر غالب الظن في طهارته وقال الشافعي تغسل سبعا احدهن بالتراب لنا حديث ابي هريره ان النبي صلى الله عليه
قال اذا ولغ الكلب في انا احدكم فاغسلوه ثلثا او خمسا او سبعا ولانها نجاسه غير مرئيه كنجاسة البول وما روي في حديث ابي هريره
ان النبي عليه السلم قال اذا ولغ الكلب في انا احدكم فاغسلوه سبعا فقد عارضه حديث ابي هريره الذي روى فيه التخيير بين الثلث والخمس
وهو زياده في اللفظ فالرجوع اليه اولى ولا ينافي في خبرنا زياده حكم لان التخيير زياده حكم ايضا ولان الرجوع الى زياده الحكم
لو وجب الرجوع لكان الرجوع الى حديث عبد الله بن المغفل اولى لانه قال وعفروا الثامنه بالتراب وقال اصحاب الحديث
ان اسناده اصح من اسناد ابي هريره وقد قيل ان النبي عليه السلم كان اوجب في ابتدا الاسلام غسل الثوب من البول وغسل
الجنابه سبعا ثم نسخ ذلك فيجوز ان يكون امر بغسل الولوغ سبعا في ذلك الوقت ٥ قال اصحابنا اذا كانت النجاسه على الارض
فان كانت رخوه فصب عليها الما طهرت وان كانت صلبه واندفع الماء عن النجاسه طهر ونجس الموضع الذي انتقل اليه الما وقال
الشافعي اذا كوثرت بالما طهرت لنا ان اعرابيا بال في المسجد فامر النبي عليه السلم ان يحفر موضع بوله وقيل انه لا يطهر ... الما
ولان الما اذا اختلط بالنجاسه انجس واذا كانت الارض رخوه نزل الما عن وجهها فصار ... الا بغسل وعصر واذا كانت
صلبه بقي على وجهها فصار كالثوب اذا غسل ولم يعصر منه الما ٥ وقد قال اصحابنا ان الما اذا ورد على النجاسه انجس وقال
الشافعي لا ينجس الا ان يتغير لنا ان ما ينجس بورود النجاسه عليه انجس بوروده عليها كالخل واللبن ولان مخالطة اللبن الما
الما اذا ورد عليها كمخالطته اذا ورد عليه فتساويا ٥ وقد قال اصحابنا ان بول الصبي والصبيه نجس لا يزول الا بالغسل وقال الشافعي
اذا لم يطعم الصبي فبوله يجزي فيه الرش ولا يجزي في بول الانثى الا الغسل لنا قوله عليه السلم انما يغسل الثوب من المني والدم والبول
ولانه لما وجب غسل بول الانثى كذلك بول الذكر اصله لو طعما واما الذي روي عنه عليه السلم انه قال ينضح بول الغلام ويغسل
بول الجاريه فالنضح هو الصب يقال بيونا نضح اذا استقى عليها الما المزرع والسوانيه نواضح والصب يطهر به النجاسه
عندنا وانما فرق بينهما لان بول الجاريه يتحذر من الثوب اكثر مما يتحذر منه بول الغلام لاختلاف مخرجيهما ويحتمل ان يكون قال
ذلك في حال التي يجمع الراوي بينهما وبالجمله فخبر الواحد اذا خالف الاصول لم يقبل عندنا ٥ وقال ابو الحسن وما كان في
خف او نعل فكان رطبا لم يطهر الا بالغسل وان جف فما له جسم كثيف مثل السرجين والدم والعذره والمني فحته
يطهره وما لم يكن له جسم قائم كثيف لم يجز فيه الا الغسل وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد لا يجزي في جميع ذلك
الا الغسل غير المني اما اذا كان رطبا فلان المسح لا يزيل عنه الا اليسير فيبقى معظم النجاسه ٥ واما اذا جف فالوجه فيه قوله
عليه السلم اذا اصاب خف احدكم او نعله اذى فليدلكهما بالارض وليصل فيه فان ذلك لهما طهور ولان الخف مستحصف لا تتداخله
اجزا النجاسه فاذا جف ما فيه الارض اجتذبت الرطوبه التي على الخف فاذا دلكه بالارض لم يبق منه الا اجزا يسيره
وذلك معفو عنه وليس كذلك ما ليس له جرم كثيف كالبول والخمر لانه اذا جف على وجه الارض لم تتم لها تحتذبه

فبقي على حاله ... على البول طينا رطبا ثم جف ثم مسحه جاز لانه اجتذب ما على وجه الخف كما اجتذبه الرجيع
قول محمد هو انه محل نجس فلا يجوز النجاسه عنه بالمسح كالثوب ٥ واما الثوب والبساط فلا يجزي فيهما الا الغسل لانه
متخلل الاجزا والنجاسه تتداخل فيه فلا تزول بالمسح فاما على قول ابي الحسن اذا جف ما على الخف طهر فيجوز ان يريد بذلك
اجازة الصلوه لان اصحابنا كانوا يقولون لا يطهر ولكن يزول معه معظم النجاسه وكذلك قالوا في المني اذا فرك والارض اذا
ذهب اثر النجاسه منها ولذلك لم يجوزوا التيمم منها في الروايه المشهوره وكانوا يقولون في الثوب اذا فرك من
المني ثم وقع في ما تنجسه فعلى هذا يحمل قول ابي الحسن قوله طهر على معنى جازت الصلوه فيه ومن اصحابنا من التزم في
الثوب انه يطهر ويزول النجاسه عنه كما يزول بالغسل فعلى هذا يصح ظاهر قول ابي الحسن وقد قال اصحابنا في
النجاسه اذا وقعت على السيف والمراه فمسحت طهرت لانه جسم صقيل لا يتداخله النجاسه فاذا مسحت لم يبق
منها الا اليسير الذي لا يعتد به ٥ واذا اصابت الارض نجاسه فجفت ومضى عليها زمان فذهب اثرها جازت الصلوه
على مكانها وقال الشافعي لا يجوز لنا ان الارض من شانها ان تقلب الاشيا الى طبعها لقوله تعالى والارض كفاتا
وان تحول الاشيا الى طبعها فاذا ذهبت النجاسه علم انها استحالت الى طبعها والاستحاله تؤثر في التطهير كتخليل
الخمر والعذره المحرقه تعود رمادا وعلى هذا قال ابو حنيفه ومحمد في الحمار او الخنزير اذا وقع في المملحه انه يطهر
لانه استحال عن طبعه وجه قول زفر انها نجاسه فلا تزول بالشمس كنجاسة الثوب ٥ فاما التيمم منها فالروايه
المشهوره انه لا يجوز لان الاستحاله تذهب بمعظم النجاسات وتبقى اجزا يسيره وذلك لا يمنع الطهاره ولا يمنع الصلوه
وروي عن اصحابنا انه يجوز التيمم منه لان الاستحاله قلبت النجاسه الى جنس الارض فجاز التيمم منها ٥ قال ابو حنيفه
ومحمد يجوز ازالة النجاسات بالغسل والصب وقال ابو يوسف لا تطهر الا بالصب وجه قولهما هو ان الغسل يطهر
لبعض الاعيان وهو ما لا يمكن الصب عليه فكان يطهر البقيه كالصب لابي يوسف هو ان القياس يمنع من زوال
النجاسه بالغسل وانما تركنا القياس اذا كان الغسل يقدر عليه وذلك موجود في الغسل دون الصب ٥

باب تطهير جلود الميته قال الشيخ رحمه الله

كل جلد دبغ فقد طهر الا جلد الخنزير والانسان والاصل في هذا ان جلود الميته تطهر بالدباغ وقال مالك لا تطهر ويجوز استعمالها
في الجامد دون المايع ولا تجوز الصلوه فيها لنا ما روي عن النبي عليه السلم انه مر بشاه ميمونه وهي ميته فقال هلا اخذتم جلدها
فدبغتموه واستمتعتم به فقالوا انها ميته فقال انما حرم من الميته اكلها وروي انه عليه السلم قال ايما اهاب دبغ فقد طهر ولان الدباغ
يحل الجلد حتى لا ياتي فيه الوحل والاستحاله تطهر الاعيان النجسه كالخمر اذا تخللت وهذا التعليل معنى قوله عليه السلم يحل الدباغ
الجلد كما يحل الخل الخمر فاما حديث عبد الله بن عكيم ان النبي عليه السلم قال لا تنتفعوا من الميته باهاب ولا عصب فان الاهاب
الجلد الذي لم يدبغ وقال الاصمعي فاذا دبغ سمي اديما ٥ قال اصحابنا جلود السباع تطهر بالدبغ وقال اصحاب الحديث
لا يطهر الا جلد ما يوكل لحمه لما روي عنه عليه السلم ايما اهاب دبغ فقد طهر وروي ان النبي عليه السلم توضا من ما في شنه من جلد حمار
ميت ولانه حيوان ينتفع به في حيوته بغير ضروره كالذي يوكل لحمه ٥ فاما جلد الكلب فيطهر عندنا بالدباغ وقال
الشافعي لا يطهر لنا قوله عليه السلم ايما اهاب دبغ فقد طهر ولانه بهيمه يباح الانتفاع بها في حال الحيوه من غير ضروره كالضبع
والشاه ولانه مختلف في اكله كالضبع ٥ فاما جلد الخنزير فلا يطهر بالدباغ وعن ابي يوسف انه يطهر لنا ان الخنزير لا يجوز
الانتفاع به في حال حياته بحال فغلظ حكمه بعد موته فلا يجوز الانتفاع به ولا بشي منه وقد قيل ان الدباغ لا يتاتى في
جلده لانه ضعيف متموج متحيه لا يتميز عنه فصار كجلد لم يدبغ ولابي يوسف ظاهر الخبر ايما اهاب دبغ ٥ واما
الانسان فلا يوثر فيه الدباغ لان الدباغ انما يفعل للانتفاع وجلد الانسان لا يجوز الانتفاع به ولا بشي منه لحرمته ولهذا
لا يجوز الانتفاع بشعره ... الواصله والمستوصله وهي التي تصل شعرها بشعر غيرها ٥ وكل ما يجوز ان
يطهر جلده بالدباغ فانه يطهر بالذكوه وما لا يعمل فيه الدباغ لا تؤثر الذكاه كالخنزير والادمي وقال الشافعي ما لا يوكل لحمه
لا يعمل فيه لنا قوله عليه السلم الذكاه في الحلق واللبه ولانه حيوان مختلف في اكل لحمه كالضبع ولان ما جاز ان يطهر جلده
بالدباغ جاز ان تؤثر فيه الذكاه كالشاه ٥ فاما الخنزير فان الذكاه لا تعمل فيه لانه مقطوع بتحريمه فغلظ حكمه والذكاه
انما تفعل للانتفاع به وهذا لا ينتفع به اصلا ٥ واما الادمي فلا يعمل فيه الذكاه ايضا لحرمته كما لا يجوز الانتفاع
بالجزايه في حال حيوته وموته لحرمته ٥ قال ابو الحسن وكل شي دبغ به الجلد فما منعه من الفساد والتغير
فهو دباغ مطهر وقال الشافعي لا يكون الدباغ بالشمس والتراب وانما يجوز عندنا اذا عمل التراب عمل غيره واما
اذا جف ولم يستحل فانه لا يطهر قال هشام وسمعت ابا يوسف قال في مسح جنبه علق في الشمس حتى يبس قال
ان كان ذلك يمنعه من الفساد فهو دباغ والاصل فيه قوله عليه السلم ايما اهاب دبغ فقد طهر ولم يفصل ولان الدباغ يؤثر
في الجلد الاستحاله فاذا استحال بالشمس والتراب كان كالاستحاله بالشث والقرظ ٥

باب الاستنجا قال الشيخ رحمه الله

والاستنجا سنة يجزي فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه وليس فيه عدد مسنون ... ان لم ينقه الثلث
زاد حتى ينقيه وغسل ذلك بالما افضل والاصل في هذا ما قدمنا ان يسير النجاسه معفو عنه وكثيرها غير معفو عنه فاذا
كانت النجاسه في موضع لم يتعد مخرجها فتطهيرها مسنون وليس بواجب وقال الشافعي هو واجب لنا قوله عليه السلم من
استجمر فليوتر من فعل فقد احسن ومن لا فلا حرج ولانها نجاسه على البدن لا يجب ازالتها بالمايع مع القدره عليها فلا يجب
تخفيفها بالجامد بعد استعمال الاحجار ولان الاستنجا تطهير في البدن لا يزيل حدثا ولا جنبا فكان مستحبا كغسل يوم الجمعه

يستنجي بها عين طاهرة لا تتعلق ولا تمنع العين ومن الناس من قال لا يجوز الا بالحجر لنا قوله عليه السلام وليستنج بثلثة احجار او ثلثة
اعواد او ثلث حثيات من تراب وروي الثوري ان النبي عليه السلام كان يستنجي بالحجر وهو الحشان ولانها عين طاهرة لا تتعلق بها فتلحق الغير
كالحجر ٥ فاما الاستنجاء بالعظم والروث فمكروه لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء بالروث والرمة وقال من استنجى بروث او رمة
فهو بريء مما انزل على محمد فان ارتكب النهي واستنجى بذلك لم يلزمه ان يستنجي بغيره وقال الشافعي لا يعتد بها لنا ان النجاسة
تخف بالعظم والروث حسب خفتها بالحجر ثم نهي الاستنجاء باحدهما كنهي بالاخر وروي ان النبي عليه السلام بين علة النهي فقال لان العظم
زاد اخوانكم من الجن والروث علف دوابهم وهذا المعنى لا يمنع وقوع الاستنجاء بها كما لا يمنع اذا استنجى بحجر الغير ولا يقال
ان الروث نجس فكيف يزيل النجاسة لان الروث اليابس لا ينفصل منه شي الى البدن وهو يخفف ما على البدن كالطين ٥
واما العدد فالمعتبر عندنا هو الانقاء فان حصل ذلك بما دون الثلثة لم يزد عليها وان لم يحصل بالثلثة تجاوزها وقال الشافعي
لا بد من اعتبار عدد المسحات والانقاء جميعا لنا ان ما دون الثلثة مسح على وجه العبادة لقوله عليه السلام من استجمر فليوتر
واقل الوتر واحد ولانها ابتداء تخفيف النجاسة لا يلزم استعمال العدد كالمسحة الرابعة والخامسة ٥ والاستنجاء بالما افضل
لما روي ان الله تعالى لما انزل في اهل قبا فيه رجال يحبون ان يتطهروا سالهم رسول الله صلى الله عليه عن طهارتهم فقالوا انا نتبع
الحجر الما ولانه يزيل النجاسة والحجر يخففها فان التنقية اولى من تخفيفها ٥ واذا تجاوزت النجاسة مخرجها لم يجز استعمال الحجر
فيها ووجب غسلها وقال الشافعي في احد قوليه يجوز استعمال الحجر فيها لنا انها نجاسة في غير مخرج الحدث فاذا لم يعف عنها
وجب غسلها كالنجاسة على ساير البدن ٥ ولا يستنجي بيمينه لما روي ان النبي صلى الله عليه كان يستنجي بيساره وروت
عايشة ان النبي عليه السلام كان ياكل بيمينه ويستنجي بيساره ٥ والاستنجاء مسنون من كل نجاسة خرجت من السبيلين لها
عين مرئية مثل الغايط والبول والمذي والودي والدم لان الاستنجاء لتخفيف النجاسة وحكم النجاسات سوا فاما الريح
الخارج فلا استنجاء فيها لانه ليس هناك عين نجاسة تؤثر الاستنجاء في تخفيفها فلا معنى له ٥ واذا استنجى بالما فكان الما
نجسا لان النجاسة زالت به وانتقلت اليه فان استعمل الما في موضع الاستنجاء بعد الانقاء صار مستعملا لانه مستعمل على
طريق القربة فصار كمن توضى بما بعد الوضوء ٥

باب التيمم

قال الشيخ رحمه الله الاصل في جواز التيمم قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وروي ان هذه الاية نزلت في غزاة ذات المريسيع نزل رسول الله صلى الله عليه
للتعريس فسقط من عايشة رضي الله عنها قلادة لاسما فلما ان ترحلوا ذكرت ذلك للنبي عليه السلام فبعث رجلين في طلبها واقام ينتظرها فعدم
الناس الما وحضرت صلوة الفجر فاغلظ ابو بكر على عايشة وقال لها حبست المسلمين على غير ما فنزل قوله تعالى في التيمم فقال اسيد بن حضير يرحمك
الله يا عايشة ما نزل بك امر تكرهينه الا جعل الله للمسلمين فيه فرجا وقال النبي عليه السلام اوتيت خمسا لم يؤتهن احد قبلي الحديث وقوله عليه السلام
التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الما ولا خلاف في ذلك ٥ والتيمم في اللغة القصد وانشد فلا ادري اذا يممت ارضا
اريد الخير ايهما يليني ٥ وفي الشريعة عبارة عن قصد الى شي مخصوص واستعمال التراب في الاعضا وهذا لا تعرفه اهل
اللغة فالاسم الشرعي فيه معنى اللغة ٥ فاما صفة التيمم فهو ان يضرب بيديه على الصعيد ثم ينفضهما ويمسح بهما وجهه
ثم يضرب ضربة اخرى فيمسح بيده ظاهر ذراعيه الى مرافقه ثم يمسح باطنهما الى الرسغ روى هذه الصفة معلى عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة ومن الناس من قال يضرب ضربة واحدة يستعملها في وجهه ويديه وقال ابن سيرين ثلث ضربات ضربة للوجه
وضربة لليدين وضربة اخرى يستعملها في الوجه واليدين وقال ابن ابي ليلى والحسن بن حي يضرب ضربتين يمسح بكل ضربة العضوين
جميعا والدليل على ما قلناه ما روى نافع عن ابن عمر ان النبي عليه السلام كان محدثا فمر به رجل فسلم عليه فلم يرد عليه وتيمم عليه السلام
فضرب بيده الى الحايط فمسح بها وجهه ثم ضرب ضربة اخرى فمسح ذراعيه وعن الاسلع ان النبي عليه السلام علمه التيمم فضرب بكفيه
الارض ثم نفضهما ثم مسح بهما وجهه ثم اعادهما الى الارض فمسح بهما الارض ثم دلك احديهما بالاخرى ثم ذراعيه ظاهرهما
وباطنهما ٥ وروى ابن الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه انه قال التيمم ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين ولانها طهارة فما
يستعمل في احد العضوين لا يستعمل في الاخر كالوضوء ٥ وقد ذكر محمد في الاصل ما يدل على استيعاب العضوين بالتيمم وانه
واجب لانه قال ان ترك ظاهر كفيه لم يجزه وذكر الحسن في المجرد عن ابي حنيفة اذا تيمم الاكثر جاز والصحيح ما في الاصل
لقوله تعالى وايديكم منه ولقوله عليه السلام التيمم ان تضرب بيديك على الارض فتمسح بهما وجهك وجه رواية الحسن هو انه
مسح فلا يجب فيه الاستيعاب كمسح الراس والخفين ٥ وقد قال اصحابنا ان التيمم الى المرفقين وهو قول عمر وجابر وروي
عن علي وابن عباس الى الرسغين وقال الزهري الى الاباط وقال مالك الكفين وبعض الذراعين لنا حديث جابر ان النبي عليه السلام
قال التيمم ضربة للوجه وضربة للذراعين الى المرفقين ولان كل عضو ثبت فيه التيمم احتذى به العضو كالوجه فاما حديث
عمار فقد روي مختلفا روى عن ابي عبد الرحمن بن ابزى عن عمار ان النبي عليه السلام قال الى المرفقين كذا رواه الحجاج عن شعبة وروي عنه
الوجه والكفين وروي بعض الذراعين فكان الرجوع الى من لم يختلف حديثه اولى والذي روي عن عمار انه قال تيممنا مع
رسول الله الى الاباط فانه حكى فعلهم ولم يذكر ان رسول الله صلى الله عليه عرف ذلك فلم ينكره ٥ فاما نفض اليدين فهو قولنا
وقول ابن عمر انه كان لا ينفض وقال عدي بن عدي كان لا اختلاف ممن ادرك الصحابة يضرب احدهم يده الى الارض وينفضهما فيمسح
وجهه وذراعيه ولان التراب لا يرفع الحدث فاستعمال الكثير منه تلويث للوجه من غير غرض ٥ قال اصحابنا لا يصح التيمم بغير
نية وقال زفر يصح بغير نية لنا قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا والتيمم هو القصد والقصد هو النية ولانه بدل لحق الله
تعالى فلا يجوز الا بنية كالبدل في الكفارة وجه قول زفر هو انها طهارة فلا تفتقر الى النية كالوضوء والفرق بينهما ان الله تعالى
ذكر في اية الوضوء غسل الاعضا وفي اية التيمم القصد فوجب اعتبار الشرط والجواز لا ينفك عن غير زيادة ٥ واما

كيفية النية فالصحيح من المذهب انه اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه وقال الحسن في المجرد اذا نوى به التطهر اجزاه وروى
ابن سماعة عن محمد في جنب تيمم يريد به الوضوء اجزاه من الجنابة وكان ابو بكر الرازي يقول لا يجزيه في التيمم نية التطهر ولا بد فيه من
نية التيمم سوى الحدث او الجنابة وجه ما ذكره الحسن هو انها طهارة فلا يلزمه نية اسبابها كالوضوء ولان الوضوء لا يرفع الحدث
فلا معنى لذكره اصناف الحدث وجه ما قاله الرازي هو ان التيمم يقع على صفة واحدة عن الغسل والحدث جميعا فلا بد من نيته
التمييز كالصلوة التي تقع عن الفرض والنفل على صفة واحدة فلا بد من نية تعين ٥ قال اصحابنا اذا تيمم للنافلة جاز له ان
يصلي بتيممه الفريضة وقال الشافعي لا يجوز لنا انها طهارة لو وقعت للفرض جاز ان يودي بها النفل فاذا وقعت للنفل جاز ان
يودي بها الفرض كالوضوء ٥ قال اصحابنا يجوز التيمم للنافلة وقال الزهري لا يجوز لنا ان كل طهارة جاز ان تفعل للفرض جاز ان
تفعل للنفل كالوضوء ولان النفل صلوة شرعية كالفرض وعلى هذا الاصل قال اصحابنا اذا تيمم الكافر ثم اسلم لم يجزه بتيممه وعن
ابي يوسف انه ان تيمم ينوي الاسلام جاز وروي انه قال اذا تيمم ينوي الطهور ثم اسلم اجزاه لنا ان التيمم من شرطه النية
فلا يصح من الكافر كالصوم والصلوة ولابي يوسف انه اذا نوى الاسلام فقد تعلق بهذه النية حكم القربة اذا اسلم فصار التيمم
مع نية القربة كالمسلم اذا تيمم فاما الرواية الاخرى فقال انها طهارة فصحت من الكافر كالوضوء والفرق بينهما هو ان
الوضوء لا يفتقر الى النية فاستوى فيه الكافر والمسلم كازالة النجس فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه كان يامر
من يسلم ان يغتسل ولو صح اغتسال الكافر لم يكن لامره معنى قلنا امرهم لان الغالب من حالهم انهم لا يغتسلون ويجوز ان
يكون امر بالغسل على طريق القربة وما فعل مع الكفر وان اجزا فلا قربة فيه ٥ وقد قال اصحابنا في المسلم اذا تيمم ثم ارتد
ثم اسلم انه على تيممه وعن زفر انه يعيد التيمم لنا ان التيمم قد صح والردة معنى يمنع من استفتاح نية القربة وليس من
شرط التيمم ان يفعل على وجه القربة لانه ليس بمقصود بنفسه والردة منع من استفتاح نية القربة وجه قول زفر
هو انها عبادة من شرطها النية فيبطلها الردة كالصلوة وهذا ليس بصحيح لان الصلوة من حكم افعالها ان يكون على
وجه القربة فهو اذا ارتد خرج الفعل من ان يكون قربة فلم يجز وهذا القول عن زفر ان لعنه النية في التيمم لا يصح ٥
فاما الكلام فيما يجوز به التيمم فيجوز عند ابي حنيفة ومحمد بكل ما كان من جنس الارض التراب والرمل والحصى والزرنيخ
والنورة والجص والطين الاحمر والاخضر والمرداسنج والكحل والحجارة المدقوقة والاجر المدقوق والسبخة وما اشبه
ذلك وقال ابو يوسف لا يجوز الا بالتراب والرمل وقال معلى عنه الا بالتراب وهو قوله الاخير وبه قال الشافعي
وجه قولهما قوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجدا وطهورا والارض عبارة عن الرمل والتراب والحجر وساير الاجناس
ولا يعارض هذا ما روي انه قال وترابها طهورا لانا نجمع بين الخبرين اذ لا تنافي بينهما ولان كل بقعة من الارض جازت
الصلوة عليها جاز التيمم منها كبقعة التراب وجه قول ابي يوسف ما روي عن ابن عباس انه قال الصعيد التراب
وقال النبي عليه السلام جعلت لي الارض مسجدا وترابها طهورا ٥ فاما المرداسنج الذي [illegible] ابو الحسن فالمراد منه
المعدني الذي يجري مجرى الكحل والطين الاحمر والاسود فاما الاجر فهو طين مستحجر وذلك لا يمنع التيمم كالحجر
الاصلي الذي يتولد من الارض فاما اشتراط الدق في الحجر والاجر فهذا على قول محمد خاصة لانه يوجب استعمال شي من الصعيد
فاما عند ابي حنيفة فاذا وضع يده عليه قبل الدق جاز على ما سنبينه لانا اس واما اذا وضع يده على صخرة لا تراب عليها او ارض
فريه اجزاه عند ابي حنيفة وروى ذلك معلى وابن سماعة وبشر وعلي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وان لم يكن عليه صعيد وقال
في الاصل ولو ضرب بيده على حايط او جص مجصص وعليهما غبار اجزاه ولم يذكر في الاصل اذا لم يكن عليه غبار وروى عمرو عن محمد
فيمن تيمم من ارض فيه ولم يتعلق بيده شي قال لا يجزيه قال ابو الحسن وروي عن محمد مثل قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجزي
ذلك هذا التخصيص وجه قول ابي حنيفة قوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجدا وطهورا والحجر ارض ولانه مسح اقيم مقام
غسل فلا يعتبر الممسوح به كمسح الخفين ولابي يوسف قوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه فاعتبر استعمال
ما يتطهر به كالما ٥ واما التيمم بالغبار فقد قال ابو حنيفة اذا ضرب رجل ثوبا بيده او وسادة او على حنطة
او شعير فلصق بيده غبار من ذلك اجزاه التيمم به وروى عن ابي يوسف انه يتيمم به اذا لم يجد غيره ويعيد ثم رجع وقال
وليس الغبار عندي من الصعيد لنا ان مقدار ما يستعمله من الارض هو الغبار فاذا اخذه من ثوب اجزاه كالو عصر
ماء من ثوبه وتوضى به جاز كما لو اخذه من انيه ولابي يوسف ان اطلاق اسم الصعيد لا يتناوله فيتيمم به في قوله الاول
ويعيد وفي قوله الاخير لا يتيمم به كما لا يتيمم بغير التراب ٥ قال محمد في الاملاء في المسافر اذا كان في طين او ردغة واصابه
مطر فابتل سرجه وثيابه ولم يجد ما يتوضا به فانه يلطخ ثوبه بالطين ويجففه ثم ينفضه ويتيمم به وهذا على قول محمد
لان التيمم عنده بغبار الثوب جايز ولا بد عنده من استعمال شي من التراب واما على قول ابي حنيفة فاذا لم يعتبر استعمال
شي من الصعيد جاز ان يتيمم من الطين الرطب وان لم يلصق بيده ٥ روى عمرو عن محمد قال لا يجوز ان يتيمم براده الذهب والفضة
والحديد وذلك لانه ليس من الارض بدلالة انه ينطبع والتراب ونحوه لا ينطبع والتيمم يختص بجنس الارض قال وكذلك البورق
والملح لانهما ليس من جنس الارض بل هو كالما يجمد ويذوب وكذلك الرماد لانه ليس من جنس الارض وانما هو من احترا
خشب وكذلك اللولو المدقوق لانه من حيوان البحر واجزا الحيوان لا يجوز بها التيمم ٥ ولا يجوز التيمم من مكان نجس لقوله تعالى صعيدا
طيبا والطيب الطاهر ولان ما يتطهر به اذا خالطته نجاسة منعت التطهر به كالما ٥ ومن تيمم من مكان فوضع احد يديه في
ذلك المكان وتيمم منه جاز ذلك لان التراب لا يرفع الحدث ولا يصير مستعملا ولان موضع التيمم يجري مجرى ما بقي في الانا
بعد الاغتراف منه للوضوء ٥ فاما ما يتيمم لاجله فكل طهارة وجبت اذا لم يقدر على ما يتطهر به فانه يتيمم كالغسل

وصورتنا به والحيض والنفاس والخلاف في جواز التيمم بدلا من الوضو لقوله تعالى فلم تجدوا ما فتيمموا واما الجنب فقد روي عن
عمر وابن مسعود انه لا يتيمم قال الفقيه ورجع ابن مسعود عن هذا القول والدليل عليه ما روى ابو ذر قال اجتمع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم غنم من غنم الصدقة
قال ابد فيها يا ابا ذر فبدوت فيها الى الربذة فكانت تاتي على الخمسة والستة وانا جنب فوجدت في نفسي فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو مسند ظهره الى الحجر فلما راني قال مالك يا ابا ذر فجلست فقال مالك ثكلتك امك فقلت يا نبي الله اني جنب فامر
جارية سودا فجات بعس فيه ما فسترتني بالبعير وبالثوب فاغتسلت فكانما وضعت عني جبلا وقال ان الصعيد الطيب
وضو المسلم ولو عشر حجج فاذا وجدت الما فامسسه بشرتك فان ذلك خير وروى عمران بن حصين قال كنا مع رسول الله في سفر
فانفتل من صلوته فاذا رجل معتزل لم يصل مع القوم قال ما منعك ان تصلي فقال اصابتني جنابة ولا ما قال عليك بالصعيد فانه
كافيك وروى ابو هريرة ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا نكون في الرمال اربعة اشهر فيكون فينا الجنب والنفسا والحائض
ولا نجد الما فكيف نصنع قال عليك بالصعيد وقد روي التيمم للجنب عن النبي عليه السلام بلا عمار وعمرو بن العاص والاسلع ولانها طهارة
من حدث كالوضو ولانه ثبت من اصلنا ان المراد بقوله تعالى او لامستم النسا الجماع وقد جوز الله تعالى التيمم منه ٥ قال
اصحابنا المسافر اذا لم يكن معه ما جاز له ان يطا جاريته او اهله وهو قول ابن عباس وعن علي وابن عمر وابن مسعود كراهته والدليل
على انه يجوز ولا يكره ما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال جا اعرابي الى النبي عليه السلم فقال يا رسول الله الرجل يعزب ولا يقدر على
الما فيجامع اهله قال نعم ولان هذا توصل الى الرخصة وذلك غير ممنوع منه واما من يجوز له التيمم فالمسافر اذا لم يجد الما
لقوله تعالى وان كنتم مرضى او على سفر الى قوله فلم تجدوا ما فتيمموا ٥ وكذلك المسافر اذا كان معه ما وهو يخاف

اذا انتهى اليها سقط فرضه واعتبرنا بالوضو لانه يتوصل به الى فعل الصلوة ولا الى ما يقوم مقامها واذا سقط الوضو وهو مخاطب به
جاز ان يتيمم كالمريض ٥ واما الجمعة فلا يتيمم لها وان خشي فواتها لانه يتوصل بالوضو الى فعل الظهر وهو فرض الوقت عندنا
فكان في الامر بالوضو فايدة وعلى هذا قالوا اذا خشي فوات الوقت ان توضى لم يجز له التيمم لانه يتوصل بالوضو الى فعل القضا
وهو قايم مقام فرض الوقت وكذلك لا يتيمم لسجدة التلاوة لانها لا تسقط بمضي الوقت فهو يتوصل بالوضو الى فعل ما يقوم
مقامها ٥ ومن خاف ان اغتسل ان يتلف او يمرض من شدة البرد جاز له التيمم وقال ابو يوسف ان كان مسافرا جاز وان كان في
مصر لم يجز وقال الشافعي يتيمم ويعيد ان كان في المصر وان كان مسافرا ففي الاعادة قولان والاصل في هذا ما روي ان عمرو بن العاص
كان امير على سرية فيها عمر بن الخطاب فاصبح جنبا فتيمم وصلى بهم فلما قدموا على النبي عليه السلم قال لعمر انه صلى بنا وهو جنب
فقال له النبي عليه السلم ما حملك على هذا فقال خشيت ان يقتلني البرد وسمعت الله تعالى يقول ولا تقتلوا انفسكم ان الله كان بكم رحيما
فضحك منه ولم يامره بالاعادة وكل من جاز له التيمم لاجله اذا لم يلزمه الاعادة في السفر لم يلزمه في الحضر كالمرض وعلى ابي يوسف
ان كل من جاز التيمم لاجله في السفر جاز في الحضر كالمرض ولابي يوسف هو ان المقيم يجد ما يستدفي به غالبا او يسخن به الما
فيه فيقع ضرر البرد به والمسافر لا يجد ما يستدفي به فلذلك جاز التيمم في السفر ٥ واما الحالة التي يجوز فيها التيمم قال
اصحابنا اذا كان المسافر يطمع ان يجد الما اخر التيمم الى اخر الوقت وان لم يطمع يوخره وقد ذكر في الاصل قال احب
الي ان يوخر التيمم الى اخر الوقت ولم يفصل وروى معلى عن ابي حنيفة وابي يوسف انه ان كان على طمع من وجود الما
اخر وان لم يكن على طمع منه يتيمم وصلى في اول الوقت وقد روي عن علي والزهري والحسن وابن سيرين انه يوخر التيمم الى
اخر الوقت اذا كان يرجو الما وقال حماد لا يوخر وبه قال الشافعي الا ان يتحقق وجود الما وقال مالك المستحب
ان يتيمم في وسط الوقت لنا انه اذا اخر الصلوة جاز ان يجد فيوديها على اكمل الوجهين فكان ذلك افضل من فعلها
في اول وقتها كمن طمع في الجماعة اخرها ولانه لم يتحقق وجود الما كان الافضل له التاخير وما تعلق بيقين وجود
الما تعلق ايضا بغالب الظن كفرض الطلب ٥ قال اصحابنا يجوز التيمم للصلوة قبل وقتها وقال الشافعي لا
يجوز لنا قوله عليه السلم التراب طهور المسلم ما لم يجد الما ولانها طهارة فجاز ان يودي بها الفرض في اول وقته كالوضو
قال اصحابنا اذا لم يجد المسافر الما فان غلب على ظنه انه يقرب منه ما او اخبر بذلك وجب عليه طلبه الغلوة ونحوها
ولا يبلغ ميلا ويجب ذلك عليه وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وقال عمرو عن محمد اذا ظن الما على ميل فصاعدا لم يلزمه
طلبه وان كان اقل من ميل ابتغى الما وان طلعت الشمس وروى الحسن عن ابي حنيفة نحوا من ذلك واما اذا لم يخبر عن الما
ولم يغلب على ظنه انه يقربه لم يلزمه الطلب وقال الشافعي لا يجوز التيمم الا بعد ان يطلب الما عن يمين الطريق ويساره
وان كان هناك وادي هبط اليه وان كان جبلا صعد عليه والدليل على ان الطلب لا يلزمه اذا لم يغلب على ظنه وجود الما
قوله عليه السلم التراب كافيك ولو الى عشر حجج ولانه عادم للاصل فجاز له الانتقال عنه بغير طلب كعادم الرقبة واما اذا اخبر عن
الما او غلب على ظنه فان الطلب عليه واجب لان غلبة الظن يجري مجرى العلم في احكام العبادات ولو تيقنا لم يجز له
التيمم كذلك اذا غلب على ظنه ٥ واما لم يلزمه ان يسير اليه ميلا فما فوقه لان هذا القدر يلحق به الضرر والمشقة
الا ترى انه ينقطع عن رفقته وطريقه والوضو يسقط عن المسافر اذا خاف الضرر فاما ما دون الميل فلا يلحق به ضرر
في العادة فاشبه ما لو كان بحضرته ٥ واذا كان مع المسافر ما فوجده يباع بمثل ثمنه لزمه ان يبتاعه وقال الحسن البصري
يلزمه ان يبتاعه بجميع ماله لانه قادر عليه من غير ضرر فلم يجز الانتقال الى البدل ٥ وان كان يباع بزيادة على ثمن الما بما لا
يتغابن في مثله لم يلزمه ان يبتاعه ويتيمم لانه لا يتوصل الى الامر عليه في ماله والطهارة لا يلزم بتلف في المال
كمن كان عليه ثوب نجس لا يجد ما يغسله به لا يومر بقطع النجاسة منه ويجوز الصلوة معها كذلك هذا ٥ وقال
ابو يوسف في المسافر اذا كان مع رفيقه ما فتيمم قبل ان يطلبه منه وصلى اجزاه في قياس قول ابي حنيفة
ولا يجزيه في قول ابي يوسف حتى يطلبه فيمنعه لابي حنيفة هو ان غير ماله ليس للاصل فلا يلزمه طلبه من مال غيره بغير
عوض كما لا يلزم المكفر ان يستوهب الرقبة ولابي يوسف ان الما يبذل في العادة ولا يمتنع منه فاذا صلى قبل
المنع فقد تيمم مع وجود ما يجوز ان يتمكن منه فلا يجوز صلوته كما لو وجده بثمن او نحوه ٥ وقد ذكر ابو الحسن في جامعه
فيمن كان يصلي بالتيمم في سفر فراى رجلا معه كثير من الما لا يدري ايعطيه ام لا انه يمضي على صلوته حتى يفرغ منها ثم ياتي
الرجل فيساله فان اعطاه توضى واعاد صلوته وان ابى ان يعطيه كان على تيممه وتمت صلوته فان اعطاه بعد
ذلك لزمه ان يتوضا للصلوة اخرى وصلوته الاولى جايزة لانه اذا راى الما معه يجوز ان يبذله وجاز ان يمنعه فلا
يجوز الخروج من صلوته بالشك واذا فرغ منها ثم طلبه فاعطاه فالظاهر انه لو طلبه في صلوته لاعطاه فقد صلى بالتيمم
مع قدرته على الما فلزمه ان يعيد واذا منعه فالظاهر انه كان على المنع وقد صلى بالتيمم وهو لا يقدر على الما فان
اعطاه بعد ذلك فقد حكمنا بجواز الصلوة حين منعه فلا يبطل بوجود الما بعد تمامها وقال محمد في رجلين مع احدهما
انا يغترف به من بير فان انتظره الاخر حتى يتوضا ثم ياخذ الانا يخرج الوقت فانه ينتظره اذا وعده صاحب الانا ان يعطيه
اياه وذلك لان الظاهر انه يفي بوعده فهو قادر على الما الا انه يخاف فوت الوقت باشتغاله به فلا يجوز له التيمم ٥ وكذلك
قال محمد في رجلين في اخر الوقت احدهما كاسي والاخر عاري ووعد الكاسي للعاري ان يصلي في ثوبه ثم يدفعه اليه ليصلي فيه
فان الاخر لا ينتظره ان يخرج الوقت فانه لا يصلي عريانا حتى يصلي صاحبه فياخذ منه الثوب وذلك انه قادر على الثوب
الا انه يخاف فوات الوقت ولا يجوز له ان يصلي عريانا مع القدرة كما لو كان الثوب له وهو لا يقدر على لبسه حتى يفوت الوقت

دابه ... سلام لنا يبطل التيمم فكل ما ابطل المتيمم هو الذي يبطل الوضوء لانه بدل عنه فما ابطل الاصل اولى ان يبطل البدل الضعيف
ويبطله ايضا رؤيه الما اذا كان يقدر على استعماله لادا الصلوه فرغه مستغنيه لقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ما لم يجد الما وقال
التراب كافيك ولو الى عشر حجج فاذا وجدت الما فامسسه جلدك ٥ والكلام صحيح به يصولنا ولهما من تيمم ثم وجد الما قبل دخوله
في الصلوه قال اصحابنا وسائر الفقها بطل تيممه ويلزمه استعمال الما وقال ابو سلمه بن عبد الرحمن لا يبطل تيممه لنا قوله التراب
طهور المسلم ما لم يجد الما نفى حكم التيمم ما دام واجدا للما ولانه قدر على الاصل قبل اسقاط الفرض بالبدل فصار كالصايم في
المكفر اذا قدر على العتق ٥ واما اذا دخل في الصلوه ثم راى الما بطل تيممه وصلوته ووجب عليه الوضو وقال الشافعي
تمضي في صلوته لنا ان ما ابطل التيمم خارج الصلوه ابطله فيها كالحدث واما وجوب الوضو فلانه قدر على الاصل
قبل اسقاط الفرض بالبدل فصار كالقدره عليه قبل دخوله في الصلوه ٥ واما اذا راى الما بعدما قعد قدر التشهد في اخر صلوته او بعد
ما سلم وسجد للسهو بطل تيممه وصلوته عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد بطل تيممه وصلوته تامه ما منه وهذه
عده مسايل احديها هذه والماسح على الخفين اذا انقضى وقت مسحه بعدما قعد قدر التشهد او نزع خفيه بعمل قليل لا افسد
الصلوه لو سقطت الجبيره عن بدنه عن برء او خرج وقت الصلوه في صلوه المستحاضه او انقطع دم الاستحاضه او
رعاف من به رعاف دايم ومصلي الفجر اذا طلعت عليه الشمس ومصلي الجمعه اذا دخل وقت العصر ومن كان في الصلوه فتذكر
ان عليه صلوه قبلها والامي اذا تعلم سوره والعريان اذا وجد ثوبا والمومي اذا قدر على الركوع والسجود والقاري
اذا استخلف اميا قال ابو حنيفه تفسد الصلوه في جميع هذه المسايل وقال ابو يوسف ومحمد لا تفسد وكان ابو سعيد
البردعي يقول هذا مبني على ان الخروج بفعله من الصلوه فرض عند ابي حنيفه وعندهما ليس بفرض والدليل على انه فرض
هو انه ممنوع من البقا على صلوته بعد التشهد حتى يدخل وقت اخرى ولو لم يبق عليه فرض لم يمنع من البقا كما لا يمنع بعد
السلام عنده ولان هذه العباده لما اشتملت على افعال مختلفه كان الخروج عنها بفعله فرضا عليه كالحج وجه قولهما
هو انه لو وجب الخروج لتعين بما هو قربه كساير واجبات الصلوه ولما جاز الخروج عنها بالسلام والحدث والمشي دل
على انه ليس بفرض واذا ثبت لابي حنيفه ان الخروج فرض وهذه المعاني مفسده لها حدثت مع بقا فرض الصلوه صار
كما لو احدث في وسط الصلوه واذا ثبت لهما ان الخروج ليس بفرض فقد حدثت هذه المعاني المفسده لها ولم يبق عليه
فرض من فرض الصلوه فلا يضره كما لو حدثت بعد السلام ٥ وكان ابو الحسن ينكر هذا الاصل ويقول لا خلاف بينهم ان
الخروج ليس بفرض بدليل ان النبي عليه السلم قال لابن مسعود لما علمه التشهد فاذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك
فان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد وهذا يمنع بقا فرض عليه قال ووجه قول ابي حنيفه
هو ان هذه المعاني مغيره للفرض فاستوى في حدوثها اخر الصلوه واولها كنيه الاقامه وهذه العله مستمره
في كل المسايل الا في مسله طلوع الشمس فنقيسها على بقيه المسايل بعله انه معنى مفسد للصلوه حصل
بغير فعله بعد التشهد وكان في مذهبه ان تعاض الفرع على الاصل بغير عله الاصل ويجوز ان يقال ان مسله
طلوع الشمس جاريه على الاصل لان طلوع الشمس يغير الفرض ايضا الا ترى انه يجعل الصلوه نافله بعد ما كانت فرضا
ووجه قولهما هو انه معنى مفسد للصلوه كالحدث والكلام يخرج به عن صلوته ٥ واما اذا وجد الما بعد الخروج من
صلوته لم تبطل صلوته وهو قول سعيد بن المسيب والزهري وروي عن عطا وطاوس انه يعيد ما دام في الوقت
لنا ما روى الزهري عن سعيد عن ابيه ان رجلين اتيا النبي عليه السلم وقد تيمما واجنبا ثم وجدا الما في الوقت واعاد احدهما ولم
يعد الاخر فقال للذي اعاد اما انت فقد اتيت اجرك مرتين وقال للاخر اما انت فقد اجزتك صلوتك ولانه
قدر على الاصل بعد اسقاط الفرض بالبدل فصار كما لو قدر على الما بعد الوقت ٥ فان راى في صلوته سورا جاز مضى على
صلوته فاذا فرغ توضا به واعاد الصلوه لانه يجوز ان يكون طاهرا ويجوز ان يكون نجسا فلا يقطع صلوته بعد صحتها بالشك واذا فرغ
فيجوز ان يكون سوره طاهرا فيصح وضوءه ويعيد حتى يسقط الفرض بيقين ٥ واما اذا راى من الما ما لا يكفيه مضى على صلوته
ولم يلزمه استعماله وكذلك ان وجد ابتدا تيمم ولم يستعمله وقال الشافعي يغسل به ما قدر عليه ويتيمم لنا ان كل ما لو قدر عليه في خلال
صلوته لم يلزمه استعماله فاذا وجده ابتدا لم يلزمه استعماله كالما الذي وقع فيه الزعفران فغيره ولان الجمع بين الاصل والبدل
لا يجب في عباده كالصوم والعتق في كفاره اليمين ٥ واذا راى المتيمم ما يحول بينه وبينه عدو او سبع لا يقدر على دفعه
او راى بيرا وليس معه رشا لم يبطل تيممه وذلك لان الوجود هو القدره على استعمال الما بغير ضرر بدلاله ان معه ما
وهو يخاف العطش لم يكن واجدا من طريق الحكم واذا لم يقدر عليه لم يلزمه حكمه ٥ ويصلي المتيمم بتيممه ما شا من الصلوات
ما لم يحدث او يجد الما وقال الشافعي لا يصلي به الا فرضا واحدا وما شا من النوافل لنا انهما صلاتان لا يخاف اداوهما بتيمم واحد
كالفرض والنفل والعشا والوتر ولانه اذا صلى الفرض لم يخل ان يكون تيممه قد بطل فلا يجوز ان يودي النفل به او لم يبطل
فيجوز ان يودي الفرض ٥ والرجل والمراه في ذلك سوا لانهما لا يختلفان في احكام الطهاره بدلاله الوضوء ٥ وقد
قال ابو حنيفه وابو يوسف يجوز للمتيمم ان يوم المتوضين وهو قول ابن عباس والحسن والزهري وحماد وقال محمد لا
يجوز وهو قول علي وعطا والنخعي لنا انه مسح اقيم مقام الغسل كمسح الخفين ولانها طهاره لم يتعقبها حدث كالوضوء ومحمد
انها طهاره ضروره كطهاره المستحاضه ٥ قال ابو حنيفه اذا صلى المتيمم بالمتوضين ثم راى احدهم الما بطلت
صلوته وقال ابو يوسف لا تبطل لابي حنيفه ان طهاره الامام اجريت مجرى طهاره الموتم بدلاله ان عدمها يمنع صحه
صلوته ومعلوم ان الموتم لو كان متيمما فراى الما بطلت صلوته كذلك ههنا ولانه يعتقد ان امامه محدث وعلى

خطا فبطلت صلوته كالو اجتهد في القبله الامام من اعتقاد الموتم خلفه ان الامام على خطا ولابي يوسف ان الامام ...
لما لا يتعلق به الحكم فعدمها ووجودها سوا ٥ فصل ... ويجي هذا الفرع على اصل محمد لان عنده ان المتيمم لا يوم المتوضي
واذا لم يجد المسافر الما ووجد نبيذ التمر فانه يتوضا به ولا يتيمم وان توضا به ولم يتيمم اجزاه عند ابي حنيفه وحكي عنا
ان قول ابي حنيفه الاول ان المسافر اذا لم يجد الما ووجد نبيذ التمر توضا به ولم يتيمم ذكره في الجامع الصغير
وقال في كتاب الصلوه يتوضا ويستحب له ان يتيمم وروى الحسن عن ابي حنيفه انه يجمع بينهما وجوبا وروى نوح الموري
عن ابي حنيفه انه رجع عن ذلك وقال لا يتوضا به ولكنه يتيمم وهو الذي استقر عليه قوله وبه قال ابو يوسف
ومالك والشافعي وقال محمد يجمع بينهما اما وجه قوله الاول ما روي في حديث ابن مسعود ان النبي عليه السلم قال له ليله الجن امعك
ما قال لا معي اداوه فيها نبيذ التمر فاخذه النبي عليه السلم وتوضا به وصلى الصبح وقال تمره طيبه وما طهور والرواح مذهبه
ان القياس لا يستعمل مع السنه واعترضوا على هذا الحديث بان راويه ابو فزاره عن ابي زيد عن ابن مسعود وابو فزاره
نباذ الكوفه وابو زيد ليس بمعروف ليس بصحيح لان ابا فزاره ذكره ابو مسلم البخاري في الصحيح وقال ابن سعد في
كتاب الطبقات هو من زهاد التابعين واما ابو زيد فهو مولى عمرو بن حريث واذا كان معروفا في نفسه فجهالة عدالته
لا تو ثر وقد روي هذا الخبر من طريق غير هذا الطريق وقولهم ان ابن مسعود لم يكن مع النبي عليه السلم ليله الجن ليس بصحيح
لانه قد روي كونه مع النبي عليه السلم في خبر اجمع الفقها على العمل به وهو انه طلب منه احجارا ليستنجي فاتاه
بحجرين وروثه فرمى بالروثه وقال انها ركس ولما راى الزط بالعراق قال ما اشبههم بالجن الذين رايتهم ليله الجن واما
قولهم ان ابا عبيده ابنه وهو ابن مسعود سيل هل كان ابوك مع رسول الله فقال وددت انه لو كان معه وروي انه سيل ابن مسعود
نفسه هل كنت مع النبي عليه السلم لم يكن معه منا احد والجواب ان المعنى به حال الخطاب للجن وغيرها اغا ذكرنا كونه معه في
تلك الليله فاما حال خطابه الجن فلا وكذب ما روي انه علقمه سيل هل كان صاحبكم مع النبي عليه السلم ليله الجن فقال
وددت انه لو كان معه وقد روي عن علي وابن عباس جواز الوضو به وقال ابو العاليه رايت مع ابي رسول الله صلى الله عليه
البحر ففني ماوهم فتوضوا بالنبيذ وكرهوا ما البحر ولان الغسل احد نوعي الطهاره فجاز ان يكون فيها بدل كالمسح ولان
ما جاز ان يثبت فيه الطهاره من الاعضا جاز ان يثبت بجنسه بدلها كالوجه واليدين ٥ واما الروايه التي قال بالجمع بينهما
وهو قول محمد فلان الخبر يقتضي وجوب التوضي به وقوله تعالى فلم تجدوا ما فتيمموا يقتضي وجوب التيمم فجمعنا بينهما
احتياطا للصلوه واما وجه قوله الاخير وهو قول ابي يوسف لان الوضو بالنبيذ كان بمكه واية التيمم نزلت
بالمدينه فنسخت ذلك ولانه مايع غلب عليه غيره كنبيذ الزبيب ٥ واما نبيذ الزبيب فلا يجوز الوضو به وقال
الحسن بن حي والاوزاعي يتوضا بجميع الانبذه الطاهره والخل لنا ان القياس يمنع من جواز الوضو بغير الما لانه مايع غلب
عليه غيره كالمرق وما الباقلي وانما تركنا القياس في قول ابي حنيفه الاخير فيما سوى ذلك في نبيذ التمر الذي ورد
فيه القياس مبني على اصل القياس ولانه مايع لم يسم طهورا في الشريعه كما الباقلي ٥ واما النبيذ الذي قال ابو حنيفه
انه يتوضا به فكان ابو طاهر الدباس يقول انه الحلو الذي لم يشتد واما المسكر المشتد فلا يجوز الوضو به
وذلك لان الوضو به انما عرف بالخبر والذي كان مع ابن مسعود هو النبيذ الحلو لان العرب تطرح التمر في الما
الملح ليحلو ولهذا قال ابن مسعود تمره طيبه وما طهور فهذا هو الظاهر وكان ابو الحسن يقول هو النبيذ المشتد
المطبوخ لان اطلاق النبيذ يتناول المشتد من حكم اللفظ ان يحمل على اطلاقه ولان التمر اذا وقع في الما فغيره
جاز الوضو به في قول اصحابنا جميعا اذا لم يغلب اجزاوه على اجزا الما والنبيذ مختلف فيه والظاهر ان هذه المسله
غير ذلك وقد روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفه والحسن انه لو توضا بنبيذ التمر معتقه وغير معتقه وهذا يقصد
ما قال ابو الحسن وقد كان اصحابنا يقولون ان الوضو بالنبيذ يجب على اصولهم ان لا يصح الا بنيه لانه بدل
كالتيمم واذا ثبت هذا الاصل قال ابو حنيفه في قوله الاول اذا راى المتيمم نبيذ التمر بطل تيممه وصلوته كما لو راى الما
المطلق وقال محمد يمضي على صلوته ثم يتوضا به ويعيدها كما قال في سور الحمار وعلى قول ابي حنيفه الاخير وهو قول
ابي يوسف والشافعي يمضي على صلوته كما لو راى الخل فصل قال اصحابنا المسح على الخفين جايز وهو قول عامه
الفقها وقد روي ذلك عن عمر وسعد وابن عباس وابن عمر وابي امامه والاشعري وابي ايوب وقال جابر هو السنه
وبه قال ابن الحنفيه وابن المسيب وسالم وقال النخعي من لم يمسح على الخفين فقد رغب عن السنه واني لا علم انها
من الشيطان وقال مالك مسح الخفين ضعيف لنا ما روي عن النبي عليه السلم قولا وفعلا اما الفعل فروي سليمان بن بريده
عن ابيه ان النبي عليه السلم صلى يوم الفتح خمس صلوات بوضو واحد ومسح على الخفين وروى المسح ابو هريره وانس وعايشه ان
رسول الله صلى الله عليه مسح على الخفين بعد نزول المايده حتى قبضه الله تعالى وروى البرا بن عازب ان النبي عليه السلم لم يزل يمسح على
الخفين بعد نزول المايده وقبلها حتى قبضه الله تعالى وروى المسح ابو برزه وجابر وابو سعيد الانصاري وعمرو بن حزم وابو موسى
وثوبان وعمرو بن اميه الضمري وبلال وسلمان وجرير وعمر وابو ايوب وحذيفه ٥ اما القول فروي عن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلم
قال يمسح المسافر على الخفين ثلثه ايام ولياليها والمقيم يوما وليله ورواه خزيمه وصفوان والنمر والحنيبه وعوف بن مالك
وابي بن عماره وقال الحسن حدثني سبعون بدريا من اصحاب النبي عليه السلم انه مسح على الخفين وروي ان ابن عمر ...
قال ... المسح ... يختلف فيه ما مسحنا وقال ابو يوسف خبر مسح الخفين يجوز نسخ القران به يعني انه خبر مستفيض
وروي لانه لم يختلف ان النبي عليه السلم مسح وانما اختلفوا انه مسح قبل المايده او بعدها وقد روينا عن ما تمنع البرا

ان ... الا المسح بعد المائدة وروى جرير بن عبد الله انه رأى النبي عليه السلام مسح وقال ما اسلمت الا بعد نزول المائدة وروى
عمرو بن امية وقد اسلم عام الفتح ورواه المغيرة وقد اسلم ايضا عام الفتح ولانه عضو سقط في التيمم فجاز ان يسقط فرضه بالمسح
مع التيمم كالراس ٥ واما الحجاج باية المسح والغسل فقد قرئت بقراءة النصب وهو يقتضي الغسل وبقراءة الخفض وهو
يقتضي المسح فنحملهما على المسح على الخفين لنجمع بين القراءتين ويجوز ان يقال مسح على رجله وان كان مسح على خفه كما يقال قبل
رجل الامير وان قبل خفه وكذلك يقال ضرب رجله واما الذي روي عن ابن عباس انه قال لان امسح على جلد حمار احب الي من ان
امسح على الخفين فرواه عنه عكرمة وذكر ذلك لعطا فقال كذب عكرمة وروى عطا والضحاك انه مسح على خفيه قال عطا كان
ابن عباس خالف الناس في المسح على الخفين فلم يمت حتى تابعهم والذي روي عن عائشة انها قالت لان تقطع قدماي احب الي من
ان امسح على الخفين فقد روي عن شريح عن ام هاني انه سالها عن مسح الخفين فقالت ائت عليا فاسأله فانه كان يسافر مع رسول الله
صلى الله عليه قال فاتيت عليا فقال امسح وهذا يدل على انها لم تمنع ولم تروه عن رسول الله والمنع المسح والذي روي جعفر بن محمد الصادق
عن علي وانه قال سبق الكتاب الخفين لم يروه الا مرسلا وقد روي عن علي ما قدمناه من طرق متصلة ويحتمل ما روي عنهم انهم
قالوه في حال الجنابة ٥ واذا ثبت جواز المسح على الخفين فهو موقت عندنا للمسافر ثلثة ايام ولياليها وللمقيم يوما وليلة وقد حكي
عن مالك انه قال يجوز المسح للمسافر ولا يجوز للمقيم وحكي عنه انه يجوز غير موقت اما الذي فرق بين المسافر والمقيم فليس
بصحيح لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها ولان كل طهارة جاز فعلها في حال السفر جازت للمقيم كالتيمم
والمسح على الجبائر ٥ واما التوقيت فهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وسعد وابن عمر وابي امامة وجابر بن سمرة
وابي موسى والمغيرة وعن ابي الدرداء وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت انه غير موقت والدليل على ما قلنا الخبر يمسح المقيم
وروى ذلك عمر وعلي وجابر وحذيفة وابو هريرة وصفوان وعوف بن مالك وابو بكرة وابن عمر وابو امامة والبرقي وهذه يدل على
التوقيت ولان المسح انما يجوز للحوق الانسان المشقة بنزع الخفين وهذه المشقة موقتة الا ترى ان المقيم يلبس خفه غدوة فاذا
عاد الى منزله بالعشا لم يشق عليه نزعه والمسافر اذا نزل مرحلة عند حط الرحال لم يشق عليه النزع واذا توقتت المشقة توقتت
الرخصة ٥ واما ما روي عن اسحق بن سعد انه قال قرات كتابا لعطا فاذا فيه حدثتني ميمونة زوج النبي صلى الله عليه انها قالت يا رسول الله
ايخلع الرجل خفيه كل ساعة قال لا ولكن يمسح عليهما ما بدا له فهو مرسل لا ندري كتاب من وانه محمول على ما دام الثلث يعني مدة المسح ٥
والذي رواه عبادة بن نسي عن ابي عمارة وكان النبي صلى الله عليه صلى في بيته القبلتين فقال يا رسول الله امسح على الخفين قال نعم قال
يوما قال نعم ويومين قال الى ان بلغ السبع فاتفق على ضعف هذا الخبر انه قال نعم الى ان بلغ الثلث ثم قال وما بدا لك وهذا بيان
لان الرخصة لا تختص بثلثة ايام دون ما بعدها وان كان يحتمل الغسل في كل ثلثة ايام والذي روي جابر الجعفي عن عمر انه قال
للمسافر ثلثة ايام وللمقيم يوما وليلة متى عهدك بلبس الخف امسح ما شئت يحتمل ان يكون المراد متى عهدك بلبس الخف يعني
ابتدا اللبس وانه يحتمل النزع ٥ واذا ثبت ان مسح الخفين موقت فاول المدة عندنا عقيب الحدث الى مثله في المقيم
والى مثله في الثلث للمسافر وقد روي عن ابن عمر انه قال من المسح الى مثله وهو قول الاوزاعي وابي ثور وقال الشعبي يمسح
خمس صلوات قال ابو [illegible] في كتاب المسح قال عشرة من الصحابة وعشرون من التابعين من الحدث الى [illegible] وقت المسح ولان الحدث
سبب للرخصة الا ترى انه يبيح المسح عقيب الحدث والاحكام الموقتة يعتبر ابتدا المدة فيها عقيب السبب كالعدة ولانه
لو احدث وترك الصلوة حتى مضت المدة لم يجز له ان يمسح بعد ذلك ولو كان فعل المسح معتبرا لم يجز [illegible] المسافر
ثلثة ايام فمعناه يجوز له ان يمسح وكذا نقول ٥ ومن شرط المسح على الخفين ما قال ابو الحسن ان يدخل رجليه الخفين وهما طاهرتان
ويكمل طهارته قبل الحدث او نقول من شرط المسح ان يصادف طهارة كاملة مع اللبس وقال الشافعي لا يجوز المسح حتى يبتدي اللبس
بعد كمال الطهارة ويختص الخلاف بيننا وبينه فيمن توضى وغسل احدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الاخرى ولبس عندنا
يجوز ٥ والاصل في اعتبار الطهارة ما روي في خبر صفوان بن عسال عن النبي صلى الله عليه انه قال المسح للمقيم يوم وليلة وللمسافر ثلثة ايام
ولياليها على الخفين ان شا اذا لبسهما وهو متوضي وروي ان النبي عليه السلام توضأ فاهوى المغيرة الى خفيه لينزعهما فقال لا
اقر الخفين فاني ادخلت فيهما القدمين وهما طاهرتان وانما اعتبرنا كمال الطهارة عند الحدث لان الطهارة تشترط في المسح وسبب
المسح حدث فاعتبر كمال الشرائط عند الحدث ٥ والذي ذكره ابو الحسن من ادخال الرجلين وهما طاهرتان في اللبس شرط لانه لو
ادخلهما على غير طهر ثم خاض الما فاصاب رجليه داخل الخف ثم احدث جاز له المسح ٥ واما الكلام على الشافعي فان الحدث صادف
طهارة كاملة مع اللبس كما لو لبسهما بعد كمال الطهارة ولانه ممسوح جاز المسح عليه وان لبس قبل كمال الطهارة كالجبائر
ولانه لو نزع الخف ثم لبسه ثم احدث جاز له المسح وكل حال يجوز له مسح الخف بعد نزعه من غير غسل جاز له ايضا وان لم ينزعه
كما لو لبسهما على طهر كامل ٥ والمسح على الخفين لا يفتقر الى النية لانه مسح بالما فاشبه مسح الراس ولانه ليس ببدل
بدلالة جوازه مع القدرة على الغسل وكذلك المسح على الجبائر لا يفتقر الى نية لانه ليس ببدل بدلالة انه يجوز من الغسل والجز
من الشي لا يكون بدلا ولهذا قال اصحابنا ان الايما ليس ببدل من الركوع والسجود ٥ ويمسح على الخفين من كل حدث اوجب الوضو
بعد اللبس وذلك لما روي صفوان بن عسال قال امرنا رسول الله صلى الله عليه اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام الا من جنابة
لكن من غايط او بول او نوم ٥ فاما الجنابة فلا يجوز مسح الخف لهذا الخبر ولان الاحداث تتكرر في كل وقت فيشق على الانسان نزع
الخف فيها والجنابة لا تتكرر كل وقت فلم يشق فيها نزع الخف ٥ فاما اذا اوجب الوضو بحدث سابق للبس لم يجز المسح كالمتيمم
اذا لبس خفه ثم رأى الما وكالمستحاضة اذا لبسته ثم خرج الوقت لا تمسح لان الطهارة وجبت عليها لحدث
سابق فصار كانقضا مدة المسح ٥ قال اصحابنا رخصة المستحاضة في مسح الخفين مقدرة بوقت الصلوة فاذا خرج الوقت

نزعت خفيها وغسلت رجليها وقال زفر [illegible] لانا لا نجعل خروج الوقت يوجب الوضو [illegible]
[illegible]
[illegible] المسح على الخفين [illegible] من اصابع الرجل الى الساق قال الحسن وابو حنيفة
المسح على الخفين [illegible] على مقدم الخف [illegible] ثلث اصابع [illegible] واصابع الرجل
[illegible] فهذه السنة في المسح [illegible] جابر قال مر رسول الله [illegible]
يغسل الخف فقال [illegible] رسول الله عليه السلام بيده [illegible] الى الساق وفرج بين اصابعه
[illegible]
[illegible]
وجه قول زفر [illegible] على ظهره [illegible] الابتدا فاذا [illegible] اولى ٥ قال في الاصل ان نزع قدميه من الخفين الى الساق بطل مسحه وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه ان اخرج
اكثر العقب من موضعه بطل مسحه وقال الحسن لا يبطل حتى يخرج اكثر القدم وقال الشافعي لا يبطل حتى تظهر رجله قال
الشيخ رحمه الله وجملة هذا ان رجله متى صارت في حال لو ابتدا اللبس عليها لم يجز له المسح بطل مسحه وذلك لانه لما لم يجز ابتدا
المسح على تلك الحال لم يجز البقا عليه كالمتخرق وظهور ولانه لا يمكن المشي المعتاد على هذه الصفة بسفر او حضر فصار كما لو نزعها
بنزع الخف ٥ واذا خرج وقت المسح خلع خفيه وغسل رجليه خاصة وهو قول علقمة والاسود والنخعي والشعبي وحماد وعطا
ومكحول وعن ابن عمر انه يعيد الوضو وهو قول الزهري والشافعي في القديم وقال الحسن البصري يصلي ولا يغسل قدميه وهو
قول طاوس وقال ابن ابي ليلى ان نزع الخف ثم صلى والدليل على انه لا يلزمه اكثر من غسل الرجلين ان المسح اقيم مقام الغسل
فاذا ظهر الاصل وجب غسل ما لم يكن غسله كالمتيمم اذا اغتسل بعض اعضائه وتيمم ثم وجد الما لم يلزمه الا غسل الباقي وهذا
فرع على ان المسح على الخف لا يرفع الحدث بدلالة انه لم يباشر العضو بالتطهير فلا يرتفع عنه الحدث ولان الحدث لو ارتفع عنه

موضع الطهارة كالوضوء واذا ثبت انه لم يرتفع الحدث فاذا مضت المدة وجب عليه غسل رجليه بالحدث السابق فلم يلزمه
ما زاد عليه كما قلنا في التيمم ولان ما قاله الشافعي يقتضي وجوب الغسل من حدث واحد مرتين وهذا لا يجوز ٥ فاما الحسن فانه
يقول ان مضي المدة يمنع من استيناف مسح لان الرخصة موقتة وقد مضى وقتها فاما الطهارة فلم يحدث منه ما يوجبها
وهذا ليس بصحيح لان غسل الرجلين واجب في الاصل وانما توقتت الرخصة بوقت فاذا مضى بقي الوجوب على حاله فيمنع من
الصلوة ٥ والذي قاله نفاة القياس لا يصح وذلك لان نزع الخف لا يجب بعد الاحرام لنفسه وانما يجب لسبب فلما وجب
في مسئلتنا دل على انه يجب للغسل ٥ واذا لبس فوق الخف الجرموق مسح على الجرموقين وقال الشافعي لا يمسح عليهما
لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه مسح على موقيه وهو الجرموق ولان كل ما جاز المسح عليه اذا لم يكن تحته شي جاز المسح عليه
وان كان ذلك تحته كالجباير على الراس ولان الجرموق يجوز المسح عليه اذا لم يكن بينه وبين الرجل حايل فجاز المسح عليه
وان كان تحته خف كما لو كان في الخف خرق فان قيل جوزتم المسح بالجرموق بخبر الواحد قلنا قد اجمعوا على جواز
المسح عليه وانما الخلاف في احوال المسح فلم يثبت المسح عليه في الجملة الا بدليل مقطوع به وهو الاجماع ٥ قال اصحابنا
اذا مسح على الخفين ثم لبس الجرموقين لم يجز المسح عليهما لان الطهارة تعلقت بالخف فلو مسح على الجرموق كان
ذلك مقام الخف وهذا لا يجوز بالقياس ولان المدة قد ثبتت بالمسح الاول فاذا لبس الجرموق وجاز المسح عليه بمدة
مستانفة فيه لبقيت له الرخصة في اكثر المدة المعروفة ولو مسح عليه تمام مدة الاولى لكان المسح على ملبوس لا يستوفي
فيه مدة الرخصة وهذا لا يجوز ولانه استانف اللبس بعد الحدث فصار كالخف اذا لبسه بعد الحدث ٥ قال
ابو الحسن ولا يمسح على شي من اعضا الوضو غير الرجلين اذا كان عليهما الخفاف او الجرموقان وهذه الجملة تشتمل على
مسايل منها المسح على العمامة والقلنسوة قال اصحابنا لا يجوز وهو قول ابن عمر وجابر وعن ابي بكر وعمر وانس جواز المسح
على الخمار لنا قوله تعالى وامسحوا برؤسكم ولان المسح على الراس لا يشق مع لبس العمامة فلا يجوز كما لا يجوز مسح البرقع
وليس كذلك مسح الرجل لان نزع الخف يشق عليه كل حين فجاز له المسح والذي رواه بلال ان النبي عليه السلم
رخص في المسح على الخمار وخبر ثوبان ان النبي عليه السلم رخص لهم ان يمسحوا على العصايب والتساخين فيحتمل
ان يكون في حال عذر ولان هذا خبر واحد فلا تثبت به الزيادة فيما ورد به القران وليس كذلك خبر المسح على
الخفين لانه ورد وجهه الاستفاضة فساوى ما ورد به القران ٥ قال ابو حنيفة لا يجوز المسح على الجوربين
الا ان يكونا مجلدين او منعلين وهو قول عطا ومجاهد وعمرو بن دينار ومالك وقال ابو يوسف وزفر ومحمد
يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان وروي جواز المسح على الجوربين عن ابن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عمرو
والبراء وابي امامة وابن عمرو وسعد ابن ابي وقاص والنخعي وحماد وجه قول ابي حنيفة ان الجورب
لا يعتاد المشي فيه ...

كتاب الطهر

ابي حنيفة انه اذا ترك المسح على الجباير وذلك يضره اجزاه فاوجب كل واحد منهما على غير ما اوجبه الاخر
وكان ابو بكر الرازي يقول ان كانت الجبيرة لو ظهر ما تحتها امكن غسلها وجب المسح عليها عند ابي حنيفة والفرض متعلق بالاصل
فيتعلق بما قام مقامه وان كانت لو ظهرت لم يجب غسلها لم يجب الغسل ولا المسح عليها لان فرض الاصل سقط فلم يلزمه ما قام
مقامه كمقطوع الرجل اذا لبس الخف لم يلزمه المسح وجه قولهما ان النبي عليه السلم امر عليا بالمسح على الجباير ولم يفصل ٥ فاما
اعتبار الضرر في نزع الجباير فلان الفرض انما يسقط عن الاصل للضرر فما لم يوجد ضرر لم يجز سقوط المسح ٥ ولا يعتبر في ذلك
خوف التلف لان العبادات تسقط بخوف الضرر كالصوم وقد قال الشافعي ان الماسح على الجبيرة يصلي ويعيد وهذا
ليس بصحيح لان النبي عليه السلم لم يامر عليا بالاعادة ولانه مسح اقيم مقام غسل فاشبه مسح الخف ٥ ولا يختلف
من المسح اذا لم يكن عليه ان يمسح لان المسح عبادة فتسقط حكمها بالمشقة كالاصل وذكر بعد هذا مسئلة الجراح اذا كانت في
البدن وقد بيناها اخر كتاب الطهارات ٥ وهذا كتاب الصلوة

كتاب الصلوة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصلوة في اللغة الدعا قال الشاعر تقول بنتي وقد قربت مرتحلا يا رب جنب ابي الاوصاب والوجعا ٥ عليك
مثل الذي صليت فاغتمضي نوما فان لجنب المرء مضطجعا ٥ معناه مثل الذي دعوت وقال الاخر وصلى على دنها
وارتسم ٥ وقد صارت في الشرع اسما للافعال وان لم يكن فيه دعا فالاسم شرعي فيه معنى اللغة ٥ والاصل في وجوب
الصلوة قوله تعالى اقيموا الصلوة واتوا الزكوة وقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفا ويقيموا
الصلوة وقال النبي صلى الله عليه بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله واقام الصلوة وايتا الزكوة
وحج البيت وصوم شهر رمضان ولا خلاف في ذلك ٥

باب مواقيت الصلوة

قال الشيخ رحمه الله والصلوة موقتة في الشريعة قال الله تعالى ان الصلوة كانت على المومنين كتابا موقوتا يعني موقتا
وقيل منجما وقد ذكرت اوقاتها في القران مجملة قال الله تعالى اقم الصلوة طرفي النهار قال الحسن الفجر والعصر وزلفا من
الليل قال مجاهد العشا وعن محمد بن كعب طرفي النهار الصبح والظهر والعصر وزلفا من الليل المغرب والعشا وقال
تعالى اقم الصلوة لدلوك الشمس والدلوك الزوال الى غسق الليل قال النخعي العشا الاخرة فهذه الاوقات مجملة في القران
وقد بينها رسول الله صلى الله عليه بقوله وفعله فاول وقت الفجر حين يطلع الفجر الثاني وهو المعترض في الافق الى طلوع
الشمس والدليل عليه ما روى ابو صالح عن ابي هريرة قال قال رسول الله ان للصلوة اولا واخرا وان اول وقت الفجر حين يطلع الفجر
وان اخر وقتها حين تطلع الشمس وفي خبر ابي موسى ان رجلا سال النبي عليه السلم عن مواقيت الصلوات فلم يرد عليه شيا فامر
بلالا فاذن حين طلع الفجر وصلى في اليوم الثاني والقايل يقول كادت الشمس ان تطلع ثم قال اين السايل عن الوقت ما بين
هذين وقت وروى عطا عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه قال الفجر فجران فجر يحل فيه الطعام وفجر تحرم فيه الصلوة
وفجر تحرم فيه الطعام وتحل فيه الصلوة وفي خبر جابر عن قيس بن طلق عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه قال ليس الفجر الابيض
المستطيل ولكنه الاحمر المعترض ٥ واما اخر وقتها فلما روي ان النبي صلى الله عليه قال من ادرك ركعة من الفجر قبل ان
تطلع الشمس فقد ادركها وحديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه قال ووقت الفجر ما لم تطلع الشمس وروى ابو صالح عن ابي هريرة
ان النبي عليه السلم قال ان للصلوة اولا واخرا وان اول وقت الفجر حين يطلع الفجر وان اخر وقتها حين تطلع الشمس واول وقت
الظهر حين تزول الشمس لا اختلاف بين اهل العلم في اول وقتها الا شي حكي عن بعض الناس انه قال اذا صار ظل
الفي مثل الشراك ٥ واما صفة الزوال فقال ابن شجاع حد الزوال اذا صار ظل كل شي يزداد طولا قال
محمد حد الزوال ان يقوم الرجل مستقبل القبلة فاذا زالت الشمس عن يساره فهو الزوال والاصل في ذلك قوله تعالى اقم
الصلوة لدلوك الشمس الى غسق الليل قال ابن عباس دلوكها زوالها وقال ابن مسعود دلوكها غروبها وما قاله ابن عباس اولى
لما رواه عمر ان النبي عليه السلم قال اقم الصلوة لدلوك الشمس لزوالها وروي ابن عمر عن النبي عليه السلم انه قال الدلوك الزوال
وروى ابن عباس وجابر وابن عمر وبريدة وابو هريرة وابو موسى ان جبريل جا الى النبي عليه السلم حين زالت الشمس فصلى به الظهر
وروى عبد الله بن عمرو ان النبي عليه السلم قال اول وقت الظهر حين تزول الشمس والذي روى نافع عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه
قال اتاني جبريل عند باب الكعبة مرتين فصلى الظهر حين مال الفي مثل الشراك فهذا اخبار عن الزوال الذي اتفق
في ذلك الوقت ٥ واما اخر وقت الظهر فروى محمد عن ابي حنيفة اذا صار ظل كل شي مثليه سوى في الزوال
وفي الاصل ولا يدخل وقت العصر حتى يصير كذلك ولم يتعرض لاخر وقت الظهر ٥ وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
ان اخر وقتها اذا صار ظل كل شي مثله وهو قول ابي يوسف ومحمد وزفر والحسن والشافعي وروى معلى عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة اذا صار الظل قامة فقد خرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شي مثليه وكان
ابو الحسن يقول هذه الرواية اصح على الاخبار وجه قول ابي حنيفة الذي رواه محمد قوله عليه السلم ابردوا بالظهر
فان شدة الحر من فيح جهنم واشد ما يكون الحر عند المثل ولانها صلوة لا يكره النافلة في وقتها يليها صلوة يكره النافلة
بعدها فكانت الاولى اطول وقتا كالعشا والفجر والدليل على انه ليس بين وقتيهما فاصل حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلم
قال اخر وقت الظهر حين يدخل وقت العصر واما وجه رواية المعلى فما روى وهب بن كيسان عن جابر قال
جا جبريل عليه السلم الى النبي صلى الله عليه حين زالت الشمس وقال قم يا محمد فصل الظهر ثم جاءه الغد حين كان في الرجل مثله
فقال قم يا محمد فصل العصر ومعلوم ان الظهر لا تستغرق ما بين المثل الى المثلين فدل على ان اخر وقت الظهر

قبل المثلين واول وقت العصر بعد المثلين ولانهما اما ان يكون بعد المثل فكان منتهاها اما اول الفجر والظهر ومعه رواه الحسن عن ابن عباس ان
النبي عليه السلام قال امني جبريل عند البيت مرتين فصلى بي في اليوم الاول الظهر حين زالت الشمس والعصر حين صار ظل كل شي مثله ثم وقت العصر
بالامس وصلى بي العصر حين صار ظل كل شي مثليه وقال ما بين هذين وقت لا مثل وقد قال مالك روى ابن عباس ان وقت الظهر والعصر مشترك
فاذا زالت الشمس دخل وقت مقدار ما يصلي اربع ركعات ودخل وقت العصر الى ان يبقى من الوقت مقدار اربع ركعات وهذا فاسد
لما روي في حديث عبد الله بن عمرو وابي هريرة ان النبي عليه السلام قال ان للصلوة اولا واخرا وان اول وقت الظهر اذا زالت الشمس واخره الى ان
يدخل وقت العصر ه واما اول وقت العصر فقال في الاصل عن ابي يوسف ومحمد اذا صار الظل قامه وزاد عليها وروى ابو عصمة عن
ابي سليمان عن ابي يوسف والخالفت الحنيفه في وقت العصر فقلت اوله اذا صار الظل قامه على الاثار التي جات قال ابو عصمه
وهذا خلاف ما في الاصل يعني في اعتبار الزياده وقد روي في خبر جابر ان جبريل قال للنبي عليه السلام في اليوم الثاني حين صار في الرجل
مثليه فقال قم يا محمد فصل العصر وهذا ينفي اعتبار الزياده واما اخر وقتها فما لم تغب الشمس وهو قول ابن عباس وحكي عن الشافعي
الى المثلين قال اصحابه انما اراد بهذا اخر وقت الاستحباب وقال الثوري ما لم تتغير الشمس وقال الاوزاعي ما لم تصفر
لنا خبر ابي هريرة انه عليه السلام قال من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فكانما وتر اهله وماله ه واما وقت
المغرب فحين تغيب الشمس لحديث ابي صالح عن ابي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه ان للصلوة اولا واخرا وان اول وقت المغرب
حين تغيب الشمس واخر وقتها حين يغيب الافق وفي حديث ابي موسى ان السائل لما سال عن المواقيت صلى في اليوم الاول
المغرب حين غابت الشمس وفي الثاني حين يغيب الشفق وقال الشافعي اذا مضى من الوقت مقدار ما يصلي ثلث ركعات
خرج وقتها لنا حديث ابي موسى انه عليه السلام صلى في اليوم الثاني المغرب عند سقوط الشفق وفي حديث جابر ان رجلا سال النبي عليه السلام
عن المواقيت فصلى في اليوم الاول حين وجبت الشمس وفي الثاني عند غيبوبة الشفق وفي حديث عبد الله بن عمرو ووقت
المغرب ما لم يغب الشفق ه واول وقت العشا حين يغيب الشفق وذلك لما روي ان النبي عليه السلام كان يصلي العشا
الاخرة اذا اسود الافق وروي عنه انه كان يصلي العشا اذا استوى الافق ه واما اخر وقتها فقد قال اصحابنا
وقتها من حين يغيب الشفق الى نصف الليل وان اخرها قبل طلوع الفجر اجزاه وذكر تاخيرها الى هذه الساعة وفي رواية
ابي يوسف عن ابي حنيفة يقول وقت العشا من حين يغيب الشفق الى ان يطلع الفجر وكان احب الي ان يوخرها بعدما
يغيب الشفق بساعة وكان يقول اخرها بعدما يغيب الشفق او عجلها فلا باس ه ولا ينبغي ان يوخرها متعمدا الى ان يكون
ثلث الليل والاصل في ذلك حديث عبد الله بن عمر ان النبي عليه السلام قال وقت العشا الى نصف الليل وفي خبر ابي هريرة ان النبي عليه السلام
قال لولا ان اشق على امتي لامرتهم ان يوخروا صلوة العشا الى ثلث الليل او شطر الليل وفي خبر ابن عباس انه عليه السلام قال
صلى بي جبريل في الليلة الثانية الى ثلث الليل وفي حديث ابي موسى فصلى عليه السلام في الليلة الثالثة حين ذهب ثلث الليل
وفي خبر انس ان النبي صلى الله عليه صلى العشا حتى انتصف الليل وقال لولا ان اشق على امتي لاخرت العشا الى نصف الليل ه
وذهب بعض الرواة عنه الى انها توخر الى ثلث الليل وفي الاخرى الى نصف الليل بناء على الاخبار والدليل على ان
وقتها لا يخرج الا بطلوع الفجر قوله عليه السلام ليس التفريط في النوم انما التفريط ان يوخر صلوة حتى يدخل وقت اخرى
ولان ما بعد نصف الليل وقت لمن بلغ او اسلم فكان وقتا لغيره كما قبل نصف الليل ه واما الشفق فهو عند ابي حنيفة البياض
وهو قول عمر ومعاذ وانس وابي هريرة وعمر بن عبد العزيز وروى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة انه الحمرة وهو قول ابن عمر وعباده
وبه قال ابو يوسف ومحمد والشافعي وجه الرواية الاولى حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال واخر وقت المغرب
حين يغيب الافق وهذا يقتضي جنس ما يغيب ولان الشفق ماخوذ من الرقة واخر البياض ارق فكان حمل الاسم عليه
اولى وحكي ان ثعلب سئل عن الشفق فقال البياض فقيل له الشاهد في الشعر على الحمرة اكثر فقال انما يحتاج الشي الى شاهد
اذا خفي والبياض اظهر ان يحتاج الى شاهد وجه الرواية الاخرى ما روي ان النبي عليه السلام صلى العشا قبل ان يغيب الشفق
ومعلوم انه لم يرد به الحمرة فبقي ان يحمل على البياض وان الاسم لما تناولهما حمل على اولهما ه واما الكلام
في فضيلة الاوقات فالافضل في الفجر الاسفار وقال الشافعي التغليس وقد روي عن علي انه قال
يا قنبر اسفر اسفر وعن ابي رافع ان عمر كان يسفر وكذلك ابو بكر وعثمان وابن مسعود وابن عباس وابن الزبير وقال
النخعي ما اجمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه على شي كما اجمعوا على التنوير بالفجر وروي عن ابي موسى وابي هريرة انهما كانا يغلسان
فهذا الخلاف بين الصحابة فلنا بعد ما بينا حديث رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه قال اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر
وعن انس قال رسول الله صلى الله عليه لبلال نور بالفجر قدر ما يبصر مواقع نبلهم وروى ابو بكر الصديق عن بلال عن النبي عليه السلام
انه قال اصبحوا بصلوة الفجر فانه اعظم للاجر ولان تاخيرها يودي الى كثرة الجماعة وقد قال عليه السلام كلما كثرت الجماعة
فهو افضل عند الله ولانها صلوة نهار فكان ان يتعلق الفضيلة بتاخيرها كالظهر في الصيف ه واما الظهر في
الصيف فالافضل ان يوخرها وفي الشتا يعجلها وقال الشافعي ان صلى في الصيف في بيته قدمها وان صلى في المسجد
اخرها والدليل على ذلك ما روى المغيرة قال كنا نصلي مع نبي الله صلى الله عليه الظهر بالهاجرة فقال لنا ابردوا بالظهر
فان شدة الحر من فيح جهنم وفي حديث ابي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه اذا اشتد الحر فابردوا فان شدة الحر من فيح جهنم
وفي حديث معاذ بن جبل قال قال لي رسول الله صلى الله عليه حين بعثني الى اليمن اذا كان الصيف فاخر الظهر اذا فاء الفي
وتحركت الرياح فان الناس يقيلون فامهلهم حتى يدركوها واما النهي روي عن خباب بن الارت قال شكونا الى رسول الله صلى الله عليه حر
الرمضا فلم يشكنا فان هذا اللفظ مشترك يراد به ازالة الشكوى ويراد منه فلم يدل وما ذكرناه من الاخبار غير محتمل ه

واما في الشتا فقد قال ابراهيم كانوا يحبون ان يعجلوا الظهر في الشتا يعني الصحابة وروى جابر بن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه
يصلي الظهر حين تزيغ الشمس وعن انس كان رسول الله صلى الله عليه يصلي بعد الزوال وهو محمول على الشتا ه واما العصر فتاخيرها
في ساير الازمان ما لم تتغير الشمس وهو افضل وقد روي ان عليا رضي الله عنه كان يوخر العصر حتى ترتفع الشمس على الحيطان
وعن ابن مسعود وابي هريرة انهما كانا يوخران العصر وعن ابن الحنفية وابي قلابة وطاوس انما سميت العصر عصرا لتعصر
وروي تعجيلها عن عمر وابن عمر وقال الشافعي تعجيلها افضل لنا ما روي في حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال تجتمع ملايكة الليل
والنهار في صلوة الصبح والعصر ثم يعرجون الى الله عز وجل فيقول لهم كيف تركتم عبادي فيقولون اتيناهم وهم يصلون وفارقناهم
وهم يصلون وهذا يدل على انها تفعل في اخر الوقت حتى تعرج الملايكة وفي خبر رافع بن خديج ان النبي عليه السلام كان يامر بتاخير
العصر وفي حديث علي بن شيبان قال قدمت على النبي عليه السلام وكان يصلي ما دامت الشمس بيضا نقيه وهذا الحديث في الصحيح
ولان النافلة تكره بعدها فاذا اخرها جمع بين الفرض والنفل فكان اولى ه ويكره تاخيرها الى ان تتغير الشمس لحديث انس
قال قال رسول الله صلى الله عليه الا اخبركم بصلوة المنافق يدع الصلوة حتى اذا كانت الشمس بين قرني الشيطان او على قرني
شيطان قام فنقرهن كنقرات الديك لا يذكر الله فيهن الا قليلا ه ويجزيه ذلك لما روي في خبر جابر ان عمر قال
لرسول الله صلى الله عليه يوم الخندق يا رسول الله ما كدت ان اصلي حتى كادت الشمس ان تغرب ولم ينكر عليه قال اصحابنا
ان التاخير مكروه فاما الفعل فليس بمكروه ولانه وقت وجوبها فيستحيل ان يكره فعلها فيه ه واما المغرب فتعجيلها
في كل وقت اذا غربت الشمس ويكره تاخيرها لحديث حارثة بن وهب قال قال رسول الله صلى الله عليه لا تزال امتي بخير مسكة ما لم
يوخروا المغرب الى اطلاع النجوم مضاهاة لليهود وروى عبد الرحمن بن سعيد عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه
ان هذه الامة لن تزال بخير ما لم يوخروا المغرب الى اشتباك النجوم وفي خبر انس كنا نصلي مع رسول الله صلى الله عليه
المغرب فنرمي فيرى احدنا موقع نبله وروى جابر قال كنا نصلي مع رسول الله صلى الله عليه المغرب ثم نرجع فنتناضل حتى
نبلغ منازلنا في بني سلمه ونحن نرى مواقع نبلنا من الاسفار ه واما العشا فتاخيرها الى ثلث الليل ويكره تاخيرها بعد
نصف الليل قال ابو الحسن وتاخيرها ما لم تنتصف ثلث الليل افضل وقال محمد في الاصل وقت العشا من حين يغيب
الشفق الى نصف الليل وفي موضع اخر احب الي ان يوخرها الى ثلث الليل والمراد بالاول الوقت الذي لا كراهة فيه
والمراد بالثاني الوقت المستحب وقال الطحاوي المستحب في العشا التعجيل قبل مضي ثلث الليل وقال الشافعي
تعجيلها افضل لنا ما روي ان النبي عليه السلام قال لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك عند كل صلوة ولاخرت العشا الى
ثلث الليل او الى نصف الليل وفي حديث ابن عمر قال مكثنا ذات ليلة ننتظر رسول الله صلى الله عليه لصلوة العشا الاخرة فخرج
الينا حين ذهب ثلث الليل او بعده ولا ندري اشي شغله في اهله او غير ذلك فقال حين خرج انكم لتنتظرون صلوة ما ينتظرها
اهل دين غيركم ولولا ان يثقل على امتي لصليت بهم هذه الساعة وفي خبر انس انه عليه السلام اخرها الى نصف الليل وفي خبر جابر
بن سمرة كان رسول الله صلى الله عليه يوخر العشا الاخرة وفي خبر ابي برده كان رسول الله صلى الله عليه يستحب ان يوخر العشا التي
تدعونها العتمة وفي خبر معاذ ان رسول الله صلى الله عليه اخر عشا الاخرة ثم خرج فقال اعتموا بهذه الصلوة فانكم فضلتم
بها على سائر الامم ولم تصلها امة قبلكم والذي روي عن نعمان بن بشير انه قال انا اعلم الناس بهذه الصلوة كان رسول الله صلى الله عليه
يصليها لسقوط القمر لليلة الثالثة فيحتمل ان يكون ذلك في الصيف فمتى غاب القمر الليل وحاجة الناس الى النوم فلما اختلفت
الاخبار في ثلث الليل وضعفنا الروايتين على الاختيار ه واما اذا كان غيم فالافضل الاسفار بالفجر لقوله عليه السلام
اسفروا بالفجر وهو عام ويوخر الظهر ويعجل العصر ويوخر المغرب ويعجل العشا لما روي عن عمر انه قال اخروا الظهر
في يوم الغيم وعجلوا العصر وروى ابو المليح عن بريده قال قال النبي عليه السلام بكروا بالعصر في يوم الغيم فمن ترك العصر حبط
عمله ولان يوم الغيم يتفق فيه الموانع عن الجماعة بمطر وغيره فالواجب ان يصلي الصلاتين بخروج الى المسجد وقد
روي ان النبي عليه السلام جمع بين الصلوتين في المدينة من غير مطر ولا سفر وهذا محمول على يوم الغيم انه صلى الظهر في اخر
وقتها والعصر في اول وقتها ه واما الوتر فوقتها عند ابي حنيفة اذا غاب الشفق الا انه مامور بتقديم العشا
عليها وروى معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه اذا صلى الوتر قبل عشا الاخرة لم يجزه الوتر وان كان ناسيا
اجزاه وعليه ان يعيد العشا وقال ابو يوسف ومحمد وقتها اذا فرغ من صلوة العشا واخر وقتها ما لم يطلع الفجر في
قولهم والكلام في اول وقتها فرع على صفتها فهي عند ابي حنيفة صلوة واجبة والوقت اذا جمع صلوتين واحتملهما
فهو وقتهما وان امر بتقديم احديهما كصلوة الوقت والفائتة وعلى قولهما انها نافلة فيدخل وقتها بالفراغ من الفرض
كساير النوافل من ظهر وجمعة وعلى هذا الخلاف اذا صلى العشا على غير وضوء ثم توضا واوتر ثم تذكر قال ابو حنيفة يعيد
العشا دون الوتر لانه صلاها في وقتها وانما ترك الترتيب وذلك يسقط بالنسيان وعلى قولهما انه صلاها قبل وقتها فلا
يعتد بها والدليل على وجوبها قوله عليه السلام ان الله زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشا الاخرة الى طلوع الفجر ه
واما الفضيلة فيها فقد قال اصحابنا ان كان الانسان لا يثق من نفسه بالاستيقاظ اوتر في اول الليل وان كان ممن يقوم
الليل للصلوة فان تاخيره الى اخر الليل افضل وقد روي ان النبي عليه السلام قال لابي بكر متى توتر فقال اصلي لوتري ما كتب لي ثم
اوتر ثم انام فان قمت صليت في اخر الليل وقال لعمر متى توتر فقال اصلي ثم انام واذا قمت اوترت فقال لابي بكر اخذت بالثقة
وقال لعمر اخذت بالقوة وروى جابر ان رسول الله صلى الله عليه قال من خاف ان لا يقوم اخر الليل فليوتر في اوله ومن طمع
ان يقوم اخر الليل فليوتر اخر الليل فان صلوة الليل محضوره وذلك افضل يعني يحضره الملائكة وروي عن ابي سعيد

ان النبي عليه السلام سئل عن الوتر فقال الوتر قبل الصبح وروى مسروق عن عايشة انها قالت من كل الليل اوتر رسول الله صلى الله عليه وسلم من اوله
ووسطه واخره وانتهى وتره الى السحر فقبض وهو يوتر بسحر والذي روي عن ابي هريرة قال اوصاني خليلي ان لا انام حتى اوتر فمحمول
على انه كان لا يثق من نفسه بالقيام ٥ قال ووقت الجمعة وقت الظهر لما روي ان النبي عليه السلام كتب من مكة الى مصعب بن عمير
بالمدينة اذا مالت الشمس من اليوم الذي تتجهز فيه اليهود لسبتها فاجمع من قبلك من المسلمين وذكرهم بالله وازدلف فيهم
اليه بركعتين ولانها قايمة مقام الظهر فصار وقتها وقت الظهر

باب الاوقات التي تكره الصلوة فيها

٥ قال الشيخ رحمه الله الاوقات التي تكره فيها الصلوة خمسة اوقات ثلثة تكره فيها التطوع ولا يجوز فيها
الفرض الا عصر يومه ووقتان يكره التطوع فيهما ولا يكره فيهما الفرض فاما الاوقات الثلثة فعند طلوع الشمس وعند غروبها اذا احمرت
الشمس وقيام الظهيرة ٥ واما الوقتان الاخران فبعد صلوة الفجر الى ان تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس وهكذا ذكره
محمد في الاصل وقال الحسن قال ابو حنيفة ثلث ساعات تحرم فيهن الصلوة وذكر الطلوع والزوال والغروب وثلث ساعات تكره فيهن
الصلوة بعد الفجر الا ركعتي الفجر وبعد صلوة الفجر النوافل كلها حتى ترتفع الشمس وتبيض وبعد العصر لا تفعل شيا من التطوع ٥
ووقت اخر تكره فيه النفل وهو خروج الامام الى ان يفرغ من الخطبة اما الكلام في الاوقات الثلثة فانه لا يجوز فيها فرض ولا
نفل الا عصر يومه عند غروب الشمس وقال الشافعي يجوز فيها الفرايض والنوافل التي لها اسباب ويكره من النافلة ما لا سبب له
لنا ما روي ابن سعد(?) عن زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه نهانا عن الصلوة حين تغرب الشمس وحين تطلع وقال انها تطلع بين
قرني شيطان وروى سمرة بن جندب ان رسول الله صلى الله عليه نهى عن ان يصلى حين تطلع الشمس فانها تطلع بين قرني شيطان
وحديث عقبة بن عامر قال ثلث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه ان نصلي فيهن وان نقبر فيهن موتانا حين تطلع الشمس
حتى ترتفع وحين يقوم قايم الظهيرة وحين تضيف للغروب وروى عبد الرحمن بن البيلماني عن عمرو بن عبسة قال قلت
يا رسول الله علمني مما تعلم واجهل هل من الساعات ساعة افضل من الاخرى قال جوف الليل الاخر فصل فانها متقبلة حتى
يطلع الفجر ثم انته حتى تطلع الشمس وما دامت كالحجفة فامسك حتى تشرق فانها اذا طلعت تطلع بين قرني شيطان
ويسجد لها الكفار ثم صل فانها مشهودة متقبلة حتى يقوم العمود على ظله ثم انته فانها ساعة تسجر فيها الجحيم ثم صل
اذا زالت الى العصر ثم انته فانها تغيب بين قرني شيطان ويسجد لها الكفار وروى ابن مسعود نحو هذا الخبر ان النبي عليه السلام
قال لعمرو بن عبسة اما الليل فاذا صليت المغرب فالصلوة مقبولة مشهودة حتى تصلي صلوة الفجر وهذه الاخبار عامة
في النهي عن الفرايض والنوافل ولانها صلوة شرعية فيمنع من فعلها عند الطلوع كالنفل المبتدا ولان الفرض احد نوعي الصلوة
فجاز ان يمنع منه في هذه الاوقات كالنفل ٥ واما عصر يومه فانما جازت عند الغروب لقوله عليه السلام من ادرك ركعة من
العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها ولانه وقت وجوبها فكان وقتا لادايها وقد قال اصحابنا ان الصلوة في هذه الاوقات
الثلثة ممنوع عنها وعن غيرها وقال الشافعي لا باس بها بمكة وعموم الاخبار يمنع من ذلك ولان كل وقت نهي عن فعل العبادة
فيه في غير مكة نهي عن فعلها بمكة كصوم يوم النحر والذي روي ان النبي عليه السلام نهى عن الصلوة في الاوقات المكروهة الا
بمكة فلم يثبت عند اصحابنا ولان اخبار النهي مستفيضة فلا يسقط حكمها بخبر واحد وقد روي عن ابي يوسف ان الصلوة
تجوز وقت الزوال في يوم الجمعة رواه بشر عنه وهذا ليس بصحيح لانه وقت نهي عن الصلوة فيه في غير يوم الجمعة فنهي عن
الصلوة فيه يوم الجمعة كحال الطلوع والغروب وجه قول ابي يوسف ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن الصلوة في
هذه الاوقات المكروهة الا يوم الجمعة ٥ واما الوقتان الاخران وهما ما بعد طلوع الفجر وبعد صلوة العصر فيجوز فيهما الفرض
ولا يجوز فيهما النفل ولا يجوز فيهما ما تعلق وجوبه بفعله وقال الشافعي يجوز فيهما ما له سبب لنا حديث ابن عباس قال
شهد عندي رجال مرضيون وارضاهم عندي عمر ان النبي عليه السلام قال لا صلوة بعد صلوة الصبح حتى تشرق الشمس ولا صلوة
بعد العصر حتى تغرب الشمس وقد روى هذا الحديث عن النبي عليه السلام ابو سعيد الخدري وعايشة وابو امامة ومعاذ بن عفرا
وابو هريرة وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه قال ذلك في خطبته يوم فتح مكة وكذلك رواه
سعد بن مالك وابو ايوب الانصاري ولان ما يمنع النفل المبتدا يمنع النفل الذي له سبب من جنسه اصله حال
اشتغال الامام بالصلوة وانما قلنا ان الفرايض تجوز في هذين الوقتين لقوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فليصلها
اذا ذكرها فان ذلك وقتها ولان هذا الوقت يصلح للفرض الا ترى ان من لم يصل فرض وقته يصلي فيه ٥ وكذلك يسجد
للتلاوة في هذين الوقتين لان وجوبها لا يقف على فعله الا ترى ان من سمع التلاوة وجب عليه السجود فصارت
كالفرايض وكذلك صلوة الجنازة لان وجوبها لا يقف على فعله ٥ واما ركعتا الطواف فلا يجوز في هذين الوقتين لان
وجوبها يتعلق بفعله ٥ واما المنذورة فلا يجوز لانها تتعلق بسبب من جهته فهي كالصلوة التي شرع فيها ٥ ولا يجوز في الاوقات
الثلثة صلوة على جنازة ولا سجدة تلاوة لحديث عقبة بن عامر نهانا رسول الله صلى الله عليه ولان ما تعلق وجوبه بفعله وبفعل الله تعالى
لا يجوز في هذه الاوقات كالفرايض ٥ وانما اقتصر محمد على ذكر خمسة اوقات لان النهي فيها يعود الى الوقت وما سواها
وان نهي عن الصلوة فيه فليس لمعنى يعود فيختص بالوقت ٥ واما ما بعد طلوع الفجر فيكره فيه كل النوافل الا نفل واحد
وهو ركعتا الفجر لان النبي عليه السلام كان لا يصلي بعد طلوع الفجر اكثر من ركعتين مع حرصه على النوافل وكان الزايد [illegible]
واما الذي ذكره الحسن من كراهة التنفل اذا خرج الامام يوم الجمعة فليس ذلك لمعنى يختص بالوقت وانما هو لان
لا يشتغل عن سماع الخطبة والكلام هاهنا في ما يختص بالوقت ٥ واما عند غروب الشمس فيكره النفل حتى يصلي المغرب
لان النبي عليه السلام لم يتنفل قبل المغرب وقال بين كل اذانين صلوة الا المغرب ولان النفل قبلها يؤدي الى تاخير وقتها

وذلك فيما نهى عنه ولم يتركه بعد هذا الوقت لان النهي عن الصلوة فيه ليس لمعنى يعود الى الوقت وانما هو حتى لا يوخر الصلوة
عن وقت الفرض المقصود وهذا كالنهي عن التنفل في المسجد والامام يصلي الفرض ليس هو لمعنى يعود الى الوقت وانما
هو حتى لا يشتغل به عن الجماعة ووقت اخر يكره فيه النفل لبعض الناس دون بعض وهو من حضر المصلى في يوم العيد
يكره له ان يتنفل قبل العيد والاصل فيه حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس ان النبي عليه السلام خرج يوم العيد فلم يصل قبلها ولا
بعدها وروي ان عليا رضي الله عنه راى اقواما يصلون يوم العيد فقال ما هذه الصلوة التي لم يكن يفعلها على عهد رسول الله
فقيل له الا تنهاهم فقال اذا اكون كما قال الله عز وجل ارايت الذي ينهى عبدا اذا صلى ولكنا نحدثهم بما شهدنا رسول الله
صلى الله عليه خرج فلم يصل قبلها ولا بعدها وروي عن ابن مسعود وحذيفة انهما كانا يقومان يوم العيد فيمنعان الناس
عن الصلوة وروي عن جرير بن عبد الله البجلي قال كنت اخر الناس اسلاما فحفظت من رسول الله لا صلوة في العيدين قبل
الامام ولان العيد ليس لها اذان ولا اقامة فلو صلى قبلها لم يامن ان يدخل الامام في الصلوة فلو تمم النافلة
انقطع عن الجماعة وان قطعها كان قد دخل في صلوة لا يتمها فلم يجز ٥ وان صلى في الاوقات الثلثة فرضا اعاده
الا عصر يومه لان الفرض استحق عليه على وجه غير منهي فاذا فعله في وقت منهي فلم يفعله كما امر به فلم يجزه ٥
واما اذا افتتح النفل في هذه الاوقات ثم افسده فالمشهور من الرواية ان عليه القضا وذلك ان ايجابه للصلوة
بقوله لله نذر وليس كذلك الدخول في صوم يوم النحر لانه ايجاب بالفعل ليس بالقول ولان النهي في هذه الاوقات
عن فعل الصلوة والصلوة لا تكون الا بجملة افعال هي القيام والركوع والسجود فلم يوجد الصلوة المنهي عنها في
الجزء الاول من فعله فوقع غير منهي وهو سبب الوجوب فتعلق به الوجوب وليس كذلك الصوم لانه منع في
النحر من الصوم والجزء الاول من الصوم صوم فوقع على وجه منهي فلم يتعلق به الوجوب ولان الدخول في الصلوة
يقع بالتحريمة وليست من الصلوة عندنا وانعقدت من غير نهي والدخول في الصوم يقع على وجه منهي عنه فلم ينعقد
به الوجوب ٥ وقال اصحابنا ان من دخل في الاحرام على وجه منهي مثل ان يكون لابسا او متطيبا او مجامعا
انعقد احرامه وهذا لا يشتبه فيه اذا دخل بالتلبية لانه ايجاب بالقول فان دخل بسوق الهدي لزمه الاحرام
ايضا لانه ليس ايجاب القول ولكنه مما لا يلحقه الفسخ فاذا دخل فيه على وجه منهي لزمه كما يجوز البقا عليه مع
الافعال المنافية له وليس كذلك الصوم والصلوة لان الفسخ يلحقهما فاذا دخل فيهما بفعل منهي عنه لم يصح ان
يلزمه بالدخول قضا وجه الرواية الاخرى ان القضا لا يلزمه اذا افسد صلوته لانه مامور بان يقطعها فاذا
فعل المامور به لم يجب عليه شي كمن افطر بعد الدخول في صوم يوم النحر واما اذا دخل في الوقتين في
نافلة وافسدها وجب عليه القضا لان النهي في الوقتين ليس لمعنى في نفس الوقت فلم يمنع(?) النهي انعقاد الوجوب

باب الاذان

قال الشيخ رحمه الله الاصل في ثبوت الاذان ما روي ان
رجلا من الانصار مر برسول الله صلى الله عليه فراه حزينا وكان الرجل ذا طعام فانطلق حزينا لما راى من حزن رسول الله صلى الله عليه
وترك طعامه ثم نعس ونام فاتاه ات في النوم فقال هل علمت حزن رسول الله صلى الله عليه قال نعم قال فهو لهذا الناقوس فأته
وقل فليامر بلالا فليوذن فعلمه الاذان الله اكبر الله اكبر حتى بلغ لا اله الا الله رواه ابو حنيفة عن علقمة بن مرثد
عن ابن بريدة عن ابيه وروي عن عبد الرحمن بن ابي ليلى قال اهتم رسول الله صلى الله عليه كيف يجمع الناس للصلوة فقيل له
انصب راية فاذا راها الناس اذن بعضهم بعضا فلم يعجبه وقال لقد هممت ان ابعث رجالا فيقوم كل واحد منهم
على اطم من اطام المدينة فيوذن كل رجل منهم من يليه فانصرف عبد الله بن زيد لا يفارقه همه بهم رسول الله صلى الله عليه
فاري في المنام الاذان فلما غدا على رسول الله صلى الله عليه استشار المسلمين فيما يجمعهم على الصلوة فقالوا البوق
فكرهه من اجل اليهود وذكروا الناقوس فكرهه من اجل النصارى فاري تلك الليلة رجل من الانصار يقال له عبد الله
بن زيد وعمر بن الخطاب فطرق الانصاري النبي عليه السلام ليلا فامر بلالا فاذن وقد روي عن معاذ وابن عباس وابن
عمر وسعيد بن المسيب والشعبي ان اصل الاذان رويا عبد الله بن زيد بن عبد ربه الانصاري وروي عن ابن الحنفية
انه انكر ذلك وذكر ان رسول الله صلى الله عليه لما عرج به بعث الله اليه ملكا فعلمه الاذان وعن ابن بريدة(?)
ان رسول الله صلى الله عليه قال ان اول من اذن في السما جبريل فسمعه عمر رضي الله عنه وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك يعني
مثل قول ابن الحنفية وعن عبيد بن عمير ان عمر رضي الله عنه راى ذلك في منامه فذهب الى رسول الله ليخبره وقد
جا الوحي الى النبي عليه السلام فبادر اي عمر وهذه الاسباب لا تتنافى لانه يجوز ان يكون رويا عمر وعبد الله بن زيد اولا
ثم جا الملك فعلمه ثانيا ٥

فصل

والاذان عندنا سنة من سنن الصلوة وقال قوم هو واجب وروي عن عطا
بن ابي رباح فيمن نسي الاقامة اعاد الصلوة وقال الاوزاعي يعيد ما دام في الوقت وقال مجاهد فيمن نسي الاقامة
في السفر اعاد وروي مثل قولنا عن الحسن والنخعي وقتادة والزهري وهو قول عامة الفقها والاصل في ذلك ان
وجوب الاذان مما تعم البلوى به فلا يجوز اثباته بخبر الواحد ولانه ذكر لا يجب في النافلة فلا يجب في الفريضة
كالدعا ولانه لا يجب في القضا فلم يكن من ابنية(?) المقضي كالتسبيح واما الذي روي ان النبي عليه السلام قال لمالك
بن الحويرث ولابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما فالمراد بذلك الاستحباب الا ترى ان الاذان لا يجب
عليهما ولا يتخيره احد فلا يجوز ايجاب الواجب به وقد روى علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في قوم
صلوا في مصر في مسجد جماعة الظهر او العصر بغير اذان ولا اقامة انهم اخطاوا السنة وخالفوا واثموا

وكذلك قال ابو يوسف وان اذنوا ولم يقيموا فقد اساوا وذلك لان النبي عليه السلم امر بالاذان للصلوات عند اوقاتها
وداوم عليه والمداومه انما تكون على الواجبات او السنن ولانه فعل الامه بغير خلاف ٥ والذي روي عن محمد ان اهل
بلد لو اجمعوا على ترك الاذان لقاتلتهم فليس ذلك لوجوبه ولكن لانه سنة ظاهرة وقد روي عن محمد انه قال ان اهل
كوره لو تركوا سنة من سنن رسول الله صلى الله عليه لقاتلتهم عليها فان ترك ذلك رجل واحد ضربته عليه وحبسته وقال
ابو يوسف فيما رواه ابن سماعه فيمن امتنع من ادا الزكوه حتى امره بها فان امتنع ضربته وان كانوا جماعة قاتلتهم عليه
وكذلك صلوه الجماعه والفرايض فاما السنن قبل صلوه العيد وصلوه الجماعه فاني امرهم واضربهم ولا اقاتلهم
وان كانوا جماعة ممتنعين والذي قاله ابو يوسف اصح لان السنن لا يجب القتال بتركها الا ترى ان صفة السنة
ما استحق الثواب بفعله ولم يستحق العقاب بتركه والواجب ما يستحق الثواب بفعله والعقاب بتركه فلم
يجز التسوية بينهما واما محمد فقد قال بوجوب القتال لظهور هذه السنن في الشرع فان سومح بتركها ادى ذلك
الى ترك الواجبات ومن اصحابنا من قال ان الذي قاله محمد يدل على مذهبه انه جعل الاذان من فروض الكفاية فاذا تركوه
جميعا قاتلتهم ٥ واما الكلام في صفة الاذان فنقول في ابتدايه الله اكبر اربع مرات وروى الحسن عن ابي يوسف
انه يقول مرتين وبه قال مالك قال ابو الحسن رجع ابو يوسف عن هذا القول وروي عن عمر انه كان يقول كذلك
لنا ما روي في حديث زيد الانصاري الذي راى في المنام انه اتاه رسول الله صلى الله عليه فقال انه طاف به في هذه الليلة طايف
الى ان قال الاذان كله على خمس ذلك قلت وما هو قال يقول الله اكبر الله اكبر الله اكبر الله اكبر وروى مكحول
عن عبد الله بن محيريز ان ابا محذوره حدثه ان النبي صلى الله عليه علمه الاذان تسعة عشر كلمة في اوله الله اكبر
اربع مرات ولانه فعل المسلمين في سائر الاعصار ولان التكبير في اخره مرتين فكان في اوله على الضعف الا ترى ان
الشهادة لما كانت في اوله مرتين كانت في اخره مره ٥ واما الذي روي عن عمار بن سعد عن ابيه سعد القرظ انه
سمعه يقول هذا اذان بلال الذي امر به رسول الله وهو الله اكبر الله اكبر مرتين فما ذكرنا ازيد فهو اولى ولان خبر
عبد الله بن زيد اصل الاذان فالرجوع اليه اولى وابو محذوره اخذ ذلك تلقينا من رسول الله صلى الله عليه ولا يجوز ان يقال ان هذا فعل
اهل المدينه لانهم رجعوا الى اذان سعد القرظ ولان فعل المسلمين في سائر الاعصار والامصار اولى من فعلهم ٥ ثم يقول اشهد
ان لا اله الا الله مرتين اشهد ان محمدا رسول الله مرتين ولا ترجيع في ذلك وقال مالك والشافعي يرجع والترجيع ان يبتدي بالشهادتين
يخفض بهما صوته ثم يرجع اليهما ويرفع بهما صوته لنا ما روي في حديث عبد الله بن زيد انه ذكر الاذان من غير ترجيع ثم قال ثم قام فقال
مثل ذلك الا انه زاد فيه قد قامت الصلوه مرتين ولان الاقامه لا تكون مثل الاذان الا مع عدم الترجيع ولان الترجيع لو كان في اذان
بلال لنقل نقلا مستفيضا فلما لم ينقل دل على انه لم يكن في اذانه ولان كل ذكر في الاذان يسن تكراره اربع مرات لم يفصل
بينهن بذكر اخر كالتكبير ولان الشهادة من حكمها في الاذان ان يرتب على التكبير اصله ابتدا الاذان وانتهاوه ولو رجع لترتب
الشهادة على غير التكبير واما ما روي عن ابي محذوره ان النبي عليه السلم قال له ارجع فمد بها صوتك فلاحتمال التلقين بترديد الكلام
على الصبي حتى ياتي به على وجهه وظن ابو محذوره انه من نفس الاذان ٥ ثم يقول الله اكبر مرتين لما روي عن عطا عن ابي محذوره
انه كان يقول في اخر الاذان الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله وعن الاسود كان اخر اذان بلال الله اكبر مرتين وروى سويد بن
غفلة قال كان بلال يقول في صلوه الصبح حي على الفلاح مرتين لا اله الا الله والله اكبر وعن النخعي انه كان يقول في اخر اذانه
الله اكبر مرتين وقد روي عن بلال انه كان يقول الله اكبر مرتين ٥ واخر الاذان لا اله الا الله لما روى الاسود بن يزيد قال سالت
ابا محذوره كيف كنت تؤذن لرسول الله صلى الله عليه واي شي كنت تجعل اخر اذانك قال كنت اجعل اخر اذاني الله اكبر الله اكبر
لا اله الا الله ٥ واما الاقامه فهي مثنى مثنى مثل الفاظ الاذان الا انه يزيد في اخرها قد قامت الصلوه مرتين وهو قول الاسود
وعطا والثوري وقال مالك والشافعي تفرد الاقامه وهو قول الزهري ومكحول والحسن في رواية لنا ما روي عن عبد الرحمن بن ابي ليلى
عن عبد الله بن زيد مؤذن النبي عليه السلم انه كان يشفع الاذان والاقامه وعن ابي جحيفه عن ابيه قال اذن بلال لرسول الله صلى الله عليه
صوتين صوتين واقام مثل ذلك وفي حديث عبد الله بن زيد وهو اصل الاذان وذكر الاقامه والاذان واحدا وقال
سويد بن غفلة سمعت بلالا يؤذن مثنى مثنى ولانه ذكر من اذكار الاقامه فكان مثنى كقوله قد قامت الصلوه ٥ ويقول قد قامت
الصلوه مرتين وهو قول الحسن ومكحول والزهري وقال مالك هو مره لنا حديث ابن عمر قال كان الاذان على عهد رسول الله صلى الله عليه
مثنى مثنى والاقامه واحده غير انه يقول قد قامت الصلوه قد قامت الصلوه مرتين وفي حديث ابي محذوره ان النبي عليه السلم لقنه الاقامه
سبع عشرة كلمة والذي روي في حديث سعد القرظ انه كان يقول في اقامته قد قامت الصلوه مره واحده فالرجوع الى الزايد من
الاخبار اولى ٥ واما صفه الاذان فينبغي للمؤذن ان يترسل في الاذان ويحذف الاقامه وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن
ابي حنيفه قال ان ترسل فيهما او جزم فيهما فلا باس واحسن ذلك ان يترسل في الاذان ويحذف الاقامه وذلك لما روى عطا عن
جابر ان النبي عليه السلم قال لبلال اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وعن سعيد بن علقمه عن علي قال كان رسول الله صلى الله عليه
يامر بلالا ان يترسل في الاذان ويحذف الاقامه وعن ابي الزبير مؤذن بيت المقدس قال جانا عمر فقال اذا اذنت فترسل واذا اقمت
فاحذم ولان المؤذن اذا فصل بينهما في الصفه عرف السامع عند اشتباه الاذان انه الاذان او الاقامه ٥ قال ويحذف التكبير ولا
يطول لما روي عن النخعي انه قال كانوا يجزمون التكبير ولانه اذا طول لم يدخل بعد الاستفهام الاقرار وروي عن مالك انه كره اللحن
في الاذان وروي عن يحيى البكا قال قال رجل لابن عمر والله اني لاحبك في الله فقال وانا ابغضك في الله قال لم قال لانك تتغنى
في اذانك وروي ان مؤذنا اذن فطرب في اذانه فقال له عمر بن عبد العزيز اذن اذانا سمحا والا فاعتزلنا ٥ واذا المر... بينهما

او حدر فيهما او حدر الاذان وترسل الاقامه اجزاه ذلك لان المقصود بالاذان الاعلام وقد فعل وانما ذلك صفة فلا يمنع من المقصود فيه
واما الصفة التي ينبغي ان يكون المؤذن عليها فيستقبل القبلة باذانه حتى اذا انتهى الى الصلوه والفلاح حول وجهه يمينا
وشمالا ولم يحول قدميه وان كان في صومعته فاراد ان يخرج راسه من نواحيها المرضية ان يحول قدميه منها قال ابن شجاع قال
الحسن عن ابي يوسف عن ابي حنيفه ولا باس بان يدور في صومعته في قوله حي على الفلاح يمنة ويسرة ولا يستدبر القبلة
وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفه قال اذا كان المؤذن في صومعته فكان لا يمكنه ان يدور الى الكوى يمنة
ويسرة الا ان يدور فيها فيدير في قوله حي على الفلاح ويدير قدميه فلا باس ٥ والاصل في استقبال القبلة في الاذان ما روي
في حديث عبد الله بن زيد انه قال رايت رجلا على جذم من اجذام المدينه عليه ثوبان اخضران فاستقبل القبلة فقال الله اكبر
الله اكبر ولانه فعل المسلمين من لدن النبي صلى الله عليه الى يومنا هذا ٥ واما الاستداره فلخبر ابي جحيفه ان بلالا اذن لرسول الله
بالابطح فجعل يستدير وفي حديث ابي هريره امر ابو محذوره القرشي ان يستدير في اذانه ولان الاذان يشتمل على اذكار
يقصد فيها الدعا الى الصلوه وعلى اذكار الله تعالى فما كان من ذكر الله تعالى كان الى القبله وما كان للدعا كان يمينا وشمالا لانه امكن
ولان من كان في الصومعه لا يمكنه ان ياتي بالاعلام الا بالاستداره غير انه لا يستدبر القبله لانه لا ضروره به الى ذلك ٥
واما اذا كان في غير الصومعه اكتفى بتحويل وجهه ولم يحول قدميه لانه لا حاجه به الى ذلك ٥ فان لم يستقبل القبله اجزاه
ويكره له ذلك لان المقصود منه الاعلام وذلك يوجد وان استدبر ويكره لان الاستقبال سنه في الاذان فكره تركها
ويجعل المؤذن اصبعيه في اذنيه وان ترك لم يضره قال الحسن عن ابي حنيفه واحسن له ان يجعل اصبعيه في اذنيه في الاذان
والاقامه وان جعل يديه على اذنيه فهو حسن وقال ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفه قال وان جعل احدى
يديه على اذنه فهو حسن وان ترك لم يضره وذلك لما روي عون بن ابي جحيفه عن ابيه ان بلالا اذن لرسول الله صلى الله عليه
بالابطح فجعل اصبعيه في اذنيه وقال هي السنه وقال سعيد بن المسيب لما امر رسول الله بلالا ان يؤذن جعل اصبعيه
في اذنيه ورسول الله ينظر اليه فلم ينكر ذلك فمضت سنة يومئذ ولان هذا ابلغ في رفع الصوت فهو اولى ٥ واما
جواز تركه فلانه ليس من الاذان وانما يفعل للمبالغه في رفع الصوت وعلى ذلك تعبيره ٥ وقد قال اصحابنا الافضل للمؤذن
ان يرفع صوته ولا يجهد نفسه لما روي ان النبي عليه السلم قال يشهد للمؤذن كل من سمع صوته ولان المقصود الاعلام
فالمبالغه فيه اولى ٥ ولا يجهد نفسه فيضر بنفسه لما روي عن عمر انه سمع مؤذنا يجهد نفسه فقال اما خشيت ان
ينقطع مريطاوك ٥ وقالوا ان المؤذن لا ينبغي ان يتكلم في الاذان والاقامه وقال المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفه
لا يرد السلم ولا يتكلم وقال الثوري لا باس ان يرد السلم لنا ان المقصود بالاذان الاعلام فاذا رد السلم خرج من كونه اعلاما
ولانه ذكر يتقدم على الصلوه فيكره فيه رد السلام كالخطبه ٥ روى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفه قال احب
الي ان يكون المؤذن على وضوء وان لم يكن لم امره بالاعاده وفي كتاب الاثار عن النخعي لا باس ان يؤذن المؤذن على غير
وضوء قال محمد وبه ناخذ ولا نرى به باسا ويكره ان يكون جنبا وهو قول ابي حنيفه وروى الحسن عن ابي حنيفه
فيمن اذن على غير وضوء انه قد اسا قال وكان يقول اذا اذن واقام على غير وضوء كان الحاصل من هذا
ان الافضل ان يؤذن ويقيم طاهرا فان ترك الوضوء في الاذان لم يكره في رواية محمد ويكره في رواية الحسن واما الاقامه
فيكره ترك الوضوء فيها في الروايتين جميعا ٥ ويكره ان يؤذن او يقيم جنبا في الروايات والوجه في ذلك ان الاذان
يتقدم الصلوه فهو معتبر بها والصلوه مشروعة في الصلوه فكذلك في الاذان واما اذا اذن ذلك لم يكره في
الروايه المشهوره لما روي ان النبي عليه السلم عرض عليه الوضو فقال اني لا اريد صلوه وهذا يقتضي جوازه ولان قراه
القران افضل من الاذان فاذا جاز ذلك على غير وضوء فجواز الاذان اولى ٥ فاما الاقامه فيكره ذلك فيها لان من
حكمها ان يليها الدخول في الصلوه من غير فصل فاذا كان على غير وضوء فصل بين الاقامه والصلوه بالطهاره فيكره لذلك
لا لعدم الوضوء ولانه يدعوا الى ما لا يفعله فدخل تحت قوله تعالى اتامرون الناس بالبر وتنسون انفسكم ٥ واما
الجنابه فيكره فيهما قال ابو يوسف عن ابي حنيفه ان اذن واقام على غير وضوء اجزاه ولم يعد ولو كان جنبا فاحب
الي ان يعيد وان لم يعد اجزاه والوجه في ذلك ان الاذان والاقامه يفعلان في المسجد او فيما هو في
حكمه والجنب لا يجوز له دخول المسجد ولانه ذكر يتقدم الصلوه كالخطبه ولانه يذكر الله فهو كقراه القران واما
قوله يعيد فلان النقص بالجنابه نقص كثير فيمنع من وقوع الاذان المامور به وان لم يعد اجزاه لان الاعلام حصل
وقالوا اكره للمؤذن الجماعه ان يؤذن قاعدا لغير عذر فان فعل فليس عليه اعاده وان اذن الرجل لنفسه قاعدا فلا باس
وعن الحسن ليس من السنه ان يؤذن قاعدا وعن عطا انه كره ذلك قال مالك لم اسمع احدا فعله والاصل فيه ان
الاذان ماخوذ من قصه عبد الله بن زيد وقد قال اني رايت رجلا قايما وهو فعل المؤذنين من لدن رسول الله الى يومنا
ولان المقصود منه الاعلام وهذا لا يحصل من القاعد والذي روي عن ابي زيد الانصاري انه اذن وهو قاعد فقد
ذكر في الخبر ان رجله اصيبت مع رسول الله صلى الله عليه ٥ واما اذا اذن لنفسه فليس المقصود الاعلام وانما المقصود
فيه الصلوه وذلك يحصل قاعدا ٥ وقالوا يجوز للمسافر ان يؤذن راكبا لان الاذان يقصد به الاعلام فاذا فعل في
حال الركوب فهو ابلغ وروي عن ابي يوسف ان الراكب يؤذن حيث كان وجهه لانه يصلي كذلك قال واحب الي ان
ينزل اذا اراد ان يقيم وذلك لانه اذا لم يفصل بين الاقامه والدخول في الصلوه بشي اخر واما في حال الحضر فظاهر
الاصل انه يكره ان يؤذن راكبا وعن ابي حنيفه انه لا باس به بناء على اصله ان صلوه التطوع في الحضر على الراحله جايزه

ومن قال أصحابنا يجوز أذان العبد والأعرابي وولد الزنى والأولى أن يكون المؤذن عالمًا بالسنة وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة
أنه قال أكره أن يكون المؤذن فاجرًا وإن صلوا بأذانه أجزأهم وإبداله بمؤذن صالح أفضل والأصل في ذلك ما روى صفوان بن سليم قال قال
رسول الله صلى الله عليه الإمام ضامن والمؤذن أمين اللهم أرشد الأئمة واغفر للمؤذنين وروي أنه عليه السلام قال يؤمكم أقرؤكم ويؤذن
لكم خياركم ولأنه إذا كان عالمًا بالسنة عرف أوقات الأذان وما يلزم تقديمه عليه وتأخيره عنه فأما أذان العبد والأعرابي فلأن
المقصود الإعلام وذلك يوجد بأذانهما ويفارق هذا الإمامة لأنه لا يستويان إلا الأفضل فإذا تقدم هو لا ينفر الناس عن الجماعة
وأما ولد الزنى فهو من أهل الجماعة وأذانه يقع به الإعلام وإنما يكره إمامته لأن الناس يستخفون به وهذا لا يوجد في الأذان
وأما الصبي فقد روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال أكره أن يؤذن من لم يحتلم وهو قول مالك والثوري ورخص فيه
عطاء بن أبي رباح وعبد الرحمن بن أبي ليلى والشعبي والأصل فيه قوله عليه السلام اجعلوا مؤذنيكم أفضلكم في أنفسكم ولأن الأذان دعاء إلى
الصلاة والصبي ليس من أهلها فلا يدعو إلى ما لا يؤمر بفعله فإن أذن جاز لأنه من أهل الجماعة وإن لم يكن من أهل الفرض
فصار كمن صلى فرضه ثم أذن بقوم وأما المرأة إذا أذنت فقد روى معلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال إذا أذنت المرأة
فأحب إلي أن يعيدوا وقال في الأصل يكره أذان المرأة ويجزيهم وجه الكراهة لأنها منهية عن رفع الصوت فإذا رفعت
صوتها كره ذلك وإن لم ترفعه تركت سنة الأذان فكره وأما قوله يجزيهم فلأنهم لو صلوا بغير أذان جاز كذلك هذا وجه
قوله أحب إلي أن يعيدوا أن فعلها لم يقع على الوجه المأذون فيه فلا يعتد بأذانها كالمجنون بخلاف الصبي لأن الصبي من
أهل الجماعة وقد روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال وإن أذنت امرأة أو مجنون لا يعقل أو صبي لا يعقل
أعيد ذلك وإن كان غلامًا مراهقًا يعقل الأذان أجزأهم وأحب إلي أن يكون رجلًا مدركًا قال أصحابنا ليس على النساء
أذان ولا إقامة وهو قول ابن عمر والحسن وابن المسيب والزهري وقتادة ومكحول وقال مالك لم أسمع أحدًا كان يرى ذلك
وقال الأوزاعي تقيم ولا أذان عليها وقال الشافعي لا ترفع صوتها بالأذان مخافة أن تشتهى لنا ما روى القسم بن محمد عن أسماء
بنت يزيد قالت سمعت النبي صلى الله عليه يقول ليس على النساء أذان ولا إقامة ولأن الأذان من سنة الجماعة وليس على النساء
جماعة ولأن من سنة الأذان رفع الصوت وإذا لم تثبت سنته في حقهن لم يثبت أصله كالمجنون والذي قاله الشافعي فإن
كان يعني به في المساجد فالقصد منه الإعلام وإذا لم ترفع به صوتها لم يحصل به المقصود وإن كان يعني به في البيوت
فمن لا يسن الأذان في حقه في المسجد لا يسن أيضًا في البيوت والذي قاله الأوزاعي أيضًا ليس بصحيح لأن من لم يثبت
في حقه الأذان لا تثبت في حقه الإقامة قال محمد والبصير أحب إلي من الأعمى وقد روي أنه كان للنخعي مؤذن أعمى
يقال له معبد فقال لم لا يكون أول من يقيم ولا في أذانهم وكره ابن عباس أن يؤذن الأعمى وعن علي رضي الله عنه أنه كان له مؤذن
أعمى يجعل معه من كان بصيرًا وعن ابن مسعود قال لا أحب أن يكون مؤذنوكم عميانكم وذلك لأن الأعمى لا يتوصل إلى معرفة
الوقت بنفسه وإنما يرجع إلى غيره فكان من يعرف الوقت بنفسه أولى والذي روي أن ابن أم مكتوم كان يؤذن لرسول الله صلى الله عليه
ولأن بلالا كان يؤذن قبله ولأن ذلك [illegible] ابن أم مكتوم فكان من يعرف الوقت بأذان بلال وأما الصلوات التي يؤذن لها
فهي الصلوات الخمس لا غيرها وذلك لأن النبي صلى الله عليه أذن لهذه الصلوات وداوم على ذلك وأما الجمعة فقد روى ابن شهاب
عن السائب بن يزيد أن الأذان كان أوله حين يجلس الإمام على المنبر يعني يوم الجمعة في عهد النبي عليه السلام وأبي بكر وعمر فلما
كان خلافة عثمان وكثر الناس أمر عثمان يوم الجمعة بالأذان الثالث على الزوراء وأما العيدين فلا يؤذن لهما لما روى
عطاء عن جابر قال صلى رسول الله صلى الله عليه العيدين بلا أذان ولا إقامة وأما الوتر فلا يؤذن لها لأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه
صلوها في جماعة حين جمعهم عمر بن الخطاب على أبي بن كعب في قيام الليل ولم يؤذنوا لها ولأن الأذان يتعلق بالصلاة التي
تفعل في الجماعة والوتر في غير رمضان لا يتعلق بالجماعة ومن أصحابنا من قال إن أذان العشاء يقع للوتر وليس بصحيح
والصحيح أن الأذان للعشاء خاصة وأما النوافل فلا يؤذن لها لأن النبي عليه السلام والصحابة من بعده لم يؤذنوا للنافلة مع
كثرة صلواتهم ولأنها لا تفعل في جماعة وقد صلى رسول الله صلى الله عليه صلاة الاستسقاء والكسوف بغير أذان لأنهما نافلتان
وأما صلاة الجنازة فلا أذان لها وذلك لأنها ليست بصلاة في الحقيقة وإنما هي دعاء ولأنها ركن مفرد كسجود التلاوة
ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها لأن الأذان دعاء إلى الصلاة ولا يصح أن يدعو الإنسان إلى ما لا يجوز فعله وهذا لا خلاف
فيه إلا في الفجر قال أبو حنيفة ومحمد لا يؤذن لها قبل طلوع الفجر وقال أبو يوسف يؤذن لها في النصف الأخير من الليل
وبه قال الشافعي لنا ما روى شداد مولى عياض بن عامر قال دخل بلال إلى النبي عليه السلام يؤذنه لصلاة الفجر فوجده يتسحر
في مسجده الذي في بيته ليس عنده إلا الأسودان الماء والتمر فقال يا بلال لا تؤذن حتى تنظر إلى الفجر ثم أتاه من الغد فوجده
على مثل ذلك فقال يا بلال لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر ثم أتاه من الغد فوجده على مثل ذلك فقال لا تؤذن حتى تنظر
إلى الفجر هكذا ومد يديه وروى [illegible] عن أبي خداش أن رسول الله صلى الله عليه قال لبلال لا تؤذن إذا كان
الصبح ساطعًا في السماء وروى قيس بن عاصم عن أنس قال لم يكن بلال يؤذن حتى يطلع الفجر ولأن الأذان دعاء إلى الصلاة ولا يصح
الدعاء إلى فعل لا يجوز فعله وجه قول أبي يوسف حديث ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه لا يمنعن أحدكم
أذان بلال من سحوره فإنه يؤذن أو قال ينادي ليرجع قائمكم ولينتبه نائمكم وهذا لا دلالة فيه لأنه بين أن أذانه
لغير صلاة الفجر والخلاف في الفجر قال محمد ومن صلى في بيته بغير أذان ولا إقامة أجزأه وإن فعل فهو خير [illegible]
ليس الأذان إلا في مسجد جماعة والمواضع التي يجتمع فيها الأئمة فأما ما سوى ذلك فلا [illegible] الإقامة تجزيهم وإنما قلنا
إن الأفضل أن يؤذن ويقيم لأنهما أركان متعلقة بالصلاة كسائر أركانها [illegible] فإن تركهما فصلى الناس جاز وقد روي عن ابن عمر

إذا كنت في قرية يؤذن فيها ويقام أجزأك ذلك وعن النخعي أن ابن مسعود صلى في داره بغير أذان ولا إقامة وقال يجزينا إقامة
المقيمين حولنا ولأن أذان الناس وإقامتهم في المساجد تقع لهذه الصلاة ألا ترى أن لهذا الرجل أن يصلي معهم وإذا وقع لها
لم يحتج إلى غيره وقد روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف في قوم يصلون العصر في منزل أو في غير مسجد فأجزأهم أذان الناس
وإقامتهم أجزأهم وقد أساؤوا في ترك ذلك وذلك لأن الأذان إذا وقع للجماعة لم يقع لجماعة أخرى من الناس وليس
كذلك صلاة الواحد لأن أذان الجماعة أذان لأفراد الناس وأما المسافر فيؤذن ويقيم وقال مالك لا أذان إلا في مسجد
جماعة لنا ما روى أبو قلابة عن مالك بن الحويرث أن النبي عليه السلام قال له ولصاحب له إذا سافرتما فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما
وقال عليه السلام من أذن وصلى في أرض فيء صلى معه صف من الملائكة لا يرى طرفاه وقد حدث أبو قتادة قال كنا مع رسول الله
صلى الله عليه في المسير فأراد بلال أن يؤذن الظهر فقال له رسول الله أبرد وفي قصة الوادي أن النبي عليه السلام نام حتى
أيقظه حر الشمس فقام وخرج من الوادي ثم نزل فأمر بلالا فأذن فركع ركعتي الفجر ثم أمره فأقام فصلى صلاة الفجر
قال محمد فإن أقام ولم يؤذن أجزأه وقد روي عن علي أنه قال يا بني المسافر إن شاء أذن وأقام وإن شاء أقام
وعن ابن عمر أنه كان لا يزيد في السفر على الإقامة إلا في صلاة الفجر فإنه كان يؤذن ويقيم ولأن حال السفر حالة
تخفيف بدلالة أنه يصلي ركعتين ويفطر ويمسح على خفيه ثلاثة أيام فجاز أن يخفف في باب الأذان قال ويكره للمسافر
ترك الإقامة وذلك لأنه اقتصر عليها على وجه التخفيف فلا يجوز له تركها ولأن دعاء الناس في مساجدهم لا يقع
لصلاته ألا ترى أنه ليس بمأمور بدخوله للصلاة معهم وإذا لم يقع إقامتهم له كره أن يصلي بغير إقامة قال أصحابنا
إذا أذن رجل وأقام آخر فلا بأس به وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال أكره أن يؤذن واحد ويقيم آخر فإن فعل
ذلك أجزأهم عن الأذان وهو قول مالك والثوري والشافعي وقد روي عن عبد العزيز بن رفيع قال رأيت أبا محذورة جاء وقد أذن
غيره فأقام هو وعن علي رضي الله عنه لا بأس بأذان الرجل والصلاة بإقامة غيره ومثله عن عائشة وعن أبي حنيفة لا يقيم إلا من أذن
لنا حديث عبد الله بن زيد أنه حين أري الأذان أمر النبي عليه السلام بلالا فأذن وأمر عبد الله بن زيد فأقام ولأن الأذان والإقامة
ينفرد أحدهما عن الآخر بدلالة أن العصر يوم عرفة يقام لها ولا يؤذن فجاز أن يتولاهما اثنان كالصلاة والأذان ولأن المقصود
منهما الإعلام واجتماع الناس وهذا المعنى موجود في فعل الاثنين وجه الرواية الأخرى ما روى زياد بن الحارث الصدائي
أن رسول الله صلى الله عليه قال إن أخا صداء قد أذن ومن أذن فهو يقيم وهذا الخبر رواه الثوري وقال فيه إن أخا صداء
هو الذي أذن قال الثوري وكان يقال من أذن فهو يقيم فهذه الزيادة من قول الثوري قال أصحابنا إن مسجد
الجماعة إذا أذن فيه وصلوا لم يجز لغيرهم أن يؤذنوا فيه ويعيدوا الجماعة ولكن يصلونه وحدانًا وإن كان مسجدًا على طريق فلا بأس
أن يؤذن قوافله ويقيموا مرة بعد مرة والأصل في المنع من الإعادة ما روى خالد الحذاء عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه أن رسول الله
صلى الله عليه أقبل من بعض نواحي المدينة يريد الصلاة فوجد الناس قد صلوا فمال إلى منزله فجمع أهله وصلى بهم فلو جاز إعادة
الجماعة لفعلها ولأن المسجد إذا كان له إمام راتب ومؤذن ففي فعل غيره للصلاة إسقاط حق تخصيصه بالمسجد فلا يجوز ولأنه
لا يجوز أن يفعل فيه الجماعة في حالة واحدة في موضعين لما يؤدي إلى إبطال تخصيص الإمام وهذا المعنى موجود في جماعة بعد
جماعة والذي روي أن رسول الله رأى رجلا يصلي في المسجد فقال ألا من يقوم فيتصدق على هذا فإن خبرنا يفيد المنع فهو أولى
وأما المسجد الذي ليس له إمام راتب فليس له من يختص بإقامة الجماعة فيه فصار الأول والآخر سواء قال الحاكم قول أبي يوسف
إذا أخرجه لم نر بأسًا أن يصلي في المسجد مرة أخرى إذا لم يقم الإمام في موضع الإمام ولكن يصلي في ناحية المسجد وذلك
لأن هذا لا يبطل تخصيص الإمام به قال أصحابنا إن المؤذن ينبغي أن يفصل بين الأذان والإقامة بقعدة إلا
في صلاة المغرب في قول أبي حنيفة فإنه لا يفصل بينهما بجلسة وقال أبو يوسف ومحمد يجلس بينهما جلسة خفيفة
وقال محمد في الأصل أحب إلي أن يفصل بينهما ولا يقعد ولم يذكر الكراهة وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة
أنه كان يكره القعدة بينهما وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة قال وينبغي للمؤذن إذا أذن لصلاة المغرب أن يجلس بين
أذان المغرب وبين إقامته قدر ما يقرأ الإنسان فيه ثلاث آيات وينبغي للمؤذن إذا أذن لصلاة الفجر أن يجلس قدر ما يقرأ
القارئ عشرين آية ثم يثوب قال وإن صلى ركعتي الفجر بين الأذان والتثويب فحسن قال وفي الظهر يصلي بين الأذان والإقامة
أربع ركعات يقرأ في كل ركعة نحوًا من عشر آيات وبين أذان العصر وبين إقامته ركعتين في كل ركعة نحوًا من عشر آيات وبين
أذان العشاء وإقامته مثل الظهر وإن لم يصل فليجلس قدر ذلك وجه قول أبي حنيفة أن القعدة إن كانت بمقدار
القيام فبقاؤه على هذه الحالة أولى لأنه مستقبل القبلة متأهب للصلاة وإن زادت على ذلك لم يجز لأنه يؤدي إلى تأخير
المغرب ولأنه لو جاز الفصل بينهما بقعدة جاز الفصل بينهما كسائر الصلوات وقد حكي عن الشافعي جواز التنفل بينهما
وهذا مخالف لما روي أن النبي عليه السلام قال بين كل أذانين صلاة إلا المغرب ولأن التنفل بينهما يؤدي إلى تأخير المغرب وذلك
لا يجوز وأما سائر الصلوات فقد روى مجاهد عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه للمؤذن بين الأذان والإقامة سكتة وروى
مغيرة عن عامر قال علم عبد الله بن زيد الأذان والإقامة في النوم فقيل له اجعل بين الأذان والإقامة قدر ما [illegible]
الناس وعن عمر أنه قال لمؤذنه إنك في أرض حارة فأبرد ثم أبرد ثم ناد بالصلوات ثم ثوب إذا [illegible] وروي أنه قال
[illegible] إذا أذنت الأولى من صلاة الظهر فأمهل قدر ما يقوم الرجل من أقصى المدينة فيتوضأ ويغتسل غير عجل
ثم يلبس ثيابه ثم يقبل إلى المسجد يمشي على هيئته ثم يركع أربع ركعات غير عجل ثم أقم الصلاة ولم يذكر أبو الحسن
الأذان للفوائت وقد قال محمد في الأصل في القوم تفوتهم الظهر فلا بأس أن يؤذنوا ويقيموا ويؤمهم ولو كان ذلك

في ظهر وعصر فاذن مؤذنهم واقام فصلوا الظهر ثم ان مؤذنهم اذن ايضا واقام فصلوا العصر في جماعة احداهم ومثله عن ابي مالك
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة فيمن فاتته صلوة حتى خرج وقتها فانه يؤذن ويقيم ويصلي وان ترك الاذان والاقامة فلا باس
وان فاتت صلوات او صلاة ثانية لجماعة من الناس حتى خرج الوقت واجتمعوا فانهم يؤذنون ويقيمون لكل صلوة وان اجتزوا بالاقامة
اجزتهم الاقامة قال الحسن قال ابو حنيفة وكل صلوة نسيها ثم تذكرها فان عليه ان يؤذن لها ويقيم ان كان في
سفر وان كان في حضر فليس عليه ذلك فجعل الفائتة كالاصل وقال محمد في الاملاء اذا فاتت صلوات فانه صلاهن باقامة
كما فعل رسول الله صلى الله عليه يوم الخندق فحسن وان اذن لكل واحدة فحسن وقال محمد في الاثار لو صلى بغير اذان واقامة
اجزى وهو الفضل وان اقام لكل صلوة ولم يؤذن فهو افضل من ترك الاقامة وقال ابو يوسف في الاملاء ان تركهما جاز
واحب الي ان يكون باذان واقامة وقال الثوري ليس في الفوائت اذان ولا اقامة وقال مالك اقامة اقامة وقال
الشافعي في الجديد يقام فحسب وقال في الاملاء ان امل اجتماع الناس اذن وقال في القديم يؤذن اما الفائتة واحدة
فالسنة ان يؤذن لها ويقيم لما روي الحسن عن عمران بن الحصين في قصة الوادي الى قوله وامر بلالا فاذن فصلينا ركعتين
ثم امره فاقام فصلى الغداة ولانه ذكر مسنون يتعلق بالصلوة في وقتها فيتعلق بها بعد فواتها كالتسبيحات
واما اذا فاتته الصلوات اذن للاولى واقام وهو مخير في الثانية ان شا اذن واقام وان شا اقتصر على الاقامة
وقد روى ابو عبيدة عن عبد الله ان المشركين شغلوا رسول الله صلى الله عليه عن اربع صلوات حتى ذهب من الليل ما شا الله
فامر بلالا فاذن ثم اقام وصلى الظهر ثم اقام وصلى العصر فذكر اقامة اقامة لكل صلوة وروى ابو عبد الرحمن السلمي عن
ابن مسعود ان النبي عليه السلم امر بلالا فاذن ثم اقام فصلى الظهر واذن واقام فصلى العصر واذن واقام فصلى المغرب
واذن واقام فصلى العشا وقد روى الخدري في هذه القصة انه عليه السلم دعا بلالا فامره فاقام الظهر فصلى
ثم امره فاقام العصر والزيادة من الاخبار اولى ولان قوله فاقام يجوز ان معناه اذن واقام لانه قال ثم اقام العشا
وهي صلوة مفعولة في وقتها فلا بد من ان يكون لها اذان واقامة ۵ ولم يذكر ابو الحسن رحمه الله التثويب وقال محمد في
الاصل ولا يثوب في شي من الصلوات الا الفجر وقال الشافعي في الجديد لا احب التثويب في الصبح ولا في غيرها لنا
ما روي الحكم عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن بلال ان النبي عليه السلم قال له يا بلال ثوب في الفجر ولا تثوب في العشا وروى زيد
بن اسلم ان بلالا اتى النبي عليه السلم ليؤذنه بالصلوة فوجده نائما فقال الصلوة خير من النوم فقال النبي عليه السلم ما احسن هذا
اجعله في اذانك وقال عطا كان ابو محذورة مؤذن رسول الله صلى الله عليه [illegible] فكان لا يؤذن حتى يطلع الفجر ولا
يثوب الا في صلوة الصبح وروى ابو بكر بن عياش عن عبد العزيز بن رفيع قال سمعت ابا محذورة يقول كنت غلاما
فاذنت عند رسول الله [illegible] فلما انتهيت الى حي على الفلاح قال الحق فيه الصلوة خير من النوم وروى عطا عن
ابي محذورة انه اذن لرسول الله صلى الله عليه ولابي بكر ولعمر فكان يختم اذانه بلا اله الا الله وكان لا يثوب الا في صلوة الفجر
وروى ابن سيرين عن انس بن مالك قال كان التثويب على عهد رسول الله الصلوة خير من النوم وروى الزهري عن ابن
المسيب قال جا بلال الى النبي عليه السلم ليؤذنه بالصلوة فقيل هو نائم فقال الصلوة خير من النوم فاقرت في تاذين
الفجر قلت [illegible] على ذلك وعن ابي الاسود ان ابا امامة بن سهل بن حنيف اخبره ان عمر [illegible] سمع بلالا يقول
في الصبح حي على الفلاح الصلوة خير من النوم فلم [illegible] وعن سويد بن غفلة قال [illegible] بلالا [illegible] فكان
لا يؤذن حتى يطلع الفجر ولا يثوب الا في الصبح وهذه اخبار مستفيضة في التثويب فلا يجوز مخالفتها ولان هذه
الصلوة تقع في حال نوم وغفلة فجاز ان تختص بزيادة اعلام ۵ ولا يثوب في العشا وقال الحسن بن حي يثوب لنا
حديث بلال ان النبي عليه السلم قال له ثوب في الفجر ولا تثوب في العشا وروي نهاني رسول الله ان اثوب في العشا ولان
هذه الصلوة لا تقع في حال نوم وغفلة فسائر الصلوات ۵ واما صفة التثويب فقد روى بشر عن ابي يوسف انه سال
ابا حنيفة عن التثويب فقال حدثنا حماد عن ابرهيم ان التثويب الاول في صلوة الصبح ولم يكن في غيرها وكان الصلوة
خير من النوم فاحدث الناس حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين قال ابرهيم وهو حسن وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف
وعن ابي يوسف انه لا باس بذلك في سائر الصلوات ويقول معه الصلوة رحمك الله وذكر في الجامع الصغير عن ابي حنيفة
انه قال الذي يثوب الناس بين الاذان والاقامة حي على الصلوة مرتين حسن وروى المعلى عن ابي يوسف انه قال
التثويب الثاني احب الي من ان يقول الصلوة خير من النوم وروى مثله عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا باس ان يقال
للامير السلام عليك ايها الامير ورحمة الله حي على الصلوة ۵ اما التثويب الاول فقد ذكرنا ما روي فيه من الاخبار
واما التثويب الثاني فقد ذكر الواقدي عن موسى بن محمد بن ابرهيم بن الحرث التيمي عن ابيه قال كان بلال اذا اذن الاذان
الاول اتى رسول الله صلى الله عليه فوقف على الباب وقال الصلوة يا رسول الله حي على الصلوة حي على الفلاح وذكر ابو يوسف
عن كامل بن العلا السعدي قال كان بلال اذا اذن اتى رسول الله صلى الله عليه [illegible] السلام عليكم والحي على الصلوة حي على الفلاح
رحمك الله وروى زهير عن عمران بن مسلم قال ارسلني سويد الى مؤذننا لا علمه او يعلمني الاذان قال فقل له
لا يثوب الا في صلوة الفجر واذا فرغ من الاذان فليقل الصلوة خير من النوم واذا كان قبيل الاقامة فليقل حي على
الصلوة حي على الصلوة حي على الفلاح حي على الفلاح ويختم الاذان بلا اله الا الله فانه اذان بلال وسويد بن غفلة
علمه الاذان كما ذكرنا فدل ذلك على وجوده في زمن الصحابة والتابعين وراى العلما احداث التثويب الثاني وقد قال
عليه السلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن [illegible] التثويب عبارة عن الرجوع الى الشي بعد ما [illegible] فلان

اي حي على الفلاح والصلوة موجودة ايضا في الاذان فكان التثويب هو الرجوع الى ما هو موجود فيما تقدم فهو اولى والحق
بالاسم ۵ اما الكلام في موضع التثويب فقد ذكر في الاصل ان التثويب الاول بعد الاذان الصلوة خير من النوم
وهذا يقتضي انه لا يفعل في نفس الاذان وذكر في الاثار عن ابرهيم انه سئل عن التثويب فقال هو ما احدثه الناس
وان تثويبهم الاول كان حين يفرغ المؤذن من اذانه الصلوة خير من النوم قال محمد وبه ناخذ وهو قول ابي حنيفة
وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال ينبغي ان يكون التثويب في الفجر بعد ما يفرغ من الاذان قدر ما يقرا الانسان
عشرين اية ثم يثوب فيقول حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين مرتين وابن سماعة عن ابي يوسف في التثويب بعد
الاذان بساعة وفي الجامع الصغير بين الاذان والاقامة قال الحسن بن زياد وان صلوا ركعتي الفجر فلا باس [illegible]
والتثويب فلا باس وهو قول ابي حنيفة قال ويثوب وهو قائم كما يؤذن في قول ابي حنيفة وابي يوسف
قال الحسن في كتاب الصلوة قال ابو حنيفة التثويب اذا فرغ من الاذان قال الله اكبر الله اكبر قال الصلوة خير من النوم
مرتين وقال ابو يوسف في الجوامع التثويب بين الاذان والاقامة لا يجعله في صلب الاذان وذكر الطحاوي في التثويب
الاول انه يقوله في نفس الاذان وذكر ابن شجاع عن ابي حنيفة ان التثويب الاول يقوله في نفس الاذان والثاني
ما بين الاذان والاقامة وجه الرواية التي تجعل التثويب الاول بعد الاذان ما روى ابو يوسف عن ابي محذورة
قال كان التثويب مع الاذان الصلوة خير من النوم مرتين ولانه اذا كان بعد الاذان فهو ابلغ في الاعلام والخبر
الذي يقتضي انه جعل ذلك في اذان الفجر معناه انه خص بالتثويب واما رواية ابي الحسن في اعتباره مقدار عشرين اية
فقد قال ابن شجاع وينبغي للمؤذن في صلوة الفجر ان يجلس قدر ما يقرا القاري عشرين اية ثم يثوب ۵ وقد
قالوا فيمن فاتته الجمعة صلى الظهر فرادى بغير اذان ولا اقامة وكذلك اهل السجن والنسا والعبيد والمرضى
والمسافرون لان الناس في سائر الاعصار اتفقوا على ترك الاذان يوم الجمعة في مساجدهم فلا يخلو [illegible] ان
يكون فيهم من لا جمعة عليه فلو جاز الاذان لفعلوه ولان الظهر في هذا الوقت يكره فعلها بجماعة فلا يؤذن لها كالنوافل

باب التحري في استقبال القبلة

قال الشيخ رحمه الله ۵ الفرض على المصلي
استقبال القبلة واصابة عينها اذا قدر عليها والتوجه اذا لم يقدر [illegible] ان التوجه من شرايط الصلوة
قال الله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره وقد كانت الصلوة بمكة فرضت
الى بيت المقدس فكان رسول الله صلى الله عليه يجعل الكعبة بينه وبين بيت المقدس ويصلي فلما هاجر الى المدينة انتظر
الى نزول استقبال الكعبة وكان يحب ان يولى قبلته لانها قبلة ابيه ابرهيم فسال جبريل ان يسال الله تعالى
فيجعل قبلته الكعبة فكان يصلي الى بيت المقدس وينتظر نزول جبريل فنزل بقوله قد نرى تقلب وجهك في السما الاية
واتفق الشيخان ابو الحسن وابو بكر الرازي ان فرض القبلة لمن غاب عن الكعبة الجهة وكان شيخنا ابو عبد الله
يقول فرضه العين واما المشاهد للكعبة ففرضه عينها بالاجماع لقوله تعالى فول وجهك ولانه قادر على
التوجه اليها ۵ واما الغائب فوجه قول ابي الحسن انه غير قادر على اصابة العين والغيبة فرضه ما قدر
عليه ۵ ووجه قول ابي عبد الله قوله تعالى فول وجهك ولم يفصل ولان الاستقبال لحرمة البقعة
وهذا موجود في العين دون الجهة ولان الفرض لو كان الجهة لكان اذا اجتهد فاخطا ان يلزمه الاعادة
لانه انتقل من اجتهاد الى يقين فلما لم يلزمه الاعادة دل على ان فرضه العين وقد انتقل من اجتهاد الى اجتهاد
قال فان اشتبهت الجهة عليه تحرى والاصل في جواز التحري في القبلة ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه اجتهدوا
فاخطاوا ولم ينكر النبي عليه السلم عليهم ونزل قوله تعالى ولله المشرق والمغرب الاية ولان الامة اجمعت على جواز
الاجتهاد في القبلة وجعلوه اصلا للاجتهاد في الاحكام ۵ واما اذا اجتهد فصلى الى بعض الجهات ثم تبين انه
اخطا بعد الفراغ من صلوته فلا اعادة عليه ويستوي في ذلك ان يكون صلى الى يمين القبلة او يسارها او عكسها
وقال الشافعي عليه الاعادة لنا حديث عبد الله بن عامر قال كنا مع اصحاب رسول الله صلى الله عليه في ليلة مظلمة
فاشتبهت علينا القبلة فصلى كل منا الى جهة وخط بين يديه خطا فلما اصبحنا وجدنا تلك الخطوط لغير القبلة
فذكرنا ذلك للنبي عليه السلم فقال تمت صلوتكم ويروى انه قال لا اعادة عليكم ولانها جهة جازت الصلوة اليها لعذر
فاذا زال العذر بعد الفراغ منها لم يجب عليه الاعادة كالخايف ۵ واما اذا اجتهد بمكة فبان خطاوه فقد
كان ابو بكر الرازي يقول يعيد لانه انتقل من اجتهاد الى يقين وكذلك يجب ان يكون بالمدينة لان قبلتها
معلومة بفعل النبي عليه السلم بذلك [illegible] فمن بان له الخطا فيه انه لا اعادة عليه
وهو القياس واما ان استبان الخطا وهو في الصلوة اعاد لان فرضه تعين حين علم بالقبلة فكان عليه التوجه
في الصلوة اليها لما روي ان اهل قبا بلغهم نسخ القبلة وهم في صلوة الفجر فاستداروا اليها ۵ وقد قالوا فيمن
كان بحضرته من يسال عن القبلة لم يجز له ان يجتهد لانه يقدر على الوصول الى الحكم بالخبر فلم يجز الاجتهاد كالحاكم
اذا اجتهد مع النص ۵ قال ابو الحسن ولزمه الاعادة اذا علم انه اخطا لانه ترك الفرض مع القدرة عليه وقد قال
ابو حنيفة ومحمد فيمن ادى اجتهاده الى جهة فصلى الى غيرها فصلاته فاسدة وان علم انه اصاب القبلة
وقال ابو يوسف صلوته جايزة اذا اصاب القبلة وجه قولهما انه ترك فرضا كان لزمه عند الافتتاح فصار كمن
ترك النية او الوضو ووجه قول ابي يوسف ان المقصود بالاجتهاد اصابة الجهة من القبلة وقد حصله فصار

لمن يتحرى في اماكن فتوى في الظاهر بغير اجتهاد وهو لا يعلم وهذا على هذا الخلاف اذا ترك الجهة بحضرة فاما باب القبلة يجب ان
لا تجوز صلوته لانه ترك فرضا من فروضها ٥ ولا تجزئ ان تترك التوجه الى الجهة مع العلم بها الا عند الخوف بالله نفسه
وسواء كان الخوف عدوا او سبعا او قطاع طريق او كان على خشبة في البحر يخاف ان انحرف الى القبلة ان تغرق او المريض
لا يجد من يحوله الى القبلة وذلك لان شرايط الصلوة تسقط بخوف الضرر كالوضوء والركوع والسجود ٥

باب افتتاح الصلوة

قال الشيخ رحمه الله الدخول في الصلوة لا يجوز الا بذكر مع القدرة عليه
وعن ابن علية والاصم انه يدخل فيها بمجرد النية لنا قوله عليه السلم وتحريمها التكبير وفي حديث الاعرابي لا يقبل الله صلوة امرء
حتى يضع الطهور مواضعه ثم يقول الله اكبر ولان الصلوة تشتمل على افعال واذكار فاذا كان في الافعال ما هو واجب
كذلك في الاذكار وحكي عن الحسن وعطا فيمن نسي التكبير ان تكبيرة الركوع تقوم مقامها وهذا فاسد لان القيام فرض
فلا يجوز ان يتاخر عنه التكبير كالركوع ولان هذه التكبيرة ليست بشرط فلا تنوب مناب ما هو شرط ٥ وكان ابو الحسن رحمه الله
يقول ان التكبيرة ليست من الصلوة وانما تقع بها الدخول في الصلوة عقيبها وقال الشافعي هي من الصلوة لنا قوله عليه السلم تحريمها
التكبير وهذا يقتضي تاخرها عنه ولانه لا تخلو اما ان تكون احد اجزاء الصلوة او لا جزء منها فيكون اخلالا بغير ذكر او اخلالا
بالفراغ من التكبير وهو قولنا او تكون حوله مراعي فاذا تم التكبير صار داخلا اوله وهذا لا يصح لان ما ليس بصلوة لا ينقلب
حتى يصير صلوة ولانه ذكر لا يتادى فيه جزء من اجزاء الصلوة فلم يكن منها كالخطبة والاقامة ٥ واما صفة الذكر الذي يدخل
به في الصلوة فقد قال ابو حنيفة ومحمد يدخل في الصلوة بكل ذكر يقصد به تعظيم الله تعالى مثل قوله الله اكبر والله اجل واعظم
والحمد لله ولا اله الا الله وسبحان الله ويجوز باي اسمائه سمى كقوله الرحمن الرحيم وقال ابو يوسف لا يدخل فيها الا بالله اكبر
والكبير والاكبر وقال مالك لا يجوز الا بالله اكبر وقال الشافعي يجوز بالاكبر والاكبر لنا قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى ولم يفصل
ولانه ذكر يقصد به تعظيم الله تعالى كالتكبير ولانه ذكر اسما من اسماء الله تعالى على جهة التعظيم كقوله الله اكبر وجه
قول ابي يوسف قوله عليه السلم وتحريمها التكبير وقوله للاعرابي ثم يكبر ٥ ولو افتتح الصلوة بالدعاء مثل قوله اللهم اغفر لي
لم تجز صلوته لانه ليس بتعظيم لله خالص وانما تعقد بهذا الطلب والمسئلة ٥ واما اذا ذكر الاسم من غير صفة فقال
الله او الرحمن صح دخوله فيها في رواية الحسن وظاهر كلام محمد في الاصل يقتضي ان الصفة شرط لانه قال اذا قال الله اكبر
او اجل او اعظم جاز ووجه ذلك ان التعظيم لا يقوم بمجرد الاسم حتى ينضم اليه الصفة والمقصود من الاسم التعظيم
وجه رواية الحسن ان الاسم فيه ضرب من التعظيم لانه ماخوذ من التاله فلم يحتج مع قوله الله الى الصفة ٥
وذكر ابن شجاع في المجرد عن ابي حنيفة قال اكره ان تفتتح الصلوة الا بقوله الله اكبر وذلك لان النبي عليه السلم دخل بلفظ
التكبير وداوم عليه واقل احوال المداومة ان تفيد الفضيلة ٥ واما الدخول بلفظ العربية فيجوز عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا يجوز اذا كان يحسن العربية لابي حنيفة قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى ولانه ذكر تقع به الدخول في
العبادة كالتلبية ولانه ذكر اجنبي فلا يختص بالعربية كالتسمية على الذبيحة لهما قوله عليه السلم مكبرا واما اذا لم يحسن العربية
جاز بلا خلاف لان هذا اعذر قال الاعذار لها تاثير في اسقاط الواجبات ٥ وقد روى الحسن عن ابي حنيفة ان المؤتم اذا كبر
مع الامام جاز وكذلك الذي [illegible] ابن رستم عن محمد وهو قول زفر وقال ابو يوسف لا يكبر الا بعد تكبير الامام وجه
قول ابي حنيفة انه ركن من اركان الصلوة فجاز للمؤتم مشاركة الامام فيه كالسجود والركوع وجه قول ابي يوسف
قوله عليه السلم فاذا كبر فكبروا والفا للتعقيب ولانه دخل فيها قبل دخول الامام فصار كالمسبوق وروى خلف بن
ايوب عن ابي يوسف قال ان مد الامام التكبير وحذف رجل خلفه ففرغ منه قبل ان يفرغ الامام قال تعيد اذا كبر
ولا يجزيه التحريم وهذا يقتضي انه اذا مد حتى فرغ مع الامام اجزاه وقال الحسن في [illegible] مسائل حكاها عن ابي حنيفة
فان افتتح المؤتم بقول الله تعالى قبل ان يقول الامام ذلك لم يكن داخلا مع الامام ٥ والنية شرط في جواز الصلوة لانها
من العبادات المقصودة كالايمان وروى ابو هريرة ان النبي عليه السلم قال ان الله لا ينظر الى صوركم واموالكم انما ينظر
الى قلوبكم واعمالكم ٥ واما محل النية فقد ذكر ابو الحسن انه يكتبها ناويا للصلوة التي يدخل فيها وذكر الطحاوي انه
يكبر تكبيرة مخالطة لنيته اياها وهذا ليس على طريق الشرط لانه يجوز تقديم النية على التحريمة وقد ذكر ابن مقاتل
عن ابي يوسف فيمن خرج من منزله يريد صلوة الظهر او صلوة من الصلوات الفرايض ليصليها مع الامام في جماعة
فانتهى الى الامام ودخل معه في صلوته تلك ولم يحضره النية في تلك الساعة انها تلك الصلوة التي قصد من منزله لها
وتجزيه منها قال لا اعلم احدا من علمائنا خالف ابا يوسف في ذلك وذكر ابن شجاع في نوادره مثل ذلك وقد حكي عن
الشافعي ان تقديم النية لا يجوز لنا قوله عليه السلم الاعمال بالنيات ولم يفصل ولانها عبادة فجاز تقديم النية عليها
كالصوم وليس هذا كما لو قطع النية عن الافتتاح بعمل لان ذلك لا تدعو الحاجة اليه والتقديم يجوز منه مقدار ما
تدعو اليه الحاجة ولهذا لما احتيج في نية الصوم الى التقديم على وجه ينقطع عن طلوع الفجر جوز ذلك ٥ والنية
على ضربين فان كانت الصلوة فرضا او كانت في الذمة فلا بد من تعيينها بالنية وذلك لان الفعل يصلح ان يقع للفرض ويصلح
ان يكون عن غيره فلم يختص باحد الامرين الا بالنية وحكي عن الشافعي انه يحتاج مع نية التعيين الى نية الفرض وهذا لا
يصح لان في نية الظهر نية الفرض لان صلوة الظهر لا تكون الا فرضا فصار كمعتق [illegible] اذا لم ينو انه واجب
يجوز ٥ واما اذا كانت الصلوة نافلة فلا يحتاج الى اكثر من نية الصلوة لانه ليس لها صفة زايدة على [illegible] صلوة
حتى يحتاج الى تبيينها وانما اشترط النية حتى يصير الفعل قربة وهذا يكفي فيه نية الصلوة ٥ قال ويرفع يديه بالتكبير حذو

اذنيه لما [illegible] وهو سنة وبه قال الثوري وابن ابي ليلى والشافعي وقال ابو القسم رفع اليدين ضعيف في كل شي عند مالك
والاصل في ذلك ما روي في حديث ابي حميد الساعدي انه كان في عشرة رهط من اصحاب رسول الله فقال لهم انا اعلمكم عن
صلوة رسول الله صلى الله عليه فقالوا هات قال رايته اذا كبر عند فاتحة الصلوة رفع يديه وروى الرفع مالك بن الحويرث
ووايل بن حجر وانس وعايشة وابن الزبير وهو اتفاق السلف وروى نافع عن ابن عمر انه كان اذا راى رجلا يصلي ولا يرفع
يديه حذو منكبيه حصبه وقال الاسود كان عمر يرفع يديه في صلوته ٥ وهذا الرفع عندنا ليس بواجب لان النبي عليه السلم
قال للاعرابي ثم يكبر ولم يامره برفع اليدين ولانه رفع لاجل الذكر فصار كالرفع في تكبيرات العيدين ليس بواجب ٥
وصفة الرفع ان يرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمة اذنيه وهو قول الاشعري وقال ابو ميسرة كان اصحابنا اذا
استفتحوا الصلوة رفعوا ايديهم الى اذانهم وروي عن ابن عمر الرفع الى المنكبين وكذلك عن عمر وابي هريرة لنا حديث
عاصم بن كليب عن ابيه عن وايل بن حجر قال كان النبي عليه السلم يرفع يديه حتى يحاذي باذنيه ويروى قريبا من اذنيه ويروى كان
يرفع يديه عند شحمة اذنيه وكذلك روى ابو مسعود الانصاري وروى مالك بن الحويرث فقال حتى يحاذي بهما فروع
اذنيه وروى البراء حذو اذنيه وقال انس كان رسول الله صلى الله عليه اذا كبر رفع يديه فحاذى اذنيه ولان ما تعلق بافتتاح
الصلوة فالمبالغة فيه اولى كرفع الصوت بالتكبير ولا يلزم مجاوزة الاذن لان الاولى يدخل بين شيئين جايزين والمجاوزة
لا تجوز ٥ وعن طاوس انه يرفع يديه حتى يخلف الراس وهذا غلط لحديث انس كان رسول الله صلى الله عليه اذا كبر رفع يديه فلم
يجاوز اذنيه وقال ان الشيطان يحب ان يخرج من الجنة رفع يديه فوق راسه ٥ واما قول ابي الحسن ويحذف التكبير
ولا يطوله فقد روى علي بن الجعد عن ابي يوسف قال سالت ابا حنيفة عن التكبير فقال احذف التكبير الله اكبر
واجزمه قال معلى وكان يعقوب وكذلك محمد اذا صلى بنا يعجبه لما روي عبد الرحمن بن ابزى قال صليت خلف
النبي عليه السلم فكان لا يتم التكبير وعن النخعي انهم كانوا يحذفون التكبير ولانه اذا طوله دخل في حيز الاستفهام
واما قول ابي الحسن يفعل ذلك قايما مستقبل القبلة اذا كان قادرا على القيام فان لم يقدر يكبر كما وصفت لك على
الحال التي يصلي عليها ولان القيام شرط في الصلوة حالة القدرة لقوله تعالى واذكروا الله قياما وقعودا وعلى جنوبكم
وهذه الاية نزلت في الصلوة وقال عليه السلم صل قايما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى جنب تومي ايماء
واما قوله على شرايط الطهارة التي وصفنا لك في نفسه وفيما يصلي عليه وفيه فلان طهارة البدن والثوب والمكان
شرط في الصلوة اما الثوب فلقوله تعالى وثيابك فطهر وقوله عليه السلم انما يغسل الثوب من المني والدم والبول ٥ واما
طهارة المكان فلنهيه عليه السلم عن الصلوة في المزبلة والمجزرة والمقبرة ٥ واما طهارة البدن فلان الاصل في
الطهارة تعلقها بالبدن بدلالة طهارة الحدث واذا تعلقت هذه الطهارة بغير البدن فتعلقها بالبدن اولى ٥
قال ويجوز ان يفتتح التطوع قاعدا وان كان قادرا على القيام حاضرا كان او مسافرا لحديث عايشة ان النبي عليه السلم
كان يفتتح الصلوة قاعدا فاذا بقي من القراءة قدر ثلثين اية قام فقرا او ركع فدل على [illegible] النفل قاعدا مع القدرة
على القيام ولان التطوع يفعل لاستحقاق الثواب والانسان يداوم على النافلة فلو شرط القيام في [illegible] غالب
حاله يجوز له القعود حتى لا تنقطع الصلوة ٥ واذا كان المصلي ماموما لم يصح له الدخول في صلوة الامام الا بما ذكرنا
وان ينوي مع ذلك الدخول في صلوة الامام اذا كانت مثل صلوته فان كانت غيرها لم يصح دخوله في صلوة الامام في
ذلك الا في وجه واحد ان تكون الماموم متطوعا والامام في فرض فيصح دخوله معه ٥ اما نيته الدخول في صلوة الامام
فلان صلوة الامام والمنفرد في [illegible] مختلفان بدليل وجوب القراءة في احدهما دون الاخرى فلا تتعين احد الفرضين الا بالنية
ولان الماموم يصح ان يصلي منفردا او مع الامام فلا يتعين احد الامرين الا بالنية ٥ فاما اختلاف الصلاتين فقول
صلوة جاز ان يؤديها بنية صلوة الامام كما لا يجوز ان يقتدي فيها بالامام كالمفترض خلف المفترض فرضا اخرا والمتطوع خلف المفترض
لان التطوع يؤدي بنية الفرض وهو ان يدخل في فرض يظن انه عليه ثم بان انه لا فرض عليه فيصير تطوعا ٥ وما لا يجوز ان يؤديه
بنية الامام لا يصح ان يقتدي فيه بالامام كالمفترض خلف مصلي فرض اخر والمفترض خلف متنفل ويجوز ان يقال كل صلاتين
لا يجوز ان يبنى احديهما على الاخرى في حق نفسه جاز ان يبنى احدهما على الاخرى في الجماعة كالنفل مع الفرض وكل صلوتين لا
يجوز ان يبنى احديهما على الاخرى في حق نفسه كذلك في حق غيره كالجمعة على الظهر ٥ وهذا يشتمل على مسئلتين احديهما
ان صلوة المتطوع خلف المفترض تجوز قال مالك لا تجوز لنا قوله لابي ذر كيف بك يا ابا ذر اذا كان امراء سوء يؤخرون
الصلوة عن مواقيتها قال الله ورسوله اعلم قال اذا كان ذلك كذلك فصل في بيتك ثم اجعل صلوتك معهم سبحة ولان هذه
الصلوة يجوز اداؤها بنية الفرض فجاز ان تقتدي فيها بمن يصلي بتلك النية كمصلي الظهر خلف مصلي ذلك الظهر ٥
والفصل الثاني ان المفترض لا يصلي خلف مفترض اخر عندنا وقال الشافعي يجوز وكذلك من يصلي الفرض خلف النفل لنا قوله عليه السلم
انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه ولان عزيمته لا تسقط بمثل نية امامه فاشبه المفترض خلف مصلي على جنازة ولانه
لا يبنيه من تحريمة نفسه فلا يبنيه من تحريمة امامه كالظهر مع الجمعة والذي روي ان معاذا كان يصلي مع رسول الله صلى الله عليه
[illegible] يقومه فانه كان يتنفل خلف رسول الله صلى الله عليه ولهذا قال له اما ان تخفف بهم والا فاجعل صلوتك معنا فدل على ان
[illegible] عليه السلم [illegible] لم ينكر [illegible] وقد قالوا في مصلي النذر خلف مصلي النذر ان اسباب الوجوب اذا اختلفت لم يجز
الاقتداء مثل النذرين من رجلين لا يقتدي احدهما بصاحبه وكذلك ان افسد صلوة دخل فيها ثم اقتدى برجل يصلي نافلة لم
يجزه وذلك لان اختلاف النذرين كاختلاف الفرضين ومن افسد ما دخل فيه وجب عليه فلم يجز ان يقتدي فيه بالمتنفل

ولو اشتركا في نافلة ثم افسداها فقضى احدهما بصاحبه حال القضاء جاز لانها صلوة واحدة وجبت من جهة واحدة ٥ وعلى هذا الاصل قالوا لا يصلي البالغ خلف الصبي لان احوال الصبي ان يكون متنفلا وصلوة المفترض لا تجوز خلف مصلي النفل ولان الصبي لا تصح منه اداء الفرض كالكافر ٥ قال ومن جاء والامام في حال ادركه فينبغي ان يدخل معه فيه لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وقال معاذ للنبي عليه السلام ما كنت لاجد لك على حال الا تابعتك عليها ٥ قال ويفتتح الصلوة قائما ويكبر اخرى للانحطاط اذا لم يكن الامام قائما اما الافتتاح فانه لا يحصل داخلا في الصلوة الا به فان كان الامام قائما فقد شاركه ولم يحتج الى تكبير اخرى وان لم يكن قائما فعليه ان يشارك الامام في الحالة التي هو عليها فينتقل من القيام الى تلك الحالة بتكبيرة كالمدرك لاول الصلوة ٥ قال ويشارك الامام في الفعل الذي ادركه فيه ويقول في ذلك الفعل من الذكر ما سن فيه من تسبيح او تشهد لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وهذا يفيد الامر بالمشاركة واذا شاركه في الفعل اتى بالذكر الموضوع فيه كالمدرك ٥ قال وان كان فعلا لا ذكر فيه لم يذكر شيئا مثل ان يدركه في السجدتين او بعد رفع راسه من الركوع وذلك لانه لو كان مدركا لما بين في هذه الحالة لم يذكر فالمسبوق مثله ٥ قال الا انه لا يزيد في التشهد الاول على قوله وان محمدا عبده ورسوله ويؤخر الدعاء الى اخر التشهد الذي يكون منه وذلك لان من حكم الدعاء ان يؤخر الى القعدة الاخيرة وهو القعدة الاولى لهذا الموتم فلا يدعو فيها ٥ قال الشيخ وكان شيخنا ابو عبد الله يقول لا اعرف هذه المسئلة الا في هذا الموضع ويجوز ان يقال خلاف ذلك لان المنع من الدعاء في القعدة الاولى لاجل ان المأموم وغيره مأمور بفعل فرائض الصلوة فالاشتغال بالفرض اولى من التشاغل بالدعاء ٥ واما هذا فممنوع من القيام الى تتميم الصلوة حتى يفرغ الامام فجاز له الدعاء ٥ وكان شيخنا ابو بكر الخوارزمي يحكي عن ابن شجاع انه يكرر التشهد هذا المقتدي [illegible] حتى يسلم الامام لانه ممنوع من الزيادة عليه فيكرره ٥

باب ما يفعله المصلي في صلوته بعد الافتتاح

قال الشيخ رحمه الله واذا افتتح المصلي الصلوة على ما ذكرنا وضع يمينه على يساره اسفل السرة روي ذلك عن علي وابن عباس وابراهيم وقال مالك يرسلهما روى ابو حنيفة عن علي رضي الله عنه انه قال من السنة وضع اليد على الايدي في الصلوة وعن ابن الزبير والنخعي والحسن انهم كانوا يرسلون ايديهم وقال الاوزاعي ان شاء فعل وان شاء ترك لنا ما روى سماك بن حرب عن قبيصة بن الهلب عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله عليه يضع احدى يديه على الاخرى في صلوته وروى عطا عن ابن عباس قال قال نبي الله انا معاشر الانبياء امرنا ان نقبض بايماننا على شمائلنا في الصلوة وروى وايل بن حجر وغيره مثل ذلك ولانه اشبه بالخشوع وهو فعل المسلمين بين يدي الاعاظم ٥ واما صفة الوضع فقد ذكر في كتاب الاثار انه يضع بطن كفه اليمنى على رسغه الايسر تحت السرة ويكون الرسغ وسط الكف اما صفة الوضع فقد روى وايل بن حجر ان رسول الله صلى الله عليه وضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى والرسغ والساعد وروى انس عنه صلى الله عليه مثله وعن علي انه كان اذا قام في الصلوة وضع يمينه على رسغه فلا يزال كذلك حتى يركع متى ما ركع الا ان يصلح ثوبه او يحك جسده واما موضع الوضع لما روى النعمان بن سعد عن علي انه من اخلاق الانبياء وضع الاكف تحت السرة وهذا لا يعرف الا من طريق التوقيف ومثله عن ابي هريرة ولا مخالف لهما من الصحابة وبه قال النخعي وابن سيرين وعن عطا ونافع والشعبي يضع يده عند صدره وهو قول الشافعي ولنا ما ذكرنا دليل عليه ولان هذا اقرب الى ستر العورة وابعد من فعل اهل الكتاب ٥ ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك سواء كان اماما او ماموما وقال ابو يوسف يجمع بين هذا وبين قوله وجهت وجهي ويقدم ايهما شاء في الاملاء من الصلوة واحب الي ان يبتدئ بعد الافتتاح وجهت وجهي وروى علقمة والاسود عن ابن مسعود مثله وروى عمرو بن ميمون عن عمر انه صلى بذي الحليفة فلما كبر قال سبحانك اللهم الى اخره وعن ابي بكر رضي الله عنه مثله وبه قال الثوري والاوزاعي وقال مالك في الموتم كذلك فاما الامام فيجب ان يقرا وقال الشافعي يفتتح بوجهت وجهي وجه قولنا ما روي عن عمر وابن مسعود وعايشة والخدري وجابر وانس وغيرهم قالوا كان رسول الله صلى الله عليه اذا افتتح الصلوة قال سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره ولانه ركن ليس مدركا للركعة فكان من سننه التسبيح وجه قول ابي يوسف حدثنا محمد بن المنكدر عن عبد الله بن عمر قال كان النبي عليه السلام اذا استفتح الصلوة قال وجهت وجهي الى اخره وزاد فيه ان صلوتي ونسكي الى اخر الاية ولانه روي عن النبي عليه السلام الامرين فكان الجمع بينهما اولى والجواب اما فرق مالك بين الامام والموتم ففاسد لانه استفتاح للصلوة فاستوى فيه الامام والموتم وليس كذلك التعوذ لانه استفتاح للقراءة فلا يثبت في حق الموتم اذ لا قراءة عليه ٥ ويتعوذ ان كان اماما او مصليا وحده ولا يتعوذ الموتم لانه لا قراءة عليه لما روى الحسن ان النبي عليه السلام كان اذا افتتح الصلوة كبر ثم قال اللهم اني اعوذ بك من الشيطان الرجيم وروى قتادة ان ابا الدرداء قام الى الصلوة فقال له رسول الله تعوذ بالله من شياطين الانس والجن فقال يا رسول الله وللانس شياطين قال نعم فدل على ثبوت التعوذ خلاف ما قال مالك ويدل على بطلان قول نفاة القياس انه التعوذ بعد الفراغ من القراءة ما روت عايشة ان النبي عليه السلام في قصة الافك فكشف الرداء عن وجهه وقال اعوذ بالسميع العليم من الشيطان الرجيم ان الذين جاؤا بالافك فتعوذ قبل القراءة ولا يصح تعلقهم بقوله تعالى فاذا قرات القران فاستعذ بالله لان الفاء تذكر ويراد بها الحال كقولنا اذا رايت الاسد فاهرب منه ولان المراد بها اذا اردت قراءة القران فاستعذ وقد دل على ذلك اجماع الامة وقد روي عن ابن سيرين الاستعاذة بعد الفاتحة وما ذكرناه يسقط قوله وروي عنه الاستعاذة في كل ركعة وهذا فاسد لان الصلوة كفعل واحد فيكتفى منها بتعوذ واحد ٥ قال ثم يقرا بسم الله الرحمن الرحيم وقال مالك لا يقرؤها لا سرا ولا جهرا وقال ان كان في قيام رمضان افتتح بها السورة ولا يقرأها في الفاتحة لنا ما روى شعبة حدثت انس قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وابي بكر وعمر فكانوا يسرون ببسم الله الرحمن الرحيم ولانها افتتاح للقراءة ولهذا ثبتت في المصحف فيبتدى بها كما يبتدى بها في سائر الامور والكلام

الكلام في الفاتحة

يقع اولا في ان البسملة من فاتحة الكتاب وقال معلى سالت محمدا عن بسم الله الرحمن الرحيم اهي من القران فقال ما بين الدفتين كله قران قلت فلم تسره فلم يجبني وكان ابو الحسن يقول لا اعرف هذه المسئلة عن متقدمي اصحابنا بعينها وامرهم باخفائها دليل على انها ليست من السورة لامتناع ان يجهر ببعض السورة دون بعض وقال الاوزاعي ما انزل الله في القران بسم الله الرحمن الرحيم الا في النمل وعن الحسن انه لم يجعلها من الفاتحة وقال لم يقراها رسول الله ولا ابو بكر ولا عمر [illegible] ويعد اياك نعبد اية واياك نستعين اية اخرى وكان الزهري يفتتح ببسم الله ويقول هي اية من القران تركها الناس وقال ابن المبارك من ترك التسمية فقد ترك مائة [illegible] اية من القران وقال الشافعي هي اية من اول كل سورة لنا ان اثباتها من السورة لا يجوز الا بنقل متواتر يثبت بمثله القران ولو ثبت ذلك النقل لوقع لنا به العلم فلما لم يقع العلم دل على ان النقل لم يوجد ولان القراء اتفقوا على ان سورة الكوثر ثلث ايات ولو كانت التسمية اية لعدوها اية وروى ابو هريرة ان النبي عليه السلام قال ان في القران سورة وهي ثلثون اية تشفع لصاحبها يوم القيامة الا وهي سورة الملك وتروى تنجيه من عذاب القبر دل على ما قلنا ٥ وكان ابو بكر الرازي يقول هي اية بين كل سورتين للفصل ليست واحدة منها لان ما بين الدفتين قران وهذا قول خالف الاجماع لان قول من قال انها من كل سورة خالف الاجماع ممن تقدم لانه لم يقل احد انها من جميع السور ٥ والسنة فيها الاخفاء وهو قول علي وعبد الله بن مسعود وابن المغفل وقال ابن عباس الجهر بها قراءة الاعراب يعني جهالهم وروي عن عمر وعمار وابن الزبير الاسرار بها وقال النخعي الجهر بها بدعة وقال الشافعي يجهر بها لنا حديث انس ان النبي عليه السلام وابا بكر وعمر وعثمان كانوا يستفتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين وروى عنه انه قال صليت خلف رسول الله وابي بكر وعمر وعثمان وعلي فلم اسمع احدا منهم يجهر ببسم الله وهذا حديث في الصحيح وروى ابو الجوزاء عن عايشة ان النبي عليه السلام كان يفتتح القراءة بالحمد لله رب العالمين وروى ابو حنيفة عن ابي سفيان عن عبد الله بن بريدة بن المغفل عن ابيه انه سمعه يجهر بالتسمية في صلوته فقال يا بني اياك والحدث في الاسلام صليت خلف النبي وابي بكر وعمر وعثمان فلم اسمع منهم احدا يجهر بها ولان الجهر بها لو صح لنقل نقل الجهر مع الفاتحة على وجه واحد نقلا واحدا فلما نقل الجهر بالفاتحة نقل استفاضة ولم ينقل الجهر ببسم الله الا نقل احاد دل على انها لم تكن ولو صح نقلهم كان على وجه التعليم او اسماعه نفسه عليه السلام ولانها افتتاح للاشيا فصارت كافتتاح الصلوة بسبحانك اللهم ٥ اما الكلام في تكرارها فروى معلى وابن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال لا يتعوذ الا في اول ركعة ويقرا بسم الله في كل ركعة واحب ذلك ولا تعد قراءتها في تلك الركعة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقراها في اول ركعة ولا يعيدها قبل السورة التي بعد الفاتحة وان قراها مع كل سورة فحسن وعن ابي يوسف انه يقراها في كل ركعة مرة وقال ابن ابي رجاء عن محمد ان كان يريد ان يقرا سورا قراها عند افتتاح كل سورة ان كان يخفي القراءة وان كان يجهر بها لم يقراها الا عند فاتحة الكتاب ٥ اما الرواية التي قال يقراها في كل ركعة فلحديث ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه يفتتح القراءة ببسم الله الرحمن الرحيم وهذا يتناول كل ركعة ولان كل ركعة تنفرد بقراءة والتسمية لافتتاح القراءة فلزمه تكرارها كالوجوب سببها ولا يكررها عند السورة لان القراءة في كل ركعة في حكم فعل واحد فمتى ذكر التسمية في ابتدائها فقد حصل المسنون كساير الافعال ووجه الرواية الاخرى ان الصلوة الواحدة كفعل واحد بدليل انه ما يؤثر فيه فساد اولها يؤثر في اخرها والفعل الواحد لا يستحق التسمية الا في ابتدائه مرة ووجه قول محمد ان التلاوة تقع على مثل ما كتب في المصحف والتسمية في المصحف عند كل سورة الا انه اذا كان يجهر لو قلنا يجهر بها لقطع نظم القراءة ومن حكم القراءة في الركعة الواحدة ان تتصل ٥ ثم يقرا الحمد وسورة في الفجر والجمعة وفي كل اوليين من كل فرض وهو مخير فيما بعد الاوليين ان شاء قرا وان شاء سبح وان شاء سكت والكلام في هذا الموضع يقع في وجوب القراءة في الصلوة في الجملة فعندنا انها واجبة وعند ابن علية والاصم لا تجب ودليلنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران وقوله عليه السلام لا صلوة الا بقراءة وبقران ولان الصلوة تشتمل على افعال واذكار ثم من الافعال ما هو واجب فكذا الاذكار ٥ واما الكلام في فاتحة الكتاب فعندنا لا تجب في الصلوة وقال الشافعي هي واجبة وان ترك منها حرفا بطلت صلوته لنا قوله فاقرؤا ما تيسر منه وفي ايجابها ابطال التخيير فلا تجب ولقوله لا صلوة الا بقران يقرا فيها فاتحة الكتاب او غيرها وهو نص ولانها سورة من القران فلا يتعين وجوبها كساير السور ٥ واما الكلام في مقدار الواجب من القراءة فذكر في الاصل عن ابي حنيفة اية تامة وروي عنه ادنى ما يتناوله الاسم وروي عنه ثلث ايات قصار او اية طويلة كاية الدين وهو قولهما والصحيح قدر ما يتناوله الاسم ووجهه انه اتى بما يتناوله الاسم فاجزاه كالطويلة ولانه مقدار لا يجوز للجنب مسه ولا قراءته كالسورة ووجه رواية الاصل ان ما دون الاية يذكر لا على وجه القراءة كقولنا عند الاكل او غيره بسم الله والحمد لله والاية لا تقرا الا على وجه القراءة فصارت كالطويلة ووجه الرواية الثالثة ان القران انفصل من غيره بالاعجاز وذلك يقع بالسورة واقصر السور ثلث ايات والاية الطويلة كاية الدين واية الكرسي مما يقع بها الاعجاز ايضا فصارت كالسورة ٥ والسنة ان يقرا فاتحة الكتاب ومعها غيرها لان النبي عليه السلام داوم على ذلك والمداومة تدل على المسنون ولهذا قال كل صلوة لا يقرا فيها بفاتحة الكتاب فهي خداج اي ناقصة وقال لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وشي معها ٥ واما الكلام في وجوب ذلك فان كل صلوة يجب القراءة في ركعتين عندنا الا الوتر يجب القراءة في جميعه فان كانت الصلوة ركعتين كالفجر والجمعة وركعتي النفل قرا فيهما وان كانت رباعية كالظهر فالافضل ان يقرا في الاوليين فان قرا في الاخريين او في الثانية والثالثة جاز وروى الحرث عن علي انه يقرا في الاخريين شيا وعن ابي اسحق كان علي وابن مسعود

بستحان في الاخريين وروي عن عمر انه صلى المغرب فسهى عن القراءة في الركعة الاولى من المغرب فلما قام الى الثالثة قرا
بام القران وسورة وعن عثمان انه نسي القراءة في الاولين من العشاء فقرا في الاخريين وجهر وسجد للسهو ٥ قال
الحسن تجب القراءة في ركعة واحدة من الصلوة وقال مالك في ثلث ركعات وقال الشافعي في جميع الركعات اما وجوبها في الثانية
خلاف للحسن فلان القراءة في الثانية لانها كالاولى في المقدار والصفة فساوتها في الوجوب واما الثالثة فانما لم تجب فيها لانها
كالرابعة في المقدار والاخفاء فاستويا في الحكم ولانها صلوة مفروضة فلا تتكرر القراءة الواجبة فيها اكثر من مرتين كالفجر ٥ واما
الكلام على الشافعي فقوله مخالف للاجماع لان عثمان فعل ما ذكرناه بحضرة الصحابة من غير خلاف وما روى مطر الوراق عن شهر
بن حوشب قال اجتمع الاشعريون فاتوا ابا مالك الاشعري فقالوا قم صل لنا صلوة رسول الله صلى الله عليه فقال فيكم احد من
غيركم قالوا ابن اخت لنا فقال ابن اخت القوم منهم فقام فقرا في الركعتين الاولين ولم يقرا في الاخريين شيا ولان القراءة في الاخريين
ذكر سن فيه الاخفاء في صلوة يجهر فيها بالقراءة كالتسبيحات ولانها صلوة فرض فلا تجب القراءة فيها اكثر من مرتين كالظهر
في السفر ولانه ذكر لو تركه الامام لم تبطل صلوة الماموم كالتسبيحات ٥ واذا ثبت ان القراءة تجب في ركعتين من الصلوة
فالافضل ان تعيينها في الاولين لان النبي عليه السلم داوم على ذلك وهذا يدل على الفضيلة فان لم يقرا في الاولين قرا في الاخريين
بفاتحة الكتاب لحديث ابي قتادة ان النبي عليه السلم كان يقرا في الركعتين الاولين من الظهر بفاتحة الكتاب وسورة ويقرا في الاخريين
بفاتحة الكتاب وروى معلى عن ابي يوسف انه يقرا الحمد وسورة معها في الاولين من كل صلوة اذا كانت فريضة وهو بالخيار
في الاخريين ان شاء قرا وان شاء سبح وان شاء سكت وقال الحسن عن ابي حنيفة ان لم يقرا في الركعتين الاخريين من الظهر
او العصر بفاتحة الكتاب وان سبح في كل ركعة ثلث تسبيحات اجزاه وان قرا فاتحة الكتاب فهو افضل وان لم يقرا شيا
من ذلك ولم يسبح اجزته صلوته وكان مسيا ان كان متعمدا وان كان ساهيا فعليه سجدتا السهو وروى ابن ابي مالك
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يرى على من ترك التسبيح في هذه الركعات حرجا ولا يوجب على تاركه سجدتي السهو وهو
الصحيح وانما خيرته بين القراءة والتسبيح لما روى ابو اسحق قال كان علي وعبد الله يسبحان في الاخريين ولانه قد ثبت
ان القراءة غير واجبة في الاخريين واذا ثبت ذلك كان مخيرا فيهما بين القراءة والتسبيح لان احدا لا يفرق بين الامرين
والذي رواه الحسن من كراهة ترك الذكر في الاخريين لانه ركن من الصلوة فيه ركن اما ان يكون واجبا او مسنونا ولان القيام
ادخل في الاذكار من الركوع فاذا كان يكره ترك الذكر في الركوع ففي القيام اولى ٥ واما الرواية الموكدة فيها ترك الذكر فلانه
قيام سقط فيه وجوب الذكر كقيام الموتم ٥ قال فاذا فرغ من فاتحة الكتاب قال امين واخفى صوته بها روي الاخفاء بها
عن رسول الله صلى الله عليه وابل بن حجر وهو قول علي وابن مسعود والسنة عندنا ان يقول الامام والموتم امين عند قول الامام ولا
الضالين وقال مالك يقولها الموتم دون الامام ومن الناس من امتنع من ذكرها فقد روى التابعين عن النبي عليه السلم علي وابل
الضالين وقال مالك يقولها الموتم دون الامام ومنهم من حكى الجهر فمن منع منه فقد خالف السنة وروى الاعرج عن ابي هريرة
وابو هريرة وجاء منهم من روى الاخفا ومنهم من حكى الجهر فمن منع منه فقد خالف السنة
ان النبي عليه السلم قال اذا قال الامام امين فان الملائكة في السماء امين فمن وافق احدهما الاخرى غفر له ما تقدم من ذنبه
وروى انس ان رسول الله صلى الله عليه قال ان الله تعالى اعطاني امين ولم يعطها احدا قبلي الا ان يكون اعطاها هرون دعا موسى
وامن هرون عليهما السلم واما فرق مالك بين الامام والموتم فلا يصح لان وابل روى ان النبي عليه السلم اخفى بها صوته وروي
مد بها صوته ولانه دعا لا يختلف فيه الامام والموتم ٥ وقوله اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا امين لا ينفي ان يقولها
الامام بدلالة ما روى في خبر ابي هريرة اذا امن الامام فامنوا فمن وافق تامينه تامين الملايكة غفر له الخبر وروي انه عليه السلم
قال اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا امين فان الامام يقولها ٥ والسنة عندنا الاخفا روي عن علقمة والاسود عن ابن مسعود
انه قال يخفي الامام امين وروى الحكم عن عمر وعلي مثله وروي الجهر بها عن ابي هريرة وابن الزبير وبه قال الشافعي لنا
حديث ابن المسيب عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه قال اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا امين فان الملائكة تقول امين
والامام يقولها فمن وافق انه صلى مع رسول الله صلى الله عليه فلما قال ولا الضالين قال امين وخفض بها صوته ولانه دعا وقد
قال الحسن معناها اللهم افعل هكذا وقد قال الله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية وقوله اذا امن الامام فامنوا لا دلالة فيه
على الجهر لانه يعلم انه يقول ذلك عقيب الفاتحة ٥ ويجهر بالحمد والسورة يعني الامام في ساير الصلوات المفروضة الا في
الظهر والعصر ولا يجهر فيما بعد الاولين وجملة هذا ان كل ذكر واجب للصلوة فان الجهر يجوز ان يتعلق به وما ليس بواجب
فعلى ضربين منه احدهما وضع للعلامة فيجهر به وما لم يوضع للعلامة ان كان يختص ببعض الصلوات جهر به كالقنوت
وتكبير العيدين وما سوى ذلك لا يتعلق به جهر مثل التشهد والتسبيحات ٥ واما القراءة فكل صلوة من شرطها
الجماعة فمن سنة القراءة فيها الجهر كالجمعة والعيدين وكذلك الصلوة المفعولة في صدر النهار وصلاة الليل من سنتها
الجهر وذلك المغرب والعشا وصلاة النهار من سنتها الاخفا وهي الظهر والعصر اما الظهر والعصر فلما روى عن ابي
معمر قال سالت رسول الله صلى الله عليه يقرا في الظهر قال نعم قلنا واي شي تعلمون ذلك قال من تحريك لحيته وروى ابو قتادة
قال كان رسول الله صلى الله عليه يقرا في الركعتين الاولين من الظهر ويسمعنا الاية والايتين احيانا وروى ابن المنذر عن ابيه
قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه احدى صلاتي النهار فجهر فقيل يا رسول الله احدث في هذا شي فقال لا ولكن اردت ان اوقت لكم
دينكم وهذا يدل انه كان يخفي وقال ابن عباس علمت من السنة كلها غير اني لا ادري اكان رسول الله صلى الله عليه يقرا في الظهر
والعصر ام لا ٥ ولو كان يجهر فيهما لم يخف ذلك عليه وروي انه عليه السلم قال صلوة النهار عجما ٥ واما الفجر فلان ابن عباس
روى ان النبي عليه السلم كان يقرا في الفجر المرتين بل هل اتى وعن جابر ان رسول الله صلى الله عليه كان يقرا في الفجر بقاف ونحوها وكذلك

روي انه عليه السلم جهر في المغرب والعشا الاخرة وفي الفجر ولم يجهر في الظهر والعصر ٥ واما الجمعة والعيدين فقد جهر فيها
النبي عليه السلم ونقل ذلك ومقدار قراءته وهو فعل الامة ٥ واما المنفرد فيجهد ان شا ويسمع نفسه في صلوات الجهر ٥ قال
ابو الحسن وان شا جهر قدر ما يسمع اذنيه ولا يزيد على ذلك لما روي ان النبي عليه السلم سمع ابا موسى يجهر في صلوته ليلا فقال لقد اوتي
مزمارا من مزامير ال داود ولم ينكر ذلك وروي انه سال ابا بكر وعمر عن قراءتهما الليل فقال ابو بكر اني اخافت لان الذي اناجيه يسمع وقال
عمر اني اجهر لكي اوقظ الوسنان فقال عليه السلم لابي بكر زد في صوتك وقال لعمر اخفض من صوتك وعن ابي هريرة قال كانت قراءة
رسول الله صلى الله عليه يرفع طورا ويخفض طورا ٥ واما الصلوات التي لا يجهر فيها فان المنفرد لا يجهر فيها وذكر ابو يوسف
في الاملاء ان زاد على ما يسمع اذنيه فقد اساء وذلك لقوله عليه السلم صلوة النهار عجما ولان الامام ادخل في الجهر منه فاذا لم
يجز له ان يجهر في هذه الصلوات فالمنفرد اولى ٥ واما الصلوات التي من سنتها الجهر فالمنفرد مخير فيها ان شا جهر
وان شا لم يجهر لما ذكرناه من حديث ابي بكر وعمر ولانه لا يبالغ في الجهر كما يفعل الامام لان الامام يسمع الموتمين والمنفرد
لا يوجد فيه هذا المعنى فلا فايدة في التكلف ٥ قال الحسن في الاصل وان كان وحده جهر في صلوة الجهر ان شا واسمع
نفسه وروى معلى وابن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في الذي يجهر فيه الامام انه يسمع القوم او بعضهم فذلك
يسمعهم ولا يجهد نفسه وان كان وحده فلا يجهر ويسمع اذنيه وقال في الامام في الصلوة التي لا يجهر فيها
يحرك لسانه ويسمع اذنيه وان لم يحرك لسانه في القراءة فهو بمنزلة من لم يقرا والاصل في هذا ان الافضل في الاذكار
الاخفاء الا الدعاء وانه لا يجهر بالتكبير كذلك بالقراءة الا انه لا ... ذكر واجب ٥ واما ما يباح فيه الجهر فان
السنة الجهر في الاولين والاخفا فيما سواهما الا الوتر فانه يجهر في جميعها لان النبي عليه السلم جهر الا في الاولين ولان
الجهر من سنة القراءة الواجبة وقد بينا ان القراءة فيهما غير واجبة ٥ واما الوتر فالقراءة واجبة في جميعها فلذلك
تساوت في الجهر ٥ وليس في شي من ساير الصلوات قراءة سورة بعينها يختص بها الصلوة ويداوم عليها وكان يكره ان
يتخذ شيا من القران مهجورا لما روي عن النبي عليه السلم انه نهى عن ذلك وعن النخعي انه قال كانوا يكرهون ان يتخذ الرجل
شيا من القران مهجورا ولانه اذا داوم عليها اعتقد الناس انها مشروعة دون غيرها فيلحق بالشريعة ما ليس
منها ولا يلزم فاتحة الكتاب لان المداومة عليها من الشريعة في كل ركعة ٥ قال فاذا فرغ من القران كبر ولم يرفع
يديه وركع ووضع يديه على ركبتيه وفرق بين اصابعه وبسط ظهره ولم ينكس راسه ولم يرفعه اما التكبير
فهو سنة عندنا في كل خفض ورفع روى ابن مسعود ان النبي عليه السلم وابا بكر وعمر كانوا يكبرون عند كل رفع ووضع وروي
فعل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه ابو مالك الاشعري وابن عمر وابو هريرة وابن عباس والخدري قال عبد الله نقصوها
نقصهم الله لقد صليت خلف رسول الله صلى الله عليه فكان يكبر كلما رفع وكلما وضع وعن عكرمة انه قال لابن عباس صليت وراء
شيخ احمق صلوة الظهر فكبر فيها ثنتين وعشرين تكبيرة يكبر فيها اذا سجد واذا رفع راسه قال لا ام لك تلك صلوة
ابي القسم صلى الله عليه وعن ابرهيم ان اول من نقص التكبير زياد والذي روي عن ابن عمر انه كان يكبر كلما خفض وكلما رفع فيجوز
ان يكون رجع الى هذا لما روي عنه انه كان ينقص التكبير اذا سجد واذا رفع ولا يكبر ولانه ... رجال الجهال يخالف
الاولى في الصلوة فشرع فيه التكبير كالتكبيرة الاولى ٥ واما رفع اليدين فعندنا لا ترفع اليد الا في التكبيرة الاولى
روي ابن مقاتل قال صليت الى جنب ابي حنيفة رضي الله عنه فقلت ارفع يده في الصلوة في كل رفع وخفض من الركوع فلما سلم
قال يا ابا مقاتل لعلك من اصحاب المراوح وقد روي مثل قولنا عن علي وابن مسعود والبرا وهو قول مالك وقال الشافعي
يرفع يديه اذا ركع واذا رفع راسه من الركوع ومن الناس من قال يرفع يديه مع كل تكبيرة لنا ما روى نافع عن ابن عمر
والحكم عن مقسم عن ابن عباس قالا قال رسول الله صلى الله عليه ترفع الايدي في سبع مواطن افتتاح الصلوة واستقبال
البيت وعند الصفا والمروة والموقفين والجمرتين وعن ابن مسعود قال صليت خلف ابي بكر وعمر فكانوا لا يرفعون ايديهم
الا عند افتتاح الصلوة ولانها تكبيرة للانتقال كتكبيرة السجود ولان التكبيرة التي اجمعوا على رفع اليد فيها هي الاولى
لا ترفع اليد في مثلها من الثانية فالتكبيرة المختلف في الرفع فيها في الاولى اولى ان لا ترفع اليد فيها في الثانية والذي
روي في الرفع من الاخبار فهو حكاية الفعل الاول وروي عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه كان يرفع يديه في كل تكبيرة
ثم صار الى الافتتاح خاصة ولان معنا فعلا وقولا فكان اولى وقال ابو بكر ابن عياش اتانصف الاسلام وكان ابن
نيف وتسعون سنة ما رايت فقيها يرفع يديه في غير التكبيرة الاولى ٥ واما قوله وركع فلقوله للاعرابي ثم
اركع حتى تطمان راكعا والركوع واجب لقوله تعالى اركعوا واسجدوا ولانه عليه السلم ركع وفعله بيان للاية ٥ واما
قوله ووضع يديه على ركبتيه فهو قول عمر وعلي وسعد وابن عمر وعن ابن مسعود والاسود وابي عبيدة انهم قالوا
بالتطبيق لنا ما روي عن مصعب بن سعد قال ركعت فطبقت فنهاني ابي وقال كنا نفعل هذا فنهينا عنه وروى نافع
عن ابن عمر في التطبيق قال انما فعله رسول الله مرة وعن ابي هريرة ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه قالوا يا رسول الله ان التطبيق
لا يكاد يشق علينا في الصلوة فامرهم ان يستعينوا بالركب وعن انس ان النبي عليه السلم قال واذا ركعت فضع
كفيك على ركبتيك ولانه اخر الفعلين وهو اجماع بعد ابن مسعود فسقط خلافه ٥ واما قوله وفرق بين اصابعه
فلحديث انس قال لي رسول الله صلى الله عليه اذا قمت الى الصلوة فتوجه الى القبلة وارفع يديك وكبر وازم ما بدا لك
فاذا ركعت فضع كفيك على ركبتيك وفرق بين اصابعك فاذا رفعت راسك فاقم صلبك حتى يقع كل عضو منك
مكانه واذا سجدت فامكن كفيك من الارض فاذا رفعت راسك فاقم صلبك واذا جلست فاجعل عقبيك تحت اليتيك

فاتها ونستي ومن تبع سنتي فقد تبعني ومن تبعني فهو معي في الجنة ٥ واما قوله ويبسط ظهره ولا ينكس راسه ولا يرفعه
فلما روى ابو حنيفة عن ابي سفين عن ابي نضرة عن ابي سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه اذا ركع احدكم فلا يدبح تدبيح الحمار وليقم
صلبه واذا سجد احدكم فليمد صلبه فان الانسان يسجد على سبعة اعظم جبهته وكفيه وركبتيه وصدور قدميه واذا جلس
فلينصب رجله اليمنى وليضجع اليسرى وعن البراء ان النبي عليه السلام كان اذا صلى جخ يعني تمدد في سجوده وركوعه وروى ابو الجوزاء
عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه اذا ركع لم يشخص راسه ولم يصوبه وعن ابي برزة الاسلمي قال كان النبي صلى الله عليه اذا ركع لو
صب على ظهره لاستقر ٥ واما التسبيح فيه فمنها ما روي قدح ما لم يهراق ٥ فيقول في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وان زاد فهو افضل
وان كان اماما لم يطول على من خلفه اما الذي يقوله في ركوعه فقد اختلفت الصحابة فيه فروي عن علي انه قال اذا كانت لاحدكم
حاجة فقال في ركوعه اللهم لك ركعت ولك خشعت ولك اسلمت وبك امنت وعليك توكلت فقد اجزى عنه وعن ابن مسعود
انه كان يقول في ركوعه اللهم لك ركعت وعن حذيفة انه كان يقول في ركوعه وسجوده سبحان ربي الاعلى وعن علي وابن مسعود
مثل قولنا لنا حديث حذيفة انه صلى مع رسول الله صلى الله عليه فكان يقول في ركوعه سبحان ربي العظيم وفي سجوده سبحان ربي
الاعلى وروى عقبة بن عامر انه لما نزل قوله سبح اسم ربك الاعلى قال رسول الله صلى الله عليه اجعلوها في سجودكم ولما نزل قوله
تعالى فسبح باسم ربك العظيم قال اجعلوها في ركوعكم وهذا امر فاقل احوال الامر ان يفيد الندب ٥ واما تقديره بالثلث فقد
روى الحسن عن ابي حنيفة قال وينبغي له ان يمكث راكعا قدر ثلث تسبيحات وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة وادنى ذلك
ثلث مرات وان زاد فحسن ما لم يبلغ التثقيل على القوم وقال الثوري يستحب للامام ان يقولها خمسا في الركوع والسجود
حتى يدرك الذي خلفه ثلث تسبيحات وحكى القشيري عن مالك انه انكر سبحان ربي العظيم وقال لا اعرفه ولم يحد دعاء موقتا
فلنا الحجة ما روينا وروى عون بن عبد الله بن ابي مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه اذا ركع احدكم فقال سبحان ربي العظيم ثلثا
فقد تم ركوعه وذلك ادناه واذا سجد وقال سبحان ربي الاعلى ثلثا فقد تم سجوده وذلك ادناه وانما قلنا لا نزيد اذا ادى
الى التثقيل على الناس لقوله عليه السلام افتان انت يا معاذ صل بهم صلوة اضعفهم ٥ وهذه التسبيحات غير واجبة وروى
اشهب عن مالك انها واجبة وان تركها عمدا بطلت صلوته لنا قوله تعالى اركعوا واسجدوا وايجاب الذكر فيه زيادة وفي تعليم
النبي الاعرابي الصلوة لم يذكرها ولو كانت واجبة لذكرها حال التعليم ولان الذكر لو وجب في هذا الركن لاختص بالقران
كالقيام ٥ واذا اطمان راكعا رفع راسه وقال سمع الله لمن حمده ولم يرفع يديه وقد بيناه ٥ فاما قدر الواجب من
الركوع والسجود فما يتناوله الاسم وروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا ركع فطأطأ راسه قليلا ثم رفع راسه فان كان الى
تمام الركوع اقرب منه الى القيام اجزاه وان كان الى القيام اقرب لم يجزه وقال الشافعي الطمانينة واجبة في الركوع
والسجود لنا قوله تعالى اركعوا واسجدوا والركوع عبارة عن الميلان يقال ركعت النخلة اذا مالت واذاعة بالاسم عن الميلان
فمتى حصل ادنى ذلك اجزاه ولان الركوع فرض في الصلوة متكرر فالواجب منه ادنى ما يتناوله الاسم كالقيام ولانه
اتى بما يتناوله اسم الركوع كما لو طول ٥ واما رفع راسه من الركوع وعوده الى القيام فليس بواجب عندنا الا رواية
عن ابي يوسف انه قال الرفع واجب وهو قول الشافعي لنا قوله تعالى اركعوا واسجدوا وظاهره يقتضي جوازهما من غير
قيام بينهما ولان القيام ركن قبل الركوع فلا يتكرر في ركعة كالقراءة بخلاف السجود ولانه ركن يكون مدركا به للركعة
فلم يتكرر وجوبه في ركعة كالركوع وجه قول ابي يوسف قوله عليه السلام للاعرابي ثم ارفع راسك حتى تعتدل قائما
وفي حديث ابي منصور الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه لا يقبل الله صلوة امرء لا يقيم فيها صلبه من الركوع وهذا
محمول عندنا على الاولى والافضل ٥ واما قوله سمع الله لمن حمده فعند ابي حنيفة الامام يقولها ويقول المؤتم
ربنا لك الحمد ولا يشارك احدهما الاخر وقال ابو يوسف ومحمد يقول الامام سمع الله لمن حمده ثم يقول في نفسه ربنا لك
الحمد وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ويعتمد المؤتم على قوله ربنا لك الحمد وروى معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في
المنفرد يقول سمع الله لمن حمده لا يزيد عليها وكذلك روى علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يجمع بينهما وقال يعقوب ان قال المؤتم وحده لا مؤتم خلفه وان النبي يقول سمع الله لمن حمده اجزاه وقال الشافعي
يجمع الامام والمؤتم بينهما لنا ما روى انس ان النبي عليه السلام قال انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فاذا كبر فكبروا
واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وافرد كل واحد منهما بذكر يقتضي التفريق بينهما وكذلك رواه ابو هريرة
وابو موسى ولانه علامة للرفع فلا يجمع فيه بين ذكرين كالتكبير ولان احد الذكرين جعل مقابلا للذكر الاخر كالتسميت في
العاطس في مقابلة حمده واما اخبارهم فمضطربة روى ابن عباس وابو جحيفة ان رسول الله صلى الله عليه كان اذا رفع راسه من
الركوع قال ربنا لك الحمد وروى حذيفة ان النبي عليه السلام لما رفع راسه من الركوع قال سمع الله لمن حمده ثم قال الحمد لله ذي
الملكوت والجبروت والكبرياء والعظمة واذا ورد النقل مختلفا كان الرجوع الى القول اولى وجه قولهما انه ليس في الاصول
ذكر ياتي به المؤتم فلا ياتي به الامام وفي الاصول ذكر ياتي به الامام خاصة وهو القراءة فلذلك يجمع الامام بين الذكرين
واقتصر المؤتم على احدهما ٥ واما وجه الرواية التي قال يجمع بينهما فلحديث علي ان رسول الله صلى الله عليه كان اذا ركع قال
اللهم لك ركعت وبك امنت واذا رفع راسه من الركوع قال سمع الله لمن حمده ثم يتبعها اللهم ربنا لك الحمد ملء السموات
وملء الارض ما شئت من شيء بعد ولان قوله سمع الله لمن حمده اخبار عن حامد وليس هذا الحامد غيره وجه الرواية الاخرى
ان هذا الذكر علامة للرفع فلا جمع بين الذكرين لا يستغرق احدهما حال الرفع واتيا بالثاني في حال القيام وهذا القيام
ليس بمحل الاذكار ٥ فاذا اطمان قائما كبر ولم يرفع يديه ويخر ساجدا وانما يسجد عقيب الركوع لقوله اركعوا واسجدوا

ونعتمد حديث الاعرابي ان النبي عليه السلام قال له ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ٥ واما التكبير فيه لا خلاف فيه علمنا ان السنة ان يكبر
في كل انتقال وحيان يكبر حين يهوي ساجدا ولان التكبير علامة للانحطاط فوجب ان يكون معه ٥ ويسجد على انفه
وجبهته الا ان يكون من علة وهي رواية ابي اسد عن عمر عن ابي حنيفة وحاصله ان السجود يتعلق به مسنون ومفروض
فالسنة ان يسجد على الجبهة والانف واليدين والركبتين والقدمين لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم واما
الفرض فعند ابي حنيفة ان يسجد على الجبهة او الانف والقدمين وقالا السجود عليهما واجب وجه قول ابي حنيفة
قوله تعالى اركعوا واسجدوا وقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم وذكر الوجه ولان الجبهة والانف عظم واحد
فاذا جاز السجود على جزء منه جاز على الجزء الاخر وجه قولهما عليه السلام مكن جبهتك وانفك من الارض ولان الانف
تبع للجبهة فلا يجوز الاقتصار على التبع دليله المسح على الاذن دون الراس ٥ واما السجود على اليدين والركبتين فليس بواجب
عندنا وقال زفر هو واجب وبه قال الشافعي لنا حديث ابي رافع ان النبي عليه السلام قال مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره
كمثل من يصلي وهو مكتوف ولان ما لا يتعلق به فرض الوضوء لا يجب السجود عليه كسائر الاعضاء وجه قول زفر قوله عليه السلام
امرت ان اسجد على سبعة اعظم ولانه عضو يشرع فيه السجود كالوجه ٥ قد قالوا لو سجد على كور عمامته جاز ذكره محمد في
الاثار وذكره الحسن وقال الشافعي لا يجوز لنا حديث ابن بريدة الاسلمي عن ابي هريرة ان النبي عليه السلام كان يسجد على كور عمامته ولانه
حائل لا يمنع السجود اذا كان منفصلا كذلك اذا اتصل كالخف ٥ ويضع يديه حذاء اذنيه لحديث عاصم بن كليب عن ابيه عن وائل بن
حجر قال كان رسول الله صلى الله عليه اذا سجد وضع يديه حذاء اذنيه ويروى انه كان يضع وجهه بين كفيه وروي مثله انس بن البراء
وفي خبر ابن مسعود وضع كفيه قريبا من اذنيه والذي روي حميد انه سجد فجعل يديه حذو منكبيه يحتمل ان يكون حال
تجدد ٥ ويوجه اصابعه نحو القبلة لحديث عايشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه اذا سجد وضع يده تجاه القبلة وروي
العباس بن عبد المطلب ان رسول الله صلى الله عليه قال اذا سجد العبد سجد معه سبعة اراب وجهه وكفاه وركبتاه
وقدماه وما وقع فيه السجود ينبغي ان يستقبل به القبلة ٥ ويعتمد على راحتيه لحديث ابي حميد الساعدي ان رسول الله
صلى الله عليه سجد فانتصب على كفيه وركبتيه وصدور قدميه وهو ساجد وعن عامر بن سعد قال امر رسول الله صلى الله عليه
بوضع الكفين ونصب القدمين في الصلوة ٥ ويبدي ضبعيه لحديث جابر قال كان رسول الله صلى الله عليه اذا سجد جافى
حتى يرى بياض ابطيه وعن ابن بحينة ان النبي عليه السلام كان اذا سجد فرج يديه عن ابطيه حتى ارى بياض ابطيه وكذا روته
عايشة ٥ ويعتدل في سجوده لما روى ابو قتادة عن انس ان النبي عليه السلام قال اعتدلوا في السجود ولا يفترش احدكم ذراعيه
افتراش الكلب وعن ميمونة ان النبي عليه السلام كان اذا سجد جافى حتى لو ارادت بهيمة ان تمر تحت يديه لفعلت ويروى بهمة
ولا يفترش ذراعيه لحديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال اذا سجد احدكم ولا يفترش يديه افتراش الكلب وليضم فخذيه
ثم يرفع راسه ويكبر حتى يطمئن ثم يكبر ويخر للسجدة الثانية فيفعل كذلك اما الاعتدال في الركوع والسجود فلقوله عليه السلام
ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع راسك حتى تستوي جالسا والكلام في هذا يقع في [illegible] الواجب من السجود
وفرضنا بقوله تعالى اركعوا واسجدوا وادنى ما يتناوله الاسم يدخل فيه ولانه اتى بما يتناوله اسم السجود فصار كما لو طوله
واما الرفع من السجود فادنى ما يتناوله هو الواجب عند ابي حنيفة وقال الشافعي القعدة بين السجدتين واجبة وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه اذا رفع ما يسمى رافعا اجزاه وهذا صحيح لان المستحق هو الفصل بين السجدتين وهذا يوجد
فيما يتناوله الاسم ٥ واما القعدة بينهما فليست بواجبة لانها قعدة لا يعقبها الخروج من الصلوة فلا تكون واجبة
كالقعدة الاولى في التشهد ولانها قعدة للفصل او قعدة تتاخر عنها اركان الصلوة ٥ ثم ينهض على صدور قدميه ولا
يقعد قال الشعبي كان عمر وعلي واصحاب رسول الله صلى الله عليه ينهضون على صدور اقدامهم ومثله عن ابن مسعود وابن الزبير
وابن عباس وابي سعيد وعن ابن عمر انه كان اذا رفع راسه من السجود نهض وهو قول مالك والثوري وقال الشافعي يجلس
ثم يقوم معتمدا على الارض لنا ما رواه صالح مولى التوأمة عن ابي هريرة ان النبي عليه السلام كان ينهض في الصلوة على صدور
قدميه وفي خبر ابي حميد الساعدي ان النبي عليه السلام لما رفع راسه من السجود قام ولم يتعد وفي خبر الاعرابي ثم اسجد
حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع راسك حتى تطمئن قائما ولان القعدة لو كانت مشروعة لا يشتغل اليها بتكبيرة كقعدة التشهد
واما خبر مالك بن الحويرث ان رسول الله صلى الله عليه كان اذا رفع راسه من السجدتين قعد ثم نهض فيجوز ان يكون ذلك في
حال العذر وروينا في حديث ابي حميد الساعدي مثل قولهم فتعارضنا ٥ ولا يعتمد على الارض لما روى ابو جحيفة عن علي
انه قال من السنة اذا نهضت من الركعتين الاولين ان لا تعتمد على الارض بيديك الا ان لا تستطيع وروى عاصم بن كليب عن
ابيه ان رسول الله صلى الله عليه كان اذا نهض من الركعتين نهض على ركبتيه واعتمد على فخذيه وفي خبر ابي هريرة مثله ولانه
اعتماد على غيره من غير حاجة فصار كما لو اعتمد على حائط والذي رواه ابن عباس ان النبي عليه السلام كان اذا قام من صلوته وضع يده على
الارض كما يضع العاجن فيحتمل ان يكون ذلك لعذر ٥ واذا انتهى الركعة الثانية جلس للتشهد بعد السجدتين وافترش رجله
اليسرى ونصب اليمنى ووجه اصابع رجله اليمنى نحو القبلة اما القعدة فهي مشروعة عقيب كل ركعتين من الصلوة لان
النبي عليه السلام هكذا يصلي وفعله بيان ولان الركعتين ادنى ما لا يجوز الاقتصار عليه من الصلوة فجعل بينه وبين ما يليه فاصلا ٥
وهذه القعدة في صلوة تزيد على ركعتين مسنونة والدليل عليه ان النبي عليه السلام قام الى الثالثة فسبح به فلم يرجع
ولو كانت واجبة لرجع اليها ٥ واما صفتها فالسنة في القعدة الاولى والثانية ان يفترش رجله اليسرى وينصب
اليمنى وبه حديث وائل بن حجر قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه فلما جلس افترش رجله اليسرى ونصب اليمنى وروي عن قتادة

عن انس ان النبي عليه السلام نهى عن التورك في الصلوة ولانه فعل من افعال الصلوة فلا يبتدي الاول بخلاف هيئة الثاني كالقيام
والركوع وتفعله الاول لما قلنا كذلك في الثاني والذي روي في خبر ابي حميد فقد روي في خبره مثل قولنا من غير قصة رواه العباس
بن سهل وقيل ان هذا الخبر مرسل لانه يرويه محمد بن عمرو ولم يلحق هذا الزمان وقيل انه جلس في عشرة من اصحاب رسول الله عليه السلام
منهم ابو قتادة وابو قتادة قتل قبل ذلك بدهر ٥ واما صفة قعود المراة فانها تقعد كاستر ما يكون لها قال محمد
في كتاب الاثار تجمع رجليها في جانب ولا تنصب انتصاب الرجل وذكر ابن شجاع انها تضم فخذيها وتجعل الساق الايمن على الساق
الايسر وتلوي فتقعد على الارض كاستر ما يكون من الجلوس وقال ابن شجاع في موضع اخر انها تسجد مجتمعة وتجلس متوركة
تجمع فخذيها وهذا قول ابي حنيفة وقال مالك تقعد كقعود الرجل وقد روي عن علي في سجود المراة تحتفز وتضم فخذيها
وعن ابن عباس مثله ولان الستر واجب فهو اولى من القعود المسنون ٥ ويجب ان يكون منتهى بصره في صلوته وهو قائم
الى الارض وذكر الطحاوي في مختصره انه اذا كان قايما فنظره الى موضع سجوده واذا ركع فالى اصابع رجله واذا سجد فالى طرف
انفه واذا جلس نظر الى حجره وهذا صحيح لان المسنون ان لا يختلف النظر في صلوته الى صلوته ومتى ارسل ناظره ولم
يتكلف وقع بصره على هذه المواضع ٥ ولا يقعي اذا جلس للتشهد والاقعا هو ان يقعد على موخره بان ينصب الرجلين جميعا
ويقعد على عقبيه وقد روي كراهة الاقعا عن ابي هريرة والنخعي والحسن وابن سيرين وعامر وقتادة وكان ابن عمر يقعي وينهى عنه
فقيل له فقال اني قد كبرت لنا ما روي علي بن ابي طالب ان النبي عليه السلام نهى عن النقر والاقعا في الصلوة وروى ابو هريرة قال
نهاني رسول الله صلى الله عليه ان اقعي في الصلوة اقعا الكلب ونقر الديك والتفات كالتفات الثعلب ويروى اقعا السبع وامرني
بثلاث الوتر قبل النوم وصوم ثلثة ايام من كل شهر وركعتي الفجر ٥ وذكر ابو عبيد ان الاقعا ان يقعد الرجل على اطراف اصابعه
وهو الذي ذكره ابو الحسن وقيل هو ان يعتمد بيديه على الارض ويجمع ركبتيه الى صدره وهو الاشبه باقعا الكلب وهو معنى
نهيه عليه السلام عن عقب الشيطان وعن علي انه قال هو الاقعا فصل والتشهد ان تقول التحيات لله والصلوات والطيبات
السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله
ولا يزيد على هذا في التشهد الاخير فاذا فرغ من هذا دعا بما احب مما يشبه الفاظ القران ونحوه ولا يدعو بما يشبه كلام الناس
ومخاطبتهم بينهم والكلام في حكم التشهد فهو عندنا مسنون في القعدة الاولى والاخرة جميعا وقال الشافعي هو
فرض في القعدة الاخيرة واوجب منه خمس كلمات لنا قوله عليه السلام للاعرابي واذا رفعت راسك من اخر سجدة وقعدت فقد
تمت صلوتك ولانه ذكر يختص بحال القعدة كالتشهد الاول ولانه فعل ليس فيه قراءة القران فلم يجب فيه الذكر كالقعدة بين
السجدتين ٥ واما الكلام في التشهد المختار فهو عندنا تشهد ابن مسعود وهو الذي رواه عنه علقمة وسفيان وابو وايل
والاسود وابو الاحوص وابو عبيدة وروي عن ابن عمر انه قال كان ابو بكر يعلمنا التشهد كما يعلم الصبيان في الكتاب التحيات
لله وذكر تشهد ابن مسعود وذكرت عايشة تشهد ابن مسعود وقالت هذا تشهد رسول الله صلى الله عليه وذكر داود بن سعد
عن معوية قال كان يعلمنا التشهد وذكر مثل قولنا وعن عمر بن الخطاب التحيات لله الزاكيات لله الطيبات وعن ابي موسى
التحيات لله الطيبات الصلوات لله السلام عليك وعن جابر بسم الله وبالله التحيات لله والصلوات وعن علي التحيات لله والصلوات
والطيبات الغاديات وهولاء كلهم رووا عن رسول الله صلى الله عليه ذلك بعينه والظاهر ان رسول الله صلى الله عليه فعل ذلك
فتقدم تشهد ابن مسعود لانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه بيدي فعلمني التشهد في الصلوة وهذا التاكيد الامر وقال لو قل
التحيات لله وهذا امر به وقال اذا فعلت هذا او قلت هذا فقد قضيت ما عليك ويروى صلوتك فعلق به تمام الصلوة
وقال علي بن المديني لم يصح في التشهد الا ما روى ابن مسعود اهل الكوفة وعن ابي موسى اهل البصرة وقال مالك بتشهد
عمر ويحتج بان عمر قراه على المنبر وهذا لا حجة فيه لان ابا بكر قرا التشهد مثل قولنا على المنبر والشافعي اخذ بتشهد ابن عباس
ويحتج بانه حدث السن شاب يروي اواخر الامور وابن مسعود شيخ يروي اوايلها لتقدم اسلامه فصار هذا ناسخا
للاول وهذا غلط لانه يقتضي ترجيح رواية احداث الصحابة على رواية المهاجرين والانصار الاولين وهذا قول لم يسبق اليه
ولان معوية روى تشهدنا وهو ممن تاخر اسلامه على انه روي عن ابن عباس انه قال علمني عمر التشهد فدل على انه يرويه عمن
تقدم اسلامه ولان الواوات كل حرف منها يجعل ثناء على الانفراد ولان فيه زيادة الالف واللام في اللامين جميعا وفيه
ثناء وهو قوله عبده ورسوله ولانه ذكر اختص بحال القعدة فالافضل فيه اثبات الواوات للعطف كالصلوة على رسول الله
واما قوله لا يزيد على التشهد في القعدة الاولى خلاف ما قال مالك لما روى ابو الحويرث عن عايشة ان رسول الله لم يكن يزيد في
الركعتين على التشهد وروي انه عليه السلام كان في الركعتين الاوليين كانه على الرضف ولان التشاغل بتعقيبه فرايض الصلوة
اولى من التشاغل بالدعا والذي روي في خبر ام سلمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في كل ركعتين فتشهد وسلم على المرسلين
وعلى من اتبعهم من عباد الله الصالحين فمحمول على صلوة النفل بدلالة الاخبار المشهورة ٥ ومن الناس من قال التشهد الاول
واجب وهذا خطا لانه ذكر في الصلوة ليس بقران كالتسبيحات ولانه ذكر من سننه الاخفا في صلوة يجهر فيها بالقراءة كالتسبيح
واما قوله يدعو في القعدة الاخيرة ما شا فلحديث سفين عن عبد الله ان النبي عليه السلام قال ثم اختر من اطيب الكلام ما شئت
وقال ابرهيم كان ابن مسعود اذا فرغ من التشهد دعا بخمس كلمات منهن اسالك من الخير كله ما علمت منه وما لم اعلم واعوذ
بك من الشر كله ما علمت منه وما لم اعلم ٥ واما الصلوة على النبي عليه السلام فقد ذكر الطحاوي في مختصره فاذا جلس الرابعة تشهد
وصلى على النبي صلى الله عليه ودعا لنفسه وللوالدين ولم يذكره ابو الحسن ولا محمد في الاصل وروي عن النخعي انه قال كانوا يرون
التشهد كافيا من الصلوة على رسول الله يعني ان فيه الصلوة بقوله السلام عليك ايها النبي ورحمة ما ذكره الطحاوي خبر فضالة

رجعه في الرجل الذي يترك الصلوة على النبي عليه السلام يدعوا ابدا اعاد وعن ابن مسعود انه قال يتشهد ثم ليبدأ بالثنا على الله بما هو
اهله ثم بالصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم ثم ليسل بعد ذلك لنفسه فانه انجح لحاجته ٥ وقال اصحابنا الصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم ليست
من شرايط الصلوة وهذا قول الثوري ومالك ولم يحفظ عن احد ان ترك الصلوة على النبي عليه السلام يفسد الصلوة غير الشافعي وقال
هو شرط والواجب اللهم صل على محمد وبعض اصحابه من يقول وعلى آل محمد لنا انها تبع التشهد فلا تكون الصلوة عليه
واجبا كالتشهد الاول ولانه ركن من اركان الصلوة فلا يشترط فيها الصلوة على النبي عليه السلام كسائر الاركان ولانها صلوة على
نبي فلا تشترط فيها كالصلوة على ابرهيم وحكى ابو الحسن رحمه الله يقول ان الصلوة على النبي عليه السلام واجبة على الانسان في عمره
مرة واحدة فان شا فعلها في الصلوة او في غيرها وقال الطحاوي يجب الصلوة على النبي عليه السلام كلما ذكر وهذا قول لم يتقدمه
الا قايل كقول الشافعي انها شرط لجواز الصلوة فلا يعتد بذلك ٥ واما صفة الدعا فانه يدعوا عندنا بما يشبه الفاظ
القران والادعية المأثورة ولا يدعوا بما يشبه كلام الناس فيما بينهم ومن اصحابنا من قال ما لا يطلب الا من الله فمسألته لا
تفسد الصلوة وما يجوز ان يطلب من المخلوقين اذا سأله في الصلوة افسدها وقال الشافعي كل شي مباح يجوز ان يدعوا
به خارج الصلوة يجوز ان يدعوا الله به في الصلوة لنا قوله عليه السلام ثم اختر من اطيب الكلام ما شئت وروي سعد
انه سمع ابنه يدعوا فقال يا بني اياك والاعتداء في الدعا فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول سيكون في امتي قوم يعتدون
في الدعا ولا قوا تعالى ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ولانه يذكر لو اتى به على غير وجه الدعا فسدت مثل ان يقول
اللهم زوجني جارية فلان فاذا اتى به على وجه الدعا ابطلها اصله الدعا المحظور على الناس ولان مسالة جميع الحاجات
تزيل هيئة الصلوة فيفسدها كالكلام ٥ ويكره ان يزيد في التشهد حرفا او يبتدي بحرف قبل حرف قال
الحسن عن ابي حنيفة لو نقص من تشهده او زاد فيه كان مكروها قال ابن شجاع يعني ان يزيد في نفس التشهد وذلك
لان ابن مسعود وجابر قالا كان رسول الله صلى الله عليه يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القران وهذا يمنع الزيادة
والنقصان ولان اذكار الصلوة مقصورة محصورة فلا يزاد فيها وليس كذلك التلبية لان اذكار الحج غير محصورة
ولانه لا فرق بينهما لانه يكره ان يزيد في خلال تلبية رسول الله شيا او يبتدي بغيرها وانما يزيد بعدها كالتشهد
سوا وقول ابن مسعود قبل ان يعرض التشهد فمعناه ان يقدره ٥ والقعدة الاخيرة في التشهد واجبة عندنا وقال
مالك ليست بواجبة وهو قول الاوزاعي وروي عن الحكم والحسن والشعبي وحماد وعطا وانس وابن سيرين فيمن احدث
قبل ان يقعد اعاد الصلوة وهذا يدل على وجوبها لنا ان فرض الصلوة في القران وفعله عليه السلام ورد مورد البيان
فيفيد الوجوب ولانه عليه السلام قام الى الثالثة فسبح به فلم يعد وقام الى الخامسة فسبح به فعاد والتفريق
بينهما يدل على اختلاف حكمهما وقال النبي عليه السلام للاعرابي اذا رفعت راسك من اخر سجدة وقعدت فقد تمت صلوتك
ولانه فعل منكر في الصلوة فكان فيه ما هو واجب كالركوع والسجود والقيام ٥ والواجب فيها ان يقعد
قدر التشهد قال الحسن عن ابي حنيفة وان لم يجلس الامام ومن خلفه مقدار التشهد حتى انصرفوا كانت صلوتهم
فاسدة لما روى عاصم عن علي انه قال اذا قعد مقدار التشهد ثم احدث فقد تمت صلوته والمقادير في العبادات
لا تعرف الا بالتوقيف ولان القعدة يعقبها الخروج من الصلوة وذلك معنى موثر في ضعف حكمها فما كنت بوجوب
امتدادها ولان الخروج يفسد الجزا الذي يصادفه فلو اوجبنا منها ادنى ما يتناوله الاسم بطل بالخروج فكانه لم يجلس
ولان من قال بوجوبها قدرها بهذا القدر وقد دللنا على الوجوب فثبت التقدير بالاجماع ٥ قال واذا اراد التسليم
سلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده
الايسر وروى ذلك ابن مسعود عن النبي عليه السلام وابي بكر وعمر ٥ اما اثبات التسليمتين فهو قول ابي بكر وعمر وعلي وابي ذر
وعمار وابن مسعود ووايل بن حجر وجماعة من التابعين وروي تسليمة واحدة عن عايشة وابن عمر وابي هريرة وابي الدردا وجابر
والحسن وكان ابن سيرين يعجبه ان يقول يسلم تسليمتين وبه قال مالك لنا ما روى ابو حنيفة عن حماد عن
ابرهيم عن علقمة عن ابن مسعود عن النبي عليه السلام انه كان يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الايمن
وعن شماله السلام عليكم حتى يرى بياض خده الايسر ولا يلتفت وعن الحضرمي قال البرا كاني انظر الى بياض خدي رسول الله
صلى الله عليه يسلم عن يمينه وشماله وروى ابو هريرة عن النبي عليه السلام انه قال ما التسليمة الاولى باحق من الاخرة ولانه
تحية القوم فوجب ان يسوي بين الجهتين والخبر سعد بن ابي وقاص ان رسول الله صلى الله عليه كان يسلم تسليمة
واحدة فمعناه على صفة واحدة ولان خبرنا اكثر رواة يعضده فعل الامة وقال مالك تسليمة واحدة تلقا القبلة
وما قدمناه من الاخبار دال عليه ولانه تحية للحاضرين فوجب ان تقبل به عليهم الا ترى ان الخطبة لما كانت مخاطبة
لهم اقبل الامام عليهم بها وقول مالك انه ادرك الناس على هذا اقل بلتين منهم وقد روى حماد قال كان مشيخة
الانصار يسلمون تسليمتين وكان مشيخة المهاجرين يسلمون تسليمة واحدة وهذا يدل على اختلاف الناس
وقال مالك يقول السلام عليكم ولا يزيد عليه وهذا فاسد لان في حديث ابي وايل وعمار السلام عليكم ورحمة الله وكذلك
في حديث عقبة بن عامر وروى مسروق عن ابن مسعود ما نسيت فما نسيت عن النبي عليه السلام انه كان يسلم عن يمينه
السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثله حتى يرى بياض خديه من ها هنا وها هنا والذي روى سعد عن ابي هريرة ان
رسول الله صلى الله عليه قال حذف السلام سنة قال ابو داود لما قدم الفريابي من مكة ترك هذا الحديث فنهاه
عن ذلك احمد ٥ والسلام عندنا واجب وهو قول علي وقال الشافعي ومالك هو واجب لنا حديث

لحديث عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه اذا قضى الامام صلوته ثم احدث قبل ان يسلم فقد انقضت صلوته وصلوة من خلفه
وروي عطا عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه كان اذا فرغ من التشهد اقبل بوجهه وقال من احدث حدثا بعد ما يفرغ من التشهد
فقد تمت صلوته ولانها احدى التسليمتين فلم تكن شرطا في الصلوة كالثانية ولان ما ياتي به المؤتم ولا يتابع المسبوق امامه فيه لم يكن
شرطا كقوله ورحمة الله وعن ابي حنيفة ان التسليمة الثانية واجبة وعن محمد فيما اعاد الصلوة وهو خلاف الامة ولان الكلام
ينافي الصلوة لانه من خطاب الناس فيقع الثانية خارج الصلوة فلا يفسد بتركها ولانه ذكر لا يتاخر عنه شي من افعال الصلوة
كتكبيرة الامام [illegible] بخلاف تكبيرة الافتتاح وقد روي عن محمد انه قال التسليمة الثانية تحية للحاضرين فكانت الاولى للخروج
والتحية والثانية للتحية خاصة وروي الحسن عن ابي حنيفة فيمن سلم اولا عن يساره فانه يسلم عن يمينه ولا يعيد السلم عن يساره وان
سلم تلقا وجهه سلم بعد ذلك عن يساره والسلم ليس من الصلوة عندنا وقال الشافعي التسليمة الاولى من الصلوة لنا
انها احدى التسليمتين كالثانية ولان ما يخرج به من الصلوة لا يكون فيها كالكلام ولان كلما لو وجد في اثنايها ابطلها لم يكن
منها كالمشي والكلام وروي الحسن عن ابي حنيفة ان المؤتم يسلم بعد الامام لان الامام يخرج بالسلام فلو لم يتاخر سلام المؤتم
يحصل قبل خروج الامام وروي عنه انه يسلم معه لان الخروج لا يقع الا بتمام الكلام فيحصل خروجهما معا وهذا
يوافق قوله انهما يكبران معا قال في كتاب الصلوة ينوي بالسلم من عن يمينه من الحفظة والرجال والنساء وقال في الجامع الصغير
من الرجال والنساء والحفظة وذلك لان السلام تحية للحاضرين فوجب ان يقصدهم به كالسلام في غير الصلوة واما اعتبار الحفظة
فلان المنفرد ياتي بالسلام وحفظ الحاضرين وليس هناك الا الملائكة فدل انهم يقصدون بالسلم والروايات التي قدم فيها الادميين
فلانه حاضر مشاهد فهو اولى بالقصد قال محمد فان كان الامام في الجانب الايمن نواه فيهم وان كان في الايسر نواه فيهم
وذلك لما روي سمرة بن جندب قال امرنا رسول الله صلى الله عليه ان نسلم عن ايماننا وان يسلم بعضنا على بعض وروي عمرو بن الزبير ان
النبي عليه السلم قال لا تسبقوا في الركوع والسجود ولكنه يسبقكم فاذا كان التسليم فسلموا على يمينكم وسلموا على شمالكم
وسلموا على انفسكم اذا انصرفتم ولان الامام من جملة الحاضرين فوجب ان ينويه وان كان الامام بين يديه نواه في الجانب الايمن
لانه افضل الجوانب وقال مالك ان المؤتم يسلم تسليمة ثالثة ينوي بها الامام وقال علي بن الجعد عن ابي يوسف سالت ابا
حنيفة هل يرد من خلف الامام عليه فيقول وعليك قال لا وتسليمهم رد عليه وهذا صحيح لان التسليمة الثالثة لو كانت ثابتة
لعلمها رسول الله صلى الله عليه الصحابة ولفعلتها الامة بعده قال واذا سجدت المراة فانها تنخفض ولا تنتصب كانتصاب الرجل
وتلزق بطنها بفخذيها وتجلس للتشهد على اليتها اليسرى وتخرج رجليها من الجانب الايمن وذلك استر لها وقد فرقنا
الكلام في صفة قعودها واما السجود فالاصل فيه ان الرجل والمراة في احكام الصلوة سوا لقوله عليه السلم خطابي
للواحد منكم خطابي للجماعة وهذا يقتضي التساوي الا ما عاد الى الستر فان بدن المراة عورة فيجب ان تودي العبادة
على استر ما يكون لها والصفة التي ذكرها استر من الانتصاب فهو اولى

ما ينبغي للمصلي ان يفعله في صلوته قال الشيخ رحمه الله ينبغي للرجل اذا دخل في صلوته
ان يخشع فيها لان الله تعالى مدح الخاشعين في صلوتهم ويكون منتهى بصره الى موضع سجوده ولا يرفع راسه الى السما ولا يطاطي
راسه اما الخشوع فلقوله تعالى الذين هم في صلوتهم خاشعون وروي ان النبي عليه السلم راى رجلا يعبث بلحيته في الصلوة فقال
لو خشع قلبه لخشعت جوارحه واما النظر الى موضع سجوده فقد ذكرناه ولا يرفع راسه الى السما لانه بخلاف النظر فصار كالالتفات
ولا يطاطي لما روي انه عليه السلم نهى ان يدبح الرجل في صلوته تدبيح الحمار قال ولا يتشاغل بشي غير الصلوة قال ولا يفرقع اصابعه ولا
يشبكها لما روي سهل بن معاذ بن انس عن ابيه عن النبي عليه السلم انه قال الضاحك في الصلوة والملتفت والمفرقع بمنزلة واحدة وروى الحرث
عن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلم قال يا علي اني احب لك ما احب لنفسي لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولقوله عليه السلم اسكنوا في الصلوة
ويروى كفوا ايديكم في الصلوة واما تشبيك الاصابع فان كان في حال القيام فالسنة ان يضع احديهما على الاخرى وفي حال الركوع
وفي السجود على ركبتيه وعلى الارض فان لم يفعل فقد ترك الوضع المسنون فكره قال ولا يجعل يديه على خاصرته لحديث ابي هريرة
ان النبي عليه السلم نهى عن الاختصار في الصلوة وروي عن النخعي وعن عايشة كراهة ذلك وقالت هو فعل اليهود وروي انها رات رجلا
يفعل ذلك فقالت هكذا استراحة اهل النار في النار قال ولا يقلب الحصى الا ان يسويه لسجوده مرة واحدة لحديث ابي ذر ان النبي
عليه السلم قال اذا قام احدكم الى الصلوة فان الرحمة تواجهه فلا يمسح الارض الا مسحة وعن شرحبيل ان النبي عليه السلم قال لان يمسك احدكم
عن الحصا خير له من ان يكون له مائة ناقة سود الحدق فان غلب احدكم الشيطان فليمسح واحدة وقال علي تقليب الحصا في
الصلوة من الشيطان ومثله عن عمر قال ولا يلتفت لما روي عن عايشة قالت سالت رسول الله صلى الله عليه عن الالتفات في الصلوة
فقال انه اختلاس يختلسها الشيطان من صلوة العبد وروي ابو هريرة ان النبي عليه السلم قال اياكم والالتفات في الصلوة فانها
هلكة وروي لا صلوة لملتفت قال ولا يقعي لحديث علي عن النبي عليه السلم انه نهى عن النقر والاقعا وقد بيناه قال ولا يتربع الا من
عذر لقوله عليه السلم صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم الا المتربع واما اذا كان لعذر فلان الاعذار تبيح ترك الواجبات
فاولى ان تبيح ترك المسنون قال ولا يفترش ذراعيه لقوله عليه السلم افتراش الكلب وقد بيناه قال ولا يتمطى ولا يتثاءب فان غلبه
شي من ذلك كظم وجعل يده على فيه لان في ذلك استراحة في الصلوة فيكره كما لو بكى على شي ولانه يغير هيئة الصلوة واما
ان غلبه فقد روي ابو هريرة ان النبي عليه السلم قال اذا تثاءب احدكم في الصلوة فليضع يده على فيه ولانه يدفع الاذى عن نفسه
لانه ربما ادى الى ان يدخل في فمه حلقه ذباب او شي اخر قال ويدرا ما يمر بين يديه ما استطاع من غير ان يقاتله ويلومه ذلك
للمار لقوله عليه السلم لا يقطع الصلوة شي وادرءوا ما استطعتم وقال اذا مر بين يدي المصلي انسان فليدراه فان انصرف [illegible]

فليدراه [illegible] بعد لا يفسد الصلوة ولان المقصود بذلك اصلاح صلوته
[illegible]

صلى بالمداين على دكان والناس اسفل منه فجذبه سلمان حتى انزله فلما انصرف قال اما علمت ان اصحابك [illegible]
حذيفة بلى ذكرت ذلك حين جذبتني وعن ابن مسعود انه جا الى مسجد فراى شيا مرتفعا فقال للامام استو مع اصحابك
وعن عمار انه راى رجلا يصلي على دابته للناس فاخذ بقفاه فحطه على الارض وقال صل هاهنا وروي كراهة عن
النخعي ولان المساجد في سائر بلاد المسلمين تبنى على صفة واحدة في الاستوا من غير تفاوت فدل على انهم
لا يختلفون واما الذي ذكره ابو جعفر من اقل من قامة فيجوز من غير كراهة فوجهه ما روي عن ابي هريرة انه صلى فوق
سطح بصلوة الامام وهو اسفل منه وروي في خبر سهل بن سعد ان رسول الله صلى الله عليه صلى على منبره وركع ثم
نزل القهقرى ثم سجد الا انه يجوز للامام اذا كان اقل من قامة لانه امكن للاقتدا واذا جاوز القامة احتاجوا
الى تكلف النظر اليه كيف يكبر فلا يقتدون به وذكر ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان حذيفة بن اليمان ذهب ثم اتى
الناس بالمداين فقام على دكان مرتفع من جص فجذبه سلمان الفارسي اليه وقال انما انت رجل من القوم تقوم
مقامهم قال محمد في رجل دخل المسجد والامام راكع احب الي ان لا يركع حتى يصل الى الصف وان خاف الفوت
ويكره للرجل ان يركع دون الصف ثم يكره ان يصلي وحده خلف الصفوف والاصل في ذلك ما روي في حديث
وابصة ان رسول الله صلى الله عليه قال لا صلوة لمنفرد خلف الصف واما جواز الصلوة مع ذلك بخلاف قول اصحاب الحديث
ان النبي عليه السلم افرد العجوز خلف الصف ولو كان ذلك يفسد الصلوة بحال لما اقامها فيه ولانه مقام يجوز ان يقوم
المؤتم بحال وهو ان يكون معه غيره فيجذب فيبقى هو فما افسد الصلوة ابتدا افسدها حال البقا ولان المؤتمين
يسبق احدهم مع امامه الى التكبير فيكون منفردا خلف الصف بحق وقوله عليه السلم لا صلوة لمنفرد خلف الصف
محمول على نفي الكمال والفضيلة بدلالة ما ذكرناه واما اذا لم يجد في الصف فرجة لم يكره لانه حال عذر فصار
كقيام المراة وكالواحد ثم الى جانبه ومن قال يجذب ويومي من ادرك القوم ركوعا ان ياتي وعليه السكينة
والوقار ولا يعجل الى صلوة حتى يصل الى الصف فما ادرك مع الامام صلى بالسكينة وما فاته قضى لقوله عليه السلم
اذا اتيتم الصلوة فلا تاتوها وانتم تسعون واتوها وعليكم السكينة والوقار فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا
قال وكره ابو حنيفة رحمه الله للرجل ان لا يقيم صلبه في الركوع والسجود وهو قولهم جميعا فان فعل ذلك فقد اسا
وهذا قولهم في الاصول وروي معلى واصحاب الاملا عن ابي يوسف انه اذا لم يقم صلبه لم تجزه وقد بينا هذا
وابو يوسف يحتج بقوله عليه السلم لا صلوة لمن لم يقم صلبه في الركوع وبما روي ان حذيفة راى رجلا يصلي لم يقم
صلبه في الركوع والسجود فقال له كم تصلي قال منذ كذا سنة فقال لو مت على هذا لمت على غير الفطرة
واما الكراهة بالاجماع فلقوله للاعرابي ثم اركع حتى تطمئن راكعا وقد بينا ذلك انه نقص في الكمال ويكره
ان يغطي فاه لما روي عطا عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه نهى ان يغطي الرجل فاه في الصلوة ولانه ان غطاه
بيده فقد قال النبي عليه السلم كفوا ايديكم في الصلوة وان فعل ذلك بثوبه فهو التلثم وقد نهي عنه في الصلوة
قال ولا يعقص شعره او يكف ثوبه وعقص الشعر ان يجمعه على وسط راسه ويشده وقد روي ابو رافع ان
النبي عليه السلم نهى ان يصلي الرجل وراسه معقوص وروي ابو رافع قال مر بي رسول الله صلى الله عليه وانا اصلي
وشعري قد عقصته فاطلقه وفي خبر ابن عباس ان النبي عليه السلم قال امرت ان اسجد على سبعة اعضا

ولا الكف شعرا ولا ثوبا وروي كراهته عن علي وعمر وابن مسعود وعن ابن عباس ان النبي عليه السلام قال مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي
يصلي وهو مكتوف وقد قيل في تحديد لا اصل انه يكره ان يصلي معتجرا وقيل الاعتجار ان يشد لحول راسه المنديل ويكره وسطه فيكره
لانه فيه تشبها باهل الكتاب وقيل هو ان يلف شعره على راسه بمنديل فالعاقص شعره وقيل هو الذي يجعل المنديل على اسه
ووجهه كمعجر النسا والجميع ممنوع منه ٥ ولا باس بالصلوه على الطنافس واللبود وسائر الامتعه وهو قول الثوري والشا فعي
وكره مالك السجود على الطنافس وبسط الشعر والادم ولم ير باسا بالقيام والركوع عليها وروي عن ابن عباس انه يصلي على طنفسه
وعن ابي الدرداء انه قال ما ابالي صليت على ست طنافس بعضها فوق بعض وهذا فرع على طهارة الشعر والجلد وقد بيناه ٥
واما البساط فقد روي عن ابن عباس ان النبي عليه السلام صلى على بساط وعن ابن مسعود انه يصلي على مسح ومثله عن علي وابن عباس وجابر
وعن ابي عون الثقفي قال كان رسول الله يصلي يستحب ان يصلي على فروه مدبوغه او على حصير واما المصلي فقد روت عائشه
انه عليه السلام صلى على خمره ويروى على حصير ولا باس بالسجود على كور العمامه وهو قول ابي حنيفه وقال الشافعي لا يجوز
لنا ما روي ابو هريره ان رسول الله صلى الله عليه كان يسجد على كور العمامه ولانه حايل لو انفصل عنه لم يمنع فعل السجود فاذا كان
متصلا لم يمنع كالخف وقد ذكر في الاثار لا باس بالسجود على كور العمامه وروي الحسن عن ابي حنيفه انه لا يسجد على كور العمامه
وان فعل اجزاه ٥ قال ويكره للماموم ان يسبق الامام بشي لقوله عليه السلام فاذا ركع فاركعوا وقال لا تبادروني بالركوع
والسجود فاني امرؤ قد بدنت ولانه ماموم بمتابعه الامام فاذا سبقه ترك المتابعه فلم يجز ٥ فان فعل وادركه
الامام اجزاه وقد اساء وقال زفر لا يجزيه ووجه قولهم ان ما يسبق به الماموم امامه لا يعتد به فيصير كان لم يكن
الا الجزء الذي يشارك فيه الامام وذلك القدر يكفيه فيجزيه ووجه قول زفر ان الجزء الاول لما لم يعتد به فما بعده مداومه
على ذلك الفاسد فلا يعتد به ايضا فكانه رفع راسه قبل الامام او كبر قبله ٥ وان رفع راسه قبل ان يركع الامام لم يجزه
الركوع وكذلك السجود وذلك لانه ماموم بمتابعه الامام فما فعله قبله لم يقع على وجه المتابعه فلم يعتد به ٥ قال ويكره
ان يقرا في الصلوه في غير حال القيام لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن القراءه في الركوع والسجود وقال اما الركوع فعظموا فيه
الرب واما السجود فاكثروا فيه من الدعا فانه قمن ان يستجاب لكم ٥ قال ويكره السدل في الصلوه ولبسه الصما ان يجعل
ثوبه على راسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه والصما ان يجمع طرفي ثوبه ويخرجهما تحت احدى يديه على احدى
كتفيه اذا لم يكن عليه سراويل وقد ذكر معلى كراهه السدل عن اصحابنا قال السدل ان يجمع طرفي ازاره من الجانبين
جميعا فاذا ضمهما امامه فليس بسدل وقال الحسن السدل ان يضع وسط ثوبه على عاتقه ويرخي طرفيه وروي
ابو هريره عن النبي عليه السلام انه نهى عن السدل وفي خبر ابي جحيفه ان رسول الله صلى الله عليه مر برجل يصلي وقد سدل ثوبه فعطفه
عليه وروي كراهه السدل عن علي وابن عمر وهو قول التابعين عطا ومجاهد والنخعي وطاوس وسالم والاسود يقول السدل
متى كان عليه قميص وقال مالك لا باس بان يسدل عليه ثوبه في الصلوه سوا كان عليه قميص او لم يكن وقال الشافعي يكره السدل
للخيلا فاما لغيره فخفيف وروى معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفه كراهه السدل على القميص وعلى الازار وبه قال ابو يوسف
قال واكرهه لانه صنيع اهل الكتاب وهذا صحيح لان النهي عنه لما فيه من التشبه باهل الكتاب وهم يسدلون مع
القميص وغيره ٥ فاما لبسه الصما فقد روى الحسن عن ابي حنيفه في تفسير الصما انه كان كالاضطباع وانما كرهه لانه لبس اهل
البطر والاشر وقال هشام سالت محمدا عن الاضطباع فارانى الصما فقلت هذه الصما قال انما تكون الصما متى لم يكن عليك ازار ٥ قال
الشيخ رحمه الله ومما يلحق بهذا ما قال اصحابنا انه لا باس بالصلوه في ثوب واحد لما روي عمر بن ابي سلمه انه قال رايت رسول الله
صلى الله عليه وهو يصلي في ثوب واحد قد خالف بين طرفيه وقال ابو الدردا خرج علينا رسول الله صلى الله عليه ورأسه يقطر فصلى بنا في ثوب
واحد متوشحا به قد خالف بين طرفيه وقال ابو هريره قام رجل الى رسول الله صلى الله عليه فقال ايصلي الرجل في ثوب واحد فقال اوكلكم
يجد ثوبين رواه ابو حنيفه عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريره ولان المقصود ستر العوره وهذا المعنى موجود في
الثوب الواحد وسئل عمر عن ذلك فقال اوسعوا على انفسكم اذا وسع الله عليكم وهذا على وجه الاستحباب وعن ابن عمر انه راى
رجلا يصلي في ثوب واحد فقال ارايت لو ارسلت في حاجه اكنت منطلقا في ثوب واحد فقال لا فقال فالله احق ان تتزين له وهذا
محمول على الاولى وروى معلى وعلي بن الجعد عن ابي حنيفه فيمن صلى وعليه سراويل انه يجزيه وقد اسا وهذا قول ابي يوسف وروى
علي بن الجعد عن ابي يوسف قال سالت ابا حنيفه عن رجل صلى في قميص يشف لبس عليه غيره قال لا يجزيه ذلك وان كان صفيقا لا يشف
اجزاه وقال ابو يوسف هذا قال محمد واحب الا يشان ان يصلي في ثوبين ازار ورد فان لبس قميصا لبس معه قميصا اجزاه والاصل
في كراهه الصلوه في السراويل ما روى ابو هريره ان النبي عليه السلام نهى ان يصلي الرجل في الثوب وليس على عاتقه منه شي وعن النخعي انه
قال كانوا يكرهون اعداد المنالب وعن ابراهيم بن يزيد قال كان الرجل من اصحاب محمد اذا لم يجد ردا طرح على عاتقه عقالا وشرطوا
في الثوب الواحد ان يكون صفيقا لما روي ان النبي عليه السلام نهى ان يصلي الرجل في ثوب واحد بقميص ينفجه الى السما وابراهيم عن
سلمه بن الاكوع قال قلت يا رسول الله اكون في الصيد فاصلي في قميص واحد فقال زره ولو بشوكه وعن يحيى بن ابي كثير ان النبي عليه السلام
نهى ان يصلي الرجل في قميص محلول الازرار مخافه ان يرى فرجه اذا ركع وذكر ابن شجاع انه من صلى محلول الازرار ليس عليه
ازار انه ان كان لو نظر الى فرجه راى عوره نفسه من زيقه لم تجز صلوته وان لم يشاهد عورته جازت صلوته ٥ وقالوا
لا باس بان يمسح جبهته من التراب بعد الفراغ من صلوته قبل ان يسلم وان كان في وسط صلوته كره وروي ابو يوسف
عن ابي حنيفه انه قال لا باس ان يمسح جبهته من التراب يعني مواضع السجود في الصلوه وقال ابو يوسف احب الي ان يدعه
وقال محمد لا ارى به باسا قبل التسليم والتشهد لانه ربما يتاذى المصلي وربما شغله عن صلوته وهذا قول ابي حنيفه

وعن ابن مسعود اربع من الجفا ان يمسح جبهته قبل ان ينصرف من الصلوه وان يبول قائما وان يسمع المنادي فلا يجيبه وان
ينفخ في سجوده وانما جوزه في اخر الصلوه لان تركه يوذيه ولانه عمل قليل فهو عفو لاصلاح صلوته ولهذا رخص رسول الله
[illegible] ولا يكره للاسود بن يزيد في الصلوه لما في ذلك من شغل القلب في الصلوه ٥ ويكره النفخ في الصلوه فان سمع فهو قطع
للصلوه عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطعها الا ان يريد به التافيف ثم رجع فقال صلوته تامه وان اراد
به التافيف قال ابن سماعه يريد بالتافيف اف وعن ابن عباس انه قال اخشى ان يكون كلاما وقال النخعي وابن جبير هو
كلام ووجه قولهما قوله تعالى ولا تقل لهما اف فسماه كلاما وروى ابو هريره ان النبي عليه السلام كان يصلي ولا تنفخ ولانه
كلام يدل على معنى مفهوم ووجه قول ابي يوسف ما روي عن النبي صلى الله عليه انه صلى صلوة الخسوف وجعل ينفخ ويقول
رب الم تعدني ان لا تعذبهم وانا فيهم ولان هذا يفعل على وجه كراهه وقد يقال لا على وجه الكراهيه فيوقف على
القصد ثم رجع فقال الغالب انه تنفس وتنحنح فلا يكون كلاما واما النفخ الذي يسمع فهو كلام مهجا والذي لا يسمع
كالكلام الذي لا يسمع فهو كالتنفس ٥ وقالوا اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه وهو قول الثوري والشافعي وقال
ابن سيرين يضع يديه قبل ركبتيه وقال مالك يبدا بايهما شا وقال الاوزاعي ادركت الناس يضعون ايديهم قبل ركبهم
لنا حديث وايل بن حجر ان النبي عليه السلام كان يضع ركبتيه قبل يديه وروى ابو هريره عنه عليه السلام اذا سجد احدكم فلا يبرك
بروك الجمل يضع يديه قبل ركبتيه وهذا يفعل الجمل ولانه يعتمد على الارض من غير حاجه فاشبه اعتماده على الارض
حال القعود ولانها كانت اقرب الى الارض فالبدايه بها في الوضع اولى كوضع اليدين قبل الوجه والذي روي عن ابن عمر
ان النبي عليه السلام كان يضع يديه قبل ركبتيه محمول على حال العذر من كبر او مرض ٥ واما اذا قام رفع يديه قبل ركبتيه
لما قدمنا ان النبي عليه السلام كان ينهض على صدور قدميه ولان ما كان ابعد من الارض فانه يبتدي برفعه كما يرفع الوجه قبل اليدين

فصل في قدر القراءه في صلوات الفرض قال الشيخ رحمه الله

القراءه عند ابي حنيفه في ركعتين من الصلوه الى اخرها ذكرنا من القراءه واختلاف الروايه فيه وان القراءه في ركعتين من الصلوه
قال ابو الحسن وترك قراءه فاتحه الكتاب عندهم مكروه وتاركها مسي فاما كراهتها تركها فلان الاخبار كلها تدل على ان الصلوه لا تتم الا بها
بفاتحه الكتاب فهي خداج والخداج الناقص ولانه عليه السلام داوم على انها واقل احوال النبي المداومه الاستحباب
ولو قرا فاتحه الكتاب ولم يقرا معها شيئا فهو مكروه عندهم جميعا والاصل في هذا ان كل ركعه وجب فيها القراءه
فالسنه ان يقرا فاتحه الكتاب ومعها غيرها ويروى وسوره معها ٥ قال ابو حنيفه لو قرا ثلاث ايات مع
فاتحه الكتاب فقد احسن قال ابو الحسن لانه قرا مع فاتحه الكتاب قدر سوره وذلك لقوله عليه السلام ومعها غيرها
وروي انه كان يقرا في الاوليين بفاتحه الكتاب وسوره واقصر السور ثلث ايات والقراءه لا تتعين فاذا قرا
مقدار السوره اجزاه ٥ وباي لسان قرا عند ابي حنيفه وهو يحسن العربيه اجزاه وقد اساء [illegible]
ابو يوسف لا يجزي ان يحسن العربيه وان لم يحسن اجزاه [illegible]
ان شجرة الزقوم طعام الاثيم [illegible]
قال عبد الله [illegible]
وان الخطا [illegible]
ان القران [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
الى هذا القران لانذركم به ومن بلغ [illegible]
انزل على سبعه احرف [illegible]
اختلاف القراء [illegible]
لا تجزي في الصلوه [illegible]
بالعربيه [illegible]
اجزاه وقال [illegible]
[illegible]
بالفارسيه [illegible]
[illegible]
الفارسيه [illegible]
العربيه [illegible]
[illegible]

فصل في قدر القراءه في الصلوه قال الشيخ رحمه الله قدر القراءه في الفجر [illegible] سوى

فاتحة الكتاب وفي الثانية سوى فاتحة الكتاب ما بين عشرين الى ثلثين اية وفي الظهر في الركعتين جميعا سوى فاتحة الكتاب مثل القراءة في الركعتين الاوليين من الفجر وفي العصر في كل ركعة سوى فاتحة الكتاب قدر عشرين اية سواها وكذلك العشا الاخرة وفي المغرب في الركعتين فاتحة الكتاب وسورة من قصار المفصل ويقرا في السفر ما شا قبل [illegible] من القراءة اختلاف وهذه احسن الروايات وهي احب الي رواها معلى عن ابي يوسف قال سالت ابا حنيفة عن القراءة في هذا الفجر فقد ذكر ابو الحسن ما قدمنا فيه وقال محمد في كتاب الصلوة ويقرا في الفجر باربعين اية مع فاتحة الكتاب وقال في الجامع الصغير بستين او سبعين اية وقال في المجرد عن ابي حنيفة في صلوة الفجر في الركعة الاولى والذاريات ونحوها وفي الثانية هل اتى والمرسلات وفي كتاب الصلوة ذكر الحسن في الاولى والذاريات والرحمن وفي الثانية تبارك وهل اتى والمرسلات ٥ والاصل في ذلك ما روى ابن مسعود وابن عباس وابو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه كان يقرا في الفجر المزمل وهل اتى وروى جابر بن سمرة كان رسول الله يقرا في الفجر بقاف ونحوها ويروى بالواقعة ونحوها وروى ابو وايل عن ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه كان يقرا في صلوة الغداة من يوم الجمعة تبارك وهل اتى على الانسان وعن ابي برزة الاسلمي ان النبي عليه السلام كان يقرا في صلوة الغداة بستين الى المائة وهذا هو الوسط الذي لا ينفر الجماعة والذي روي عن ابي بكر انه قرا فيها البقرة وعن عمر انه قرا فيها سورة يوسف في الاولى وفي الثانية سورة الكهف فيحتمل ان يكون ذلك لبيان الوقت ٥ واما الظهر فذكر محمد في الاصل يقرا في الظهر نحو الفجر او دونه وفي المجرد عن ابي حنيفة في الظهر يقرا بعبس واذا الشمس كورت وفي الثانية بلا اقسم والشمس وضحاها والوجه فيه ما روى ابو سعيد ان النبي عليه السلام كان يقرا في الظهر في الاوليين في كل ركعة قدر ثلثين اية وفي الاخريين في كل ركعة قدر خمسة عشر او قال نصف ذلك ٥ واما العصر فقد قال محمد في الاصل ويقرا في العصر بقدر عشرين اية سوى فاتحة الكتاب وفي المجرد عن ابي حنيفة يقرا في العصر والضحى والعاديات وفي الثانية بالهاكم وويل لكل همزة والوجه فيه ما روى ابو سعيد الخدري عن النبي عليه السلام انه كان يقرا في الركعتين الاوليين من العصر في كل ركعة قدر خمسة عشر اية وفي الاخريين قدر نصف ذلك ويروى حزرنا قراءته في العصر فكان على النصف مما في الظهر ٥ واما في المغرب فقال في الاصل يقرا في كل ركعة سورة قصيرة خمس ايات او ست ايات سوى فاتحة الكتاب وفي المجرد عن ابي حنيفة ويقرا في الاوليين من المغرب مثل العصر وروى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يقرا في الاوليين بقصار المفصل والاصل فيه ما روي البراء ان رسول الله صلى الله عليه قرا في المغرب بالتين والزيتون وروى ابو الجوزاء عن رسول الله صلى الله عليه انه قرا فيها باذا زلزلت ولان تاخيرها مكروه فيجب ان تخفف حتى لا يبلغ الى الوقت المكروه وطلوع النجوم والذي روي انه عليه السلام قرا فيها بسورة الاعراف يجوز ان يكون اداها في اول الوقت ٥ واما العشا فقال في الاصل ويقرا في العشا بعشرين اية سوى فاتحة الكتاب وذكر في المجرد في الاوليين من العشا مثل الاوليين من الظهر وروى ابو الزبير عن جابر ان النبي عليه السلام قال لمعاذ اقرا في صلوة العشا بسبح اسم ربك الاعلى والليل اذا يغشى والشمس وضحاها وجملة هذا ان الامام منهي عن تطويل القراءة روى جابر بن سمرة قال كان رسول الله صلى الله عليه يصلي نحو الصلوات التي تصلون ولكنه كان يخفف صلوته اخف من صلوتكم ولقوله لمعاذ افتان انت اقرا باسم ربك الاعلى وهل اتيك حديث الغاشية وروى عثمان بن ابي العاص قال اخر ما عهد الي رسول الله ان قال صل باصحابك صلوة اضعفهم فان فيهم الصغير والكبير وذا الحاجة وعن زرارة بن اوفى قال كتب عمر الى ابي موسى ان اقرا في الفجر باول المفصل وفي العشا باوسط المفصل وفي المغرب باخر المفصل ٥ واما في السفر فيقرا بفاتحة الكتاب وما شاء من القران هذه رواية الاصل وفي الجامع الصغير لقوله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله واخرون يقاتلون في سبيل الله فاقرؤوا ما تيسر منه وهذا خطاب للمسافرين وروى عقبة بن عامر قال كنت مع النبي عليه السلام في السفر فلما طلع الفجر اذن واقام واقامني عن يمينه فقرا المعوذتين وعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه صلى باصحابه في السفر الفجر فقرا قل يا ايها الكافرون وقل هو الله احد ولان حال السفر خفيف بدلالة الفطر والقصر فاذا جاز ان يخفف من الفرض فمن صفاته اولى ٥ ولم يذكر ابو الحسن القراءة في الوتر وقال محمد في الاصل ما قرا في الوتر فهو حسن وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه انه قرا في الركعة الاولى من الوتر بسبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا ايها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله احد روى هذا الخبر عبد الرحمن بن ابزى الخزاعي وكذلك رواه ابن عباس وفي خبر عمران بن الحصين ان النبي عليه السلام كان يوتر بسبح اسم ربك الاعلى وعن ابن عمر انه كان يوتر بالمعوذتين وعن علي وابن مسعود انهما كانا يوتران بثلث يقران في كل ركعة سورة من المفصل وهذا صحيح لانه لا ينبغي ان يخص سورة بقراءة

الصلوة في السفر

قال الشيخ رحمه الله صلوة السفر ركعتان تمام غير قصر كذا روي عن عمر انه قال صلوة السفر تمام غير قصر على لسان نبيكم وعن عايشة وابن عباس ان الصلوة فرضت ركعتين قالت عايشة فلما قدم النبي عليه السلام المدينة اقرت في السفر وزيدت في الحضر وروى ابن عباس ان النبي عليه السلام قال ان الله فرض عليكم الصلوة على لسان نبيكم للمقيم اربعا وللمسافر ركعتين ٥ وجملة هذا ان فرض السفر في كل صلوة رباعية ركعتان وروي عن علي بن ابي طالب انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه صلوة الحضر اربعا وصلوة السفر ركعتين وعن عمر صلوة السفر ركعتان وصلوة الجمعة ركعتان تمام غير قصر سنة النبي عليه السلام وعن ابن عمر صلوة السفر ركعتان تمام غير قصر من خالف السنة كفر وروى ابو الوداك عن ابن عمر قال الصلوة السفر ركعتان [illegible] فان شئتم فردوها وروى النخعي عن عبد الله في المسافر ثم قال يعيد فالوصل مقيم ركعتين اعاد وقال مالك يعيد ما دام في الوقت وقال الشافعي فرضه اربع والركعتان رخصة لنا ما قدمنا وروي عن علي وابن مسعود وابن عباس وابو حنيفة

[illegible]

كانت فرضه في الاقامة اربعا وخروجه الى ضيعته لا يسمى به مسافرا لم يجز له ان يصلي ركعتين ولان هذا القدر من السير لا يلحق فيه مشقة فصار كالانتقال من محلة الى محلة اخرى ٥ واما الكلام في تقدير الايام الثلثة فلان النبي عليه السلام قدر رخصة السفر في المسح بثلثة ايام فدل على ان كل مسافر يتمكن من استيفاء الرخصة وروى ابو هريرة ان النبي عليه السلام قال لا تسافر امراة فوق ثلثة ايام الا مع ذي محرم عليه ذلك وهو احد ما يتعلق بالسفر وقد خصه بالثلثة فهو اولى المقادير ولانه قدر لا يمكن استيفاء رخصة مسح المسافر فيها اذا سافر سيرا معتادا فلا يتعلق به القصر اصله ما دون ليلتين ولان ما دونه لا يجب فيها القصر فوجب فيما الا بما كان في اليوم الواحد هذا في ابطال ما دون ثلثة ايام ٥ واما الشافعي فقد احتج بما روي عن مجاهد وعطاء عن ابن عباس ان النبي عليه السلام قال يا اهل مكة لا تقصروا في ادنى من اربعة برد من مكة الى عسفان وهذا الخبر رواه عبد الوهاب بن مجاهد عن ابيه وعطاء قال الدارقطني عبد الوهاب ليس بقوي وقال غيره كان عبد الوهاب يروي عن ابيه ولم يلقه ويكتب في كل ما يسال عنه وان لم يحفظه وكان الثوري يرميه بالكذب وقال يحيى بن معين فيه ليس بشي وقال احمد هو ضعيف جدا ورواه عن عبد الوهاب اسمعيل بن عياش واجمع اصحاب الحديث انه ضعيف فيما يرويه عن غير الشاميين وعبد الوهاب مكي واما وجه رواية الاصل فلان النبي عليه السلام اعتبر في رخصة المسح ثلثة ايام ولان المقادير التي تتعلق بها احكام الشرع لا تقوم اكثرها مقام جميعها كالحدود والشهادات ووجه الرواية الاخرى هو ان الانسان قد يسافر مسيرة ثلثة ايام فيتعجل في السير فيبلغ قبل الوقت المقدر بساعة او ساعتين ولا يعتد بذلك ولان الاكثر يقوم مقام الجميع في اطلاق المواضع في العدد واما اعتبار السير المعتاد فقد ذكر الحسن عن ابي حنيفة انه لو سافر في الماء سيرا سريعا في يومين يكون ذلك على الظهر ثلثة ايام او اكثر قصر في البر لو سار على البريد في يومين او في يوم الى موضع ومثله يسار بسير الابل بلا قصر وذلك لان العبادات انما يقع بالغالب من السير وذلك يكون بالمعتاد الوسط فلا يعتبر فيه السرعة الخارجة عن العادة ولا الابطاء الخارج عنها ٥ وقال ابو حنيفة في مصر له طريقان احدهما مسيرة يوم والاخر مسيرة ثلثة ايام فان اخذ رجل في الطريق الذي هو الابعد قصر وقال الشافعي ان كان له غرض صحيح قصر وهذا فاسد لان عدوله الى الطريق لا غرض له فيه كمن سافر من غير غرض فرخص كذلك هذا يجوز له الرخص ٥ قال ويقصر في سفره كله ما لم ينو الاقامة في موضع خمسة عشر يوما فان نوى اقل من ذلك او اقام [illegible] عزم على اقامة خمسة عشر قصر وجملة هذا ان السفر اذا صح لم ينقطع حكمه الا بعد صحة الاقامة وذلك يكون بالنية او بدخول الوطن ٥ فاما النية فاقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما واذا نوى ان يقيم ذلك في مكان يصلح للاقامة صار مقيما وعن ابن عباس اذا اقام خمسة عشر اتم الصلوة ومثله عن ابن عمر وهو قول ابن المسيب وابن جبير وقال مالك والليث والشافعي ان اقام اربعا اتم لنا ما روي عن ابن عباس وابن عمر وهما صحابيان فاذا قالا ذلك لا يعلم من طريق القياس حمل على التوقيف ولان هذا القدر متفق عليه وما دونه من الاربعة مختلف فيه فلا يجوز اثباته الا بدليل ولانه معنى موثر في ايجاب الصلوة والصوم اعني الاقامة فيعتبر كمدة الطهر ٥ واما اذا نوى اقامة خمسة عشر يوما في موضع لا يصلح للاقامة لم يكن مقيما ويعني معلى عن محمد انه اقام على مثل الثعلبية على ما يبين فيه ويوقف

هو فليس بمقيم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف في التغلبية ونحوها اذا كان هنالك قوم قد وطنوا ذلك المكان … ان كانوا
يسكنون الشعر قال ابن سماعة عن محمد عن ابي يوسف في الذي ينوي خمسة عشر يوما في مفازة انه لا يكون مقيما خلافا ما روى انه … عن محمد
وجه قولهم المشهور ان التغلبية ليست بموضع اقامة غالبا فهي كالمفازة ووجه قول ابي يوسف …
الاقامة فيها كالقرى ٥ وعلى هذا اذا دخل الامام دار الحرب ونوى الاقامة خمسة عشر يوما لم يصر مقيما وعن ابي يوسف انه يصير مقيما
وروي عنه انه قال ان كانوا في الاخبية والفساطيط فليسوا بمقيمين وان كانوا غلبوا على بعض البيوت صاروا مقيمين بالنية
وجه قولهما ان دار الحرب ليست بموضع اقامة المسلمين مع المحاربة فلا يتعلق بالنية حكم المقام فيها كمن نوى الاقامة
في المفاوز ولان اقامتهم لا يتعلق باختيارهم لانهم ان غلبوا اقاموا وان غلبوا او انهزموا انصرفوا فهم في حكم العبيد مع مولاه
ولا يتعلق بنيته حكم ووجه قول ابي يوسف انهم اذا غلبوا على بعض المصر فالظاهر الغلبة فيتعلق بنيتهم حكم واذا
كانوا في الاخبية فالظاهر انهم غير غالبين فلم يتعلق بنيتهم حكم ٥ وقد ثبت انه يصير مقيما بالنية فاذا اقام من غير نية لم يكن
مقيما وان طال مقامه وقال الشافعي اذا اقام اكثر من ثمانية عشر ليلة فهو مقيم وان لم ينو الاقامة وهذا القول مخالف
لاجماع السلف روينا ان ابن عمر اقام باذربيجان ستة اشهر يصلي ركعتين وعن انس ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه اقاموا
بنيسابور تسعة اشهر يقصرون الصلوة وعن انس انه اقام بنيسابور سنة او سنتين يصلي بالناس ركعتين ثم يسلم وعن
مسروق انه اقام بالسلسلة سنتين يقصر الصلوة وعن علقمة انه اقام بخوارزم سنتين يصلي ركعتين وعن عمران بن الحصين قال شهدت مع رسول الله
صلى الله عليه عام الفتح فاقام بمكة ثمانية عشر ليلة لا يصلي الا ركعتين ويقول لاهل البلد صلوا اربعا فانا سفر فجعل العلة بقاه على نية السفر
وروى جابر وانس قالا اقام رسول الله صلى الله عليه بتبوك عشرين يوما يقصر الصلوة ولانه متردد بنفسه في غير وطن فاذا لم يقطع
سفره بنية الاقامة لم يكن مقيما كما لو اقام عشرة ايام ٥ قال فان نوى المسافر ان يقيم بموضعين خمسة عشر يوما وليس مصرا واحدا
ولا قرية واحدة مثل ان ينوي ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما او الكوفة والحيرة فانه لا يكون مقيما اذا كان كل واحد من الموضعين
منفردا عن الآخر وذلك لانه لم ينو المقام في مكان واحد تمام مدة الاقامة فكانه نوى في مكان
واحد اقل من خمسة عشر يوما وليس كذلك اذا كان احد الموضعين متى خرج اليه المسافر لم يقصر لانه بلده فاذا نوى الاقامة
فيه تمام خمسة عشر يوما كان مقيما ٥ فان نوى المسافر ان يقيم في قرية او في نهر في سفينة او جزيرة من جزائر البحر او اقام بمنزل
التغلبية على ما ليس فيه بيوت مدر فليس بمقيم عند ابي حنيفة لان هذه مواضع لا تصلح للاقامة فلا يتعلق بنيته الاقامة حكم ولان
الاقامة يتعلق بها الحكم للترفه الذي يحصل للمسافر بالاقامة فاذا كان في مفازة لم يحصل الترفه فلم يوجد معنى الاقامة ٥
وفي بيان ما يوجب السفر والاقامة وما يتعلق بهما واختلفوا في متى يصلي المسافر ركعتين قال محمد في الاصل ولا يصلي المسافر ركعتين
حتى يخلف المصر قال الحسن عن ابي حنيفة من خرج من الكوفة يريد سفرا فاذا جاوز القرابة وهو يريد بغداد قصر وان كان نحو مكة
يجاوز الابيات فان كان في سفينة حتى يركبها الا ان يكون في وسط المصر فيعتبر مجاوزة البيوت وقد روى ابو الجوزاء عن ابي الاسود
ان عليا لما اراد الكوفة فلما … صلى بالناس اربعا وقال لولا الخص الذي بين يدي لصليت ركعتين ٥ والاصل في ذلك
حديث ابي العالية قال خطبنا ابو بكر الصديق فقال قال رسول الله صلى الله عليه للمقيم اربع وللظاعن ركعتان مولدي بمكة ومهاجري
بالمدينة فاذا خرجت من المدينة مصعدا من ذي الحليفة صليت ركعتين حتى ارجع اليها فذكر خروجه من المدينة وهذا لا يتناول اذا
بقي عليه شيء منها ولان جاوز المصر موضع لاقامته فصار كداره ولانه لو وصل الى هذا الموضع من سفره لم يكن ليتمه ٥ واذا قدم
من سفره … لم يتم صلوته ولا يلزمه الاتمام حتى يصير الى موضع لو كان فيه عند توجهه الى السفر لم يقصر
لما روي في خبر ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه كان اذا خرج من المدينة لم يزد على ركعتين حتى يرجع ولان هذا المكان لو صار
اليه ابتداء قصر كذلك في العود قبل ارتفاع سفره ٥ وقال اصحابنا لا يصير مسافرا بالنية حتى يخرج ويصير مقيما
بنفس النية اذا كان في موضع يصلح للاقامة ولم يكن تابعا لغيره وذلك لان النية بانفرادها لا حكم لها في اسقاط العبادات
حتى ينضم اليها امر آخر الا ترى ان المصلي متى نوى افساد صلوته بكلام او غيره لم تفسد ما لم ينضم اليه فعل آخر ولذلك
وكذلك من نوى التزام عبادة لم يلزمه حكمها ما لم ينطق واذا كان كذلك لم يثبت لنية السفر حكم ما لم ينضم اليه فعل
واما نية الاقامة فقد قارنها فعل وهو ترك السفر فصار كمال التجارة اذا نواه للقنية ٥ واما الوقت الذي يسافر
فيه فيقصر عندنا اذا سافر في الوقت قصر … او آخره اذا بقي منه قدر التحريمة وقال ابن حي في المسافر يسافر بعد
بعد زوال الشمس صلى اربعا ومن اصحاب الشافعي من قال اذا كان قد مضى من الوقت مقدار اربع ركعات وهذه المسئلة
فرع على ان وجوب الصلوة يتعلق بآخر الوقت عندنا وان اوله وقت لوقوعها مراعى وقد نص على هذا في …
وقال ابن شجاع اول الوقت يتأدى به الواجب موسعا ويتضيق ذلك بآخر الوقت وقال الشافعي لنا انها صلوة يجوز تأخيرها عن هذا
الوقت من غير عذر فلم يكن واجبة فيه كالعصر في وقت الظهر يوم عرفة واذا ثبت ان الوجوب يتعلق بآخر الوقت وقد
حصل ذلك فهو مسافر وكان عليه ان ياتي بفرض السفر وكذلك ان اقام وقد بقي من الوقت مقدار التحريمة صلى اربعا
لان وقت الوجوب حصل وهو مقيم فكان عليه فرض الاقامة ٥ وقد قال اصحابنا فيمن يذكر صلوة اقامة في السفر صلاها
صلوة مقيم لانها استقرت في ذمته وصارت دينا فلا تتغير بالسفر كالنذر ٥ وذكر ابن المنذر في الاختلاف ان هذا
الفصل اجماع ٥ واما اذا فاتته صلوة حال السفر فذكرها حال الاقامة فانه يصليها صلوة سفر عندنا لان الركعتين اصل
الفرض وقد استقر في ذمته بخروج الوقت فلا تتغير بالاقامة كركعتي الفجر ولانه عدد يجوز للمسافر الاقتصار عليه
منفردا به فلا يتغير باقامته كالمغرب ٥ قال ابو الحسن اذا خرج من مصره مسافرا فلما سار نوى الرجوع الى اهله لحاجة

فان كان الموضع الذي رجع منه الى مصره مسيرة ثلاثة ايام قصر وان كان اقل من ذلك اتم في مكانه في رجوعه وفي مقامه
في مصره … خرج منه الى سفره وذلك ان السفر لا يتحقق الا … فيستحق حكمه وجواز ان
… الرجوع قبل تمام ثلاثة ايام … وجب ان يصلي صلوة مقيم كانه لم يسافر ٥ واما اذا اتم
سفره ثلاثة ايام ثم عزم على العود فقد صح السفر … فلا يبطل الا بدخول وطنه او بنية الاقامة …
على ان دخول الوطن يبطل السفر ان النبي عليه السلام كان يسافر … واذا عاد الى المدينة اتم … من قصر السفر لدخول
بدخول الوطن … ٥ والكلام في هذا الموضع يقع في الاوطان والخلاف في احكامها ٥
والاوطان ثلثة وطن اهلي وهو الوطن الذي يستقر الانسان فيه ولاهله فيه … هذا الوطن سماه ابو الحسن وطن القرار
والثاني وطن سفر وهو الذي يدخل المسافر من البلاد فينوي ان يقيم فيه خمسة عشر يوما والثالث وطن سكنى
وهو ان ينوي في مرحلة اقل من خمسة عشر يوما ٥ فاما الوطن الاهلي وهو الذي سماه ابو الحسن وطن اقامة فانه يبطل
بحدوث وطن مثله لان النبي عليه السلام … مكة وكان وطنه بها فلما هاجر … وطن بالمدينة بطل ذلك الوطن
الاصلي … دخلها عام الفتح فلم يتم صلوته وقال اتموا يا اهل مكة فانا قوم سفر ولان … خرجت من
كونها وطنا ولانهما متساويان والثاني طارئ على الاول فاسقط حكمه وهذا اذا انتقل حكمه عن اهله عن الاول
فاما ان استحدث وطنا واهلا في بلد آخر واهله في البلد الاول بانه لم ينتقله فكل واحد منهما الوطن اهلي ولا
يبطل الوطن الاهلي بالسفر لان الحاج … خرج مسافرا فلا يبطل وطنه وقد سافر عليه السلام فلم يبطل وطنه بالمدينة
بالسفر ولا يبطل … وطن الاقامة لانه اضعف منه فلا يبطل الاقوى بالاضعف ٥ واما وطن الاقامة الذي سماه
ابو الحسن وطن سفر فيبطله الوطن الاهلي لان المسافر … يسقط … بعوده الى وطنه ولهذه
لان الوطن الاهلي آكد واقوى والشيئان المختلفان اذا اجتمعا تعلق الحكم بالاقوى منهما وسقط الاضعف
ويبطله وطن مثله لانه ساواه في القوة وطرى عليه فصار كطرو الوطن الاهلي على مثله ويبطل بانشاء سفر
ثلثة ايام لان هذا الوطن صار وطنا له بنيته وفعل السفر ينافي نية الاقامة فيبطل الوطن بوجود ما ينافيه فلا
يبطل بوطن السكنى لانه اضعف منه فلا يؤثر الضعيف في القوي كما لا يبطل وطن الاهلي بوطن السفر ٥
واما وطن السكنى فيبطله مثله كما يبطل الاوطان بحدوث مثلها ويبطله الاهلي ووطن السفر لانه اذا يبطل ما هو
مثله فلان يبطل ما هو اقوى اولى منه والدليل على ضعف هذا الوطن ان وجوب الصوم واتمام الصلوة لا يتعلق به
ويتعلق ذلك بوطن الاقامة ٥ قال ابو الحسن في الجامع اختلفت الرواية عن محمد في وطن السفر وهو الذي سميناه
وطن الاقامة فروي عن محمد انه لا يكون … بعد سفر في موضع تكون بينه وبين المصر الذي هو مقيم فيه ثلثة ايام فصاعدا
وروى ابن سماعة عنه انه يكون وطنا وان لم يكن سفر ثم ولم يكن بينه وبين اهله ثلثة ايام … وروي عن ابي يوسف
انه اذا نوى ان يقيم خمسة عشر يوما بعد السفر في موضع وليس بينه وبين اهله ثلثة ايام انه يصير له وطنا وقد اختلف قوله
فيمن نوى ان يقيم خمسة عشر يوما ولم يتقدم له سفر وجه الرواية الاولى ان وطن السفر يكون بعد انشاء سفر فينقطعه
بالوطن ومتى لم يوجد هذا المعنى بطل اعتبار الوطن وصار كمن خرج الى ضيعته او المصلى فاقام بها ٥ واما
اذا خرج مسافرا الى مسافة ثلثة ايام فقد صح سفره وانقطع السفر فصار كانه نوى الرجوع الى بلده فيبطل سفره
ويصير كان لم يكن ووجه الرواية الاخرى ان الوطن الاهلي يجوز ان يحدث … وان لم يكن سفر
ولا بعد عن وطنه الاول مسيرة ثلثة ايام وكذلك وطن الاقامة فرع هذه الاصول ٥ قال محمد وبغدادي
خرج الى القصر ونوى ان يقيم بها خمسة عشر يوما فلما دخل القصر عزم على ان ياتي الكوفة فيقيم بها يوما ثم يعود الى
بغداد ثم يمر بالقصر فانه يتم الصلوة حتى ياتي بغداد في رواية ابن سماعة عن محمد وفي الرواية الاخرى يتم حتى ياتي الكوفة
فاذا خرج منها يريد بغداد قصر في وطنه كله وبالقصر ايضا حتى ياتي بغداد وانما على رواية ابن سماعة فلانه وطن وان لم يتقدمه
سفر فاذا خرج الى الكوفة فذلك ليس بسفر فاذا خرج الى بغداد فبينه وبين وطنه بالقصر اقل من ثلثة ايام فلا
يجوز ان يقصر فاما على الرواية الاخرى فالقصر ليس بوطن لانه لم يتقدمه سفر فلما خرج الى الكوفة فليس ذلك
بسفر صحيح فيتم فاذا خرج من الكوفة الى بغداد وليس بينهما وطن فهو سفر صحيح فقصر ٥ وكذلك ان خرج من بغداد
يريد الكوفة فلما دخل القصر بدا له ان يقيم بها خمسة عشر يوما ثم عزم بعد ذلك على ان ياتي الكوفة ويقيم بها ثم يرجع الى بغداد
فانه يقصر اذا خرج من الكوفة في رواية ابن سماعة عن محمد على ما بيناه وقد حكي عن ابي يوسف في هذه المسئلة انه يتم
حتى ياتي بغداد لانه استوطن القصر بعد نية سفر صحيح ٥ قال محمد في خراساني قدم الكوفة واراد المقام
بها شهرا ثم خرج الى الحيرة فوطن نفسه على المقام خمسة عشر يوما ثم خرج من الحيرة يريد خراسان فانه يصلي بالكوفة ركعتين
وذلك لان وطنه بالكوفة وطن اقامة ووطن سفر على ما قال ابو الحسن رحمه الله وهذا الوطن يبطل … انه
يبطل بمثله فلما نوى ان يقيم بالحيرة خمسة عشر يوما فقد حدث له وطن مثل الاول فبطل اقامته بالكوفة فصار مروره بها
كمروره بسائر البلدان فيصلي بها ركعتين ٥ قال محمد ولو ان هذا الخراساني لما خرج من الكوفة الى الحيرة لم يوطن
نفسه على الاقامة خمسة عشر يوما فاقام بالحيرة اياما على تلك النية وهو يتم الصلوة ثم خرج من الحيرة يريد خراسان
فمر بالكوفة فانه يصلي اربع ركعات لان وطنه بالحيرة وطن سكنى فلم يبطل وطن الاقامة الذي كان له بالكوفة
فاذا اجتاز بها وهي وطنه صلى اربع ركعات ما دام بها ولا يعتد بانشاء السفر من الحيرة كمن كان من اهل الكوفة

خرج منها الى الحيرة ثم انشا سفرا من الحيرة الى خراسان لم يصر مسافرا حتى يفارق الكوفة ٥ قال ولو كان خراسانيا اتى الكوفة
فنوى ان يقيم بها خمسة عشر يوما اتم الصلوة لانه نوى اقامة صحيحة فعاد بها الى حج من اوساطها فال جاء ثم خرج
منها يريد مكة فلما وصل الى القادسية ذكر حاجة له بالكوفة فانصرف اليها صلى ركعتين لانه انتقض نيته ثم
ايام وهو مسافر صحيح من تلك حتم وطنه ورجوعه اليها ودخوله بلد الا هو مسافر ولو كان الرجل من اهل الكوفة وامثله
بها صلى اربع ركعات لان الوطن الاصلي لا ينتقض الا بمثله او بوجود الا انشاء السفر وذلك لا يبطل ٥ واذا
خرج الكوفي الى القادسية وهو لا يريد ان يجاوزها ثم خرج منها الى الحيرة وهو يريد ان يجاوزها ثم خرج
من الحيرة يريد الشام فمر بالقادسية فانه يصلي ركعتين لان وطنه بالقادسية كان وطن سكنى فاذا
خرج الى الحيرة حدث له وطن مثله فبطل الاول وسائر البلدان سواء ٥ قال ولو خرج من القادسية
لحاجة له حتى اذا كان قريبا من الحيرة بدا له ان يرجع الى القادسية فيحمل ثقله منها ويرجع الى الشام فانه يصلي
اربعا حتى يخرج من القادسية لانها وطن سكنى فلا يبطل الا بوطن مثله وخروجه منها لا يبطل حكم الوطن بها
لا يبطل حكم سائر الاوطان ٥ قال ابو الحسن واذا دخل المسافر في صلوة مقيم صلى اربعا وقال مالك
ان ادرك معه ركعة فما فوقها اتمها اربعا وان كان اقل من ذلك صلى ركعتين ومن الناس من يقول لا يلزمه
الاتمام في جميع الاحوال لنا قوله عليه السلم فلا تختلفوا على ائمتكم وهذا يوجب متابعته في جميع الاحوال في
جميع الصلوة وعن ابن عباس ان صلينا معكم صلينا اربعا وان صلينا في بيوتنا صلينا ركعتين ولانه اجتمع في الصلوة
حكم السفر والاقامة فكان الحكم للاقامة كمن افتتح الصلوة في سفينة فانحدرت ٥ واما الكلام على مالك
فلان متى ادرك الامام لما لزمته الاتمام اذا استوى فيه اول الصلوة واخرها كنية الاقامة ٥ قال اصحابنا في
المسافر يقتدي بمقيم في الظهر فخرج الوقت ثم تفسد الامام صلوته قال على المسافر ركعتان وقال الشافعي
اربع لنا ان اصل الفرض عندنا ركعتان وانما لزمته الزيادة بحكم المتابعة فاذا زالت المتابعة عاد الى اصل
فرضه ولان ما لزم المسافر بحكم المتابعة يبطل عنه بالافساد كما لو دخل في الجمعة ٥ قال اصحابنا في المسافر
يدخل في صلوة المسافر ثم يحدث الامام فيستخلف مقيما لم يلزم المسافر الاتمام لان فرضه في الاصل ركعتان وانما يلزمه
الاتمام بنية الاقامة او بالاقتداء بمقيم ولم يوجد احدهما فبقي على اصل فرضه ٥ قالوا في مسافر صلى
بمسافرين ركعة ثم نوى الاقامة اتم صلوته القوم لان المؤتمين تبع لصلوة الامام ونية الامام الاقامة توجب اتمام الصلوة
فلو جب الجمعة فصار كانهم اقتدوا ابتداء بالمقيم ٥ وقد قالوا في من خرج من مصره مسافرا فافتتح الصلوة ثم احدث
فعاد الى مصره فتوضا وعاد الى حاله فانه يصلي اربع ركعات لان دخول وطنه يبطل حكم السفر فصار كنية الاقامة
ومن خرج من مصره مسافرا فلم يتم ثلثة ايام حتى نوى الاقامة بطل حكم سفره لان السفر مراعى فاذا بطلت نية الاقامة
عاد الى الاصل ٥ واما اذا سار مسيرة ثلثة ايام ثم نوى الرجوع الى مصره فان نية السفر وان بطلت فهو بالعود قطع
لسفر صحيح متعلق به حكم الرخصة ٥ قال فان ائتم في الصلوة الفائتة في السفر بامام مقيم لم يجز ذلك
وذلك لان القعدة الاولى فرض للمؤتم نفل للامام والمفترض لا يجوز ان يقتدي بالمتنفل وليس هذا كالمقيم يقتدي
بمسافر لان القعدة الاولى فرض في حق الامام نفل في حق المؤتم والمؤتم يجوز ان يقتدي في نفله بمفترض ٥
قالوا والعبد اذا كان مع مولاه او امراة مع زوجها فالعبد مقيم باقامة مولاه ومسافر بسفره وكذلك المراة
مقيمة باقامة زوجها ومسافرة بسفره وكذلك كل تبع للانسان يلزمه طاعته من امام او امير جيش فهو كذلك
وذلك لان اقامة هؤلاء لا يقف على اختيارهم وانما يتبعون من يلزمهم الاقامة باقامته والسفر بسفره فاعتبر
فيه المتبوع وقد روي ان ابن مسعود انكر على عثمان لما صلى بمنى اربعا وصلى معه لانه يجوز ان يكون نوى الاقامة
لانه كان من جنده فلزمه اتباعه ٥ قال ابو حنيفة رحمه الله اذا صلى المسافر اربعا فقد اساء وخالف السنة لقول
ابن عمر من خالف السنة كفر ولانه يزيد على الفريضة والزيادة على الفرض لا يجوز الا من جهة الله تعالى كمن صلى الصبح
اربعا ٥ قال واذا نوى المسافر الاقامة وهو في الصلوة اتم الصلوة اربعا وحده صلى او خلف الامام الا ان يكون
قد ادرك اول الصلوة واحدث او نام فتوضا وجاء او انتبه وقد فرغ الامام فانه ان نوى الاقامة عند ذلك لم
يكن مقيما لان الامام قد فرغ من الصلوة وان كان مسبوقا ببعض الصلوة فهو مقيم في تلك الصلوة نوى ذلك خلف
الامام او بعد ما قام يقضي وذلك لانه اذا نوى الاقامة صار مقيما فلزمه الاتمام كما لو نوى في اول الصلوة ٥
واما اذا كان مدركا لاول الصلوة وقد فرغ الامام فان نيته لا تؤثر لانه في حكم من خلف الامام فكما ان الامام لو
نوى في هذه الحالة الاقامة لم يلزمه الاتمام كذلك هذا واما المسبوق فانه في حكم المنفرد ولهذا يلزمه القراءة
والمنفرد اذا نوى الاقامة صحت نيته ٥ وقال محمد في الاملاء في مسافر صلى الظهر ركعتين وسها وسلم
ثم نوى الاقامة سقط عنه سجدتا السهو في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يلزمه ان يتم صلوته وهذا مبني
على اختلافهم ان من عليه سجدتي السهو هل يمنع الخروج بسلامه عن صلوته فمن اصلهما انه خرج فنيته الاقامة خارج
الصلوة لا يتعلق بها حكم ولا يجوز ان يؤمر بفعل السجدتين لانه يلزمه الاتمام وذلك لانه متى عاد اليها يلزم قضاها
الى اخر صلوته ووجهه ان محلها خارج الصلوة وليس في الاصول ان يؤمر بفعل شي يلزمه رفضه في الحال فبطل
ان يؤمر بالعود الى الصلوة لفعلهما ٥ واما محمد فمن اصله انه في التحريمة فيصير كمن قعد قدر التشهد فنوى

لان من صلى مسافرا فقد نوى بعد اقامة اتم ولان الفرض ... لانه يتخلل ما ينافي الاقامة لزمه الاتمام كمقيم في الابتدا
ابتدا السفر ... ٥ فان صلى مسافر بمقيمين صلى بهم ركعتين وسلم ... المقيمون ركعتين وقد روي ان النبي عليه السلم صلى بمكة ركعتين وقال يا اهل
مكة اتموا صلوتكم فانا قوم سفر ... ادراك اول الصلوة لان فرض القراءة في ركعتين من الصلوة
... ٥ ...
الصلوة ولا تغير المعصية الفرض ٥ وقال الشافعي في العاصي بسفره لا يترخص ...
على الله صلى ... المسافر ركعتين ... فلم يختلف فيه القصر والاتمام
ولا ذلك ... استباحة الشيء المباح حالة المعاصي في سفره كاستباحته اصله اذا افتتح الصلوة الثانية واحواز
القطر في رمضان فلقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولان ... جاز لا فطار فيما
لغير العاصي جاز للعاصي اصله حال المرض ٥ واما جواز المسح على الخفين فلقوله عليه السلم يمسح المسافر ثلثة ايام ولان
كل من جاز له استباحة رخصة الاقامة حال الاقامة جاز له استباحة رخصة السفر حال السفر كالطاهر اذا اجنبت مع
غير محرم ٥ واما جواز الصلوة على الراحلة اذا خاف فلقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا ولانه خائف على نفسه
من النزول فجاز له الصلوة على الراحلة كالمطيع ولانه خارج المصر فجاز له التنفل على الراحلة كالمطيع ٥ واما
جواز اكل الميتة فلقوله تعالى ... ولانه خاف على نفسه التلف
فجاز له الانتفاع بالميتة كحال الاقامة ... ثم جعله للمعصية ٥ وقد قالوا انه يقصر في السفر
في كل صلوة هي اربع ركعات فاما ما هي ركعتان او ثلث فان السفر لا يغيرها والدليل على ذلك حديث عايشة ان
الصلوة فرضت ركعتين فزيدت في الحضر واقرت في السفر على ما كانت عليه فهذا يدل ان التغيير وقع في الصلوات التي جعلت
اربعا في الحضر ولان ذلك نقل عن فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نقلا مستفيضا فلا يجوز مخالفته ٥

باب الصلوة على الراحلة قال الشيخ رحمه الله ... المسافر

ان يصلي على راحلته تطوعا اينما كان وجهه في غير مصر مسافرا كان او غير مسافر اذا كان في غير مصر ... البيوت وفي هذا
المعنى خلاف رواية ابي يوسف والاصل في جواز الصلوة على الراحلة في حال السفر ما رواه ابو رافع عن عبد الله قال كان النبي عليه السلم
يومي ايما توجهه على راحلته قال نافع كان عبد الله يفعل ذلك وعن ابن عمر قال رايت رسول الله صلى الله عليه يصلي على حمار وهو
متوجه الى خيبر وعن ابي سعيد كان رسول الله يصلي على بعيره اينما توجه به سجوده اخفض من ركوعه وعن جابر ان رسول الله
صلى الله عليه كان يصلي على الراحلة نحو المشرق تطوعا فاذا اراد ان يصلي المكتوبة صلى على الارض ولان المسافر يركب
في عامة احواله ولا انسان يتنفل في عامة الاحوال فلو لم يجز له ان يتنفل راكبا ادى ذلك الى منعه من النوافل
وهذا لا يصح ولان النافلة قد يجوز ان يفعل على الارض قاعدا مع القدرة على القيام فدل على تخفيف حكمها فجاز ان
يفعلها الراكب في السفر ٥ وقال اصحابنا ان استقبال القبلة في ابتدا الصلوة على الراحلة ليس بواجب وقال
الشافعي واجب لنا حديث ابن عمر قال رايت رسول الله صلى الله عليه يصلي على راحلته حيث توجهت به وهذا بيان لصفة
الصلوة فلو اختلف الابتدا والانتها لبينه ولان استقبال القبلة لو كان شرطا في الابتدا لاعتبر حال البقا مثل
حال النزول واما الذي روي عن انس قال كان رسول الله صلى الله عليه اذا اراد ان يصلي على راحلته استقبل القبلة وكبر
وصلى حيث توجهت به لا يدل على الوجوب لان مجرد فعله عليه السلم لا يدل على الوجوب ٥ وقد قالوا انه يومي
ايماء لخبر نافع عن ابن عمر قال كان النبي عليه السلم يومي ايما توجهه على راحلته وفي خبر انس كان رسول الله يصلي على حمار وهو
متوجه الى غير القبلة يركع ويسجد ايما من غير ان يضع وجهه على شي ولانه لا يتمكن من السجود كالمريض ٥
قالوا ويجعل السجود اخفض من الركوع لما روى ابو سعيد كان رسول الله صلى الله عليه يصلي على بعيره اينما توجه وسجوده
اخفض من ركوعه ولان السجود اخفض من الركوع في موضعه فمتى اومى بهما لزمه الايما على الوجه الذي يقع
وضعهما عليه الا ترى ان الايما بالركوع جزء منه والايما بالسجود جزء من الاصل فوجب اعتباره باصله ٥ واما قوله
في التطوع فلما روي في خبر جابر ان رسول الله صلى الله عليه كان يصلي على الراحلة نحو المشرق تطوعا فاذا اراد المكتوبة
صلى على الارض ولان الاركان فرضه في المكتوبة فلا يجوز تركها مع القدرة والراكب قادر على النزول فلم يجز
له ترك الاركان كما لو كان على الارض وروى الحسن عن ابي حنيفة قال لا يصلي على الراحلة المكتوبة ولا الوتر
ولا ركعتي الفجر قال ابن شجاع لان الوتر فريضة عنده ومن جعل الوتر سنة فكذلك ... على النوافل
واما ركعتي الفجر فيومر بفعلها وينهى عن تركها فاشبها الواجبات ٥ وهما قال ابن شجاع يجوز ان يكون لبيان
الاولى دون الوجوب ويجوز ان يقال ان ما لا يؤدي على الارض قاعدا من غير عذر لا يفعل على الراحلة الا بالايما
وركعتا الفجر من هذا الجنس ٥ وقالوا يجوز ان يومي على اي الدواب شا لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا
ولم يفصل وصلوة النفل على الراحلة معتبرة بالفرض على الراحلة وقد روي انه عليه السلم صلى على حماره وعلى ناقته
وهذا يدل انه لا فرق بين اجناس الدواب ٥ واما قوله مسافرا كان او غير مسافر فقد قال في الاصل اذا خرج
المقيم من المصر فرسخين او ثلثة فله ان يصلي على دابته وروي ابن سماعة عن ابي يوسف ان للانسان ان يصلي
التطوع وهو راكب ما توجهت به راحلته وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يصلي على الراحلة في المصر وغيره
وجه الرواية التي شرط فيها السفر ان القياس يمنع جواز التنفل على الراحلة من غير ضرورة لانه يصلي بالايما من غير عجز

فاشبه المصلي على الارض ولما ورد الخبر عن النبي عليه السلام انه صلى على الراحلة في السفر فهما سواء مبني على اصله ولانه انما جاز في حال السفر
رخصة اذا ذلك انقطع عن سفره ورفقته وهذا لا يوجد في المقيم ولانه رخصة فيختلف فيها السفر والحضر كساير الرخص ۞
ووجه الدواب التي يجوز فيها للمقيم خارج المصر هي الصحيحة لحديث ابن عمر قال رايت رسول الله صلى الله عليه يصلي على حمار وهو
متوجه الى خيبر والتوجه من المدينة الى خيبر ليس بسفر ولان الخارج من المصر يلحقه مشقة في ...
فصار كالسفر ولان الركوب خارج المصر يلحقه المشقة كالمسافر وانما ذكره من فرسخين او ثلثة في بعده من المصر فلان
ما يقرب من المصر له حكم المصر بدلالة امتناع التيمم فيه ولان ما قرب من المصر لا يتصل فيه الركوب فصار كاهل المصر قال ولا يجوز
للماشي ان يصلي اين كان وجهه عندهم جميعا لانه فاعل لما ينافي الصلوة بنفسه فصار كالكلام فيها والاكل ولان الماشي لا يلحقه
المشقة في الوقوف كالقاعد ولان القياس يمنع جواز الصلوة مع الانتقال وانما تركوا القياس للخبر فوجب اعتبار ما نقل من فعله
عليه السلام وعلى هذا قالوا في السابح في البحر انه لا يصلي مع السباحة لانه فاعل ما ينافي الصلوة فهو كالماشي ۞ قالوا وكذلك
سجدة التلاوة اذا تلاها على الارض لان من اصلنا انها واجبة فاذا وجبت على الارض لم يجز ان يوديها على الراحلة كالفريضة
واما اذا تلاها وهو راكب جاز ان يومي بها لان سبب الوجوب وجد من جهته وهو راكب فصار كدخوله في نافلة ولانها
تتعلق بالحال عقيب التلاوة فجاز ان يوديها على الصفة التي وجبت عليه ۞ واذا اوجب صلوة وهو راكب جاز ان يوديها راكبا
وذكر في جمع الاصل ان من نذر ان يصلي ركعتين تطوعا فصلاهما على دابة لم تجزه فيجوز ان يحمل هذا على من اوجبها
على الارض لانه اوجبها على هذه الصفة فلم يجز ان يوديها انقص منها وان جعلنا ذلك على روايتين فوجه ما ذكر
في الاصل ان الصلوة عبارة عن اركان بصفة فمتى اوجبها بنذره لزمته باركانها ولا يجوز له تركها مع القدرة ولان الصلوة التي ثبتت
في الشرع ما كان بالاركان والايماء اقيم مقامها والنذر ينصرف الى موضع الشرع فلا ينصرف الى صلوة يومي وان جازت الصلوة
بالتيمم حالا وليس النذر ابتدا بالدخول فيها قاعدا لان الدخول ايجاب من طريق الحكم وان تعلق بالتكبير الذي هو قول فلزمه
ما يصح فعله على اي وجه كان واما النذر فهو عبارة من طريق اللفظ عن جميع الاركان فلزمه ذلك بالنذر ووجه
ما ذكر ابو الحسن ان ايجابها في هذه الحالة من جهته كدخوله فيها تحريما ... ولان النذر يتعلق بالحال التي هو
عليها فصارت كالسجدة التي تلاها في هذه الحال فان كان قد ابتدا فعلها راكبا اداها وان كان على الارض فعلى الارض لقيت الصلوة
واذا صلى المسافر على دابته ركعة ثم نزل بنا على صلوته وان ابتدا على الارض ثم ركب استقبل وروي عن ابي يوسف
انه يستقبل في الوجهين اما اذا افتتحها نازلا ثم ركب فلان الركوب عمل كثير لانه يحتاج الى المعالجة الكثيرة في العادة
والعمل الكثير لغير عذر يوجب فساد الصلوة اذا لم يكن من افعالها ولان الصلوة وجبت على الحال التي هو عليها فصار
كمن عقد صلوة على الارض ثم اداها راكبا واما اذا افتتحها راكبا فلان النزول عمل يسير لانه لا ... المعالجة التي
يحتاج اليها بسيره فصار كمن نزل من دكة الى صحن المسجد والعمل اليسير لا يفسد الصلوة ولان الدخول يختص بالحال والدخول
الحاجة بالنزول فصار كمن نذر لله على ان اصلي راكبا فله ان يصلي نازلا ووجه رواية الحسن انه جعل كل واحد من
الركوب والنزول عملا كثيرا فيفسد الصلوة وهذا طريقة الاجتهاد ولانه يبني صلوة بركوع وسجود على تحريمة
بلا مثل المريض اذا افتتحها ثم قدر على الركوع ۞ قال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز ان يصلي على دابته في المصر وقال
ابو يوسف يجوز استحسانا ان يتنفل وجه قولهما ما ذكرنا وابو يوسف يحتج بما روى انس ان النبي عليه السلام كان يتنفل
على حمار في سكك المدينة ولا نعرف له مخالف فتركت القياس له ۞ وقال اصحابنا في رجلين في محمل افتتح
احدهما الصلوة فاقتدى به الاخر اجزاه لان صحة الاقتدا يقف على نسا وبينهما في الفرض اذا لم يكن بينهما نهر او
طريق وهذا المعنى موجود في مسلتنا ۞ قالوا ولو كان كل واحد على دابة فصلى احدهما مؤتما بصاحبه لم يجز صلوته
وقال محمد اذا كانوا صفا واحدا والامام في وسطهم اجزتهم صلوتهم ركبانا اما صلوة الامام فلانه غير مقتد
بغيره فصار كمن يصلي منفردا واما المؤتمون فان كان الامام متقدما عليهم فقد حصل بينه وبينهم طريق ليس بمكان
صلوة فاشبه الطريق تفصل بين الامام والمؤتم وليس كذلك اذا صلوا على الارض لان ما بين الصفين موضع الصلوة
فاشبه بقاع المسجد ۞ وجه ما ذكره محمد هو انهم اذا وقفوا صفا واحدا فوقوفهم لا يمكن الا على هذا
الوجه فلا يعتد بتلك البقعة في الفصل مثل ما بين الصفين على الارض وليس كذلك اذا تقدم الامام لانه لا
ضرورة في التقدم فيه على هذا الوجه فاشبه الطريق وروى الحسن عن ابي حنيفة في الراكب يؤم الركبان لم تجزهم
الا صلوة الامام قال ابن شجاع وهذا اذا كانوا يسيرون فاما اذا كانوا وقوفا وليس بينهم طريق يحول بينهم وبين
الامام اجزاهم وظاهر قوله في الاصل يقتضي خلاف هذا ۞

باب الصلوة في السفينة

قال الشيخ رحمه الله ۞ واذا سافر الرجل في سفينة فحضرت الصلوة فان كان
يقدر على الخروج الى الشط فاحب الينا ان يخرج فان لم يفعل وصلى في السفينة اجزاه وان كانت موثقة في الشط
لم يجزه الا ان يصلي قائما وكذلك ان كانت على قرار الارض وانما الخروج الى الشط افضل لانه يتمكن من القيام والركوع
والسجود فكان اولى من غيره وقوله فان صلى في السفينة اجزاه يعني قائما لانه مستقر من ارض السفينة باتي الاركان
فيجوز صلوته ولا يوثر في ذلك سير السفينة لانه غير متعلق بفعله فوجوده وعدمه مثل ولا خلاف في ذلك ۞ واما
شرط السفر في ذلك فان الصلوة مع عدم الاستقرار لا يجوز للمقيم كالصلوة على الراحلة فاما المربوطة ...
لا قائما لانه لا يتعذر في ترك القيام اذا كان يقدر عليه من غير عذر فصار كالقائم على الارض ۞ قال فان استدارت

السفينة وهي سائرة استقبل الى القبلة حيث كانت لانه يقدر على استقبال من غير مشقة فلا يسقط عنه كالمصلي
على الارض وليس كذلك الراكب لان الاستقبال يتعذر عليه اذ كان يقطع بعض طريقه فيسقط عنه للعذر
وان صلى في السفينة وهي سائرة وهم يقدرون على القيام اجزاهم عند ابي حنيفة وقد اساوا ولم يجزهم
عند ابي يوسف ومحمد ووجه قوله ما روى انس بن سيرين قال خرجنا مع انس بن مالك الى بثق سيرين فامنا
فيها معقلا على بساط السفينة جالسا ونحن جلوس ولو شئنا ان نخرج الى الجد لخرجنا ومثله عن جنادة بن امية
ولا يعرف لهما مخالف ولان القيام لو وجب لحاله لا مستقر له مستحقا فكان لا يجوز الصلوة وان اتى بالقيام
فلما جازت صلوته مع التسيير دل على القيام ليس بشرط ولان الغالب من حال الراكب في السفينة ان القيام
يتعذر عليه فيسقط كالراكب على البعير ووجه قولهما ان القيام ركن فلا يسقط من غير عذر كساير الاركان
قال محمد ولو صلى على عجلة او بعير لا بسبب اجزاه في العجلة ولم يجزه في البعير وذلك لان العجلة مستقر
جرم من فالصلوة عليه كالصلوة على الدكان والبعير غير مستقر وانما يجوز الصلوة عليه للمشقة التي تلحقه
في النزول وذلك لا يوجد عند قيامه فلم يجز صلوته عليه ۞

باب الصلوة في الماء والطين

قال محمد رحمه الله في القوم يصيبهم المطر فيكثر الطين قال ان لم يستطيعوا ان ينزلوا اومؤا على
دوابهم وان استطاعوا الصلوة نزلوا قياما على الارض وذلك لانهم اذا لم يقدروا على النزول سقط عنهم كما يسقط عن الخائف
واذا جاز لهم ان يصلوا ركبانا كان فرضهم الايماء لان الراكب لا يقدر على الركوع والسجود ۞ وان قدروا على السجود لزمهم
لانهم يصلون مع الاستقرار فلم يجز لهم الصلوة ركبانا من غير استقرار واما قوله يصلون قياما بايماء فهو محمول على
انهم لا يقدرون على القعود والسجود لاجل الطين فيجزيهم الايماء قال محمد فان اومؤا على الدواب تسير لم يجزهم ان
قدروا ان يوقفوها لان التسيير فيه استدبار واختلاف لا يجوز في الصلوة من غير حاجة واذا صلوا وقوفا اكثر الصلوة
في مكان واحد وجب ذلك عليهم مع القدرة ۞ واما اذا انعقد الوقوف جازت الصلوة مع التسيير كما يجوز صلوة
الخائف قال وان صلوا جماعة فوقف احدهم بجنب الاخر اجزاهم وان كان بينهم طريق لم يجزهم وهذا قول محمد
خاصة فاما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز صلوة الركبان جماعة لانه يحول بين كل اثنين موضع
ليس بمكان للصلوة وهو ما بين البعيرين فصار كما لو حال بينهما طريق ووجه قول محمد ان الامام اذا وقف
في وسط الصف فلم يحل بينهم الا ما يحول بين القائمين على الارض فجازت الصلوة واذا تقدم الامام حال بينه وبين المؤتمين
مكان ليس بموضع للصلوة فلم يجزه ۞ قال واذا كانوا لا يقدرون على الانحراف الى القبلة اجزاهم ان يصلوا الى غير القبلة
لان التوجه يسقط بالعذر كما يسقط ساير شروط الصلوة ۞ فان قدروا على النزول ولم يقدروا على السجود صلوا
قعودا يؤمون ايماء وان لم يقدروا على السجود اومؤا قياما وذلك لان العاجز عن السجود لا يلزمه فرض القيام فلزمه
ان يومي ايماء لانه لا يقدر على السجود ولا على القعود فلزمه ان يومي بحسب حاله ۞

باب الجمعة

قال الشيخ رحمه الله الاصل في وجوب الجمعة قوله تعالى
فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع ووجوب السعي الى الشي يدل على وجوبه وترك المباح لاجلها يدل على وجوبها وروى سعيد
بن المسيب عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه فقال يا ايها الناس توبوا الى ربكم قبل ان تموتوا وتقربوا بالعمل الصالح قبل
ان تشغلوا وتحببوا اليه بالصدقة في السر والعلانية تجبروا وتنصروا وترزقوا واعلموا ان الله تعالى كتب عليكم الجمعة في
يومي هذا في مقامي هذا في شهري هذا فريضة واجبة الى يوم القيامة فمن تركها جحودا بها واستخفافا بحقها في حياتي
وبعد موتي وله امام عدل او جاير فلا جمع الله شمله ولا تم له امره الا ولا صلوة له الا ولا زكوة له الا ولا حج له الا ولا صوم
له الا ان يتوب ومن تاب تاب الله عليه وعن ابن عباس وابن عمر انهما سمعا رسول الله صلى الله عليه يقول على اعواد
منبره لينتهين اقوام عن ترك الجمعة او ليختمن على قلوبهم وليكونن من الغافلين وقد دل على ذلك اجماع الامة من
غير خلاف ۞ واما من تجب عليه الجمعة قال ابو الحسن والجمعة فريضة على كل حر بالغ صحيح العقل مقيم من الرجال
دون النساء وليس على النساء والعبيد والمسافرين والمرضى والزمنى جمعة وجملة هذا ان الجمعة تفتقر
الى شرايط في المصلي وشرايط في غيره فالتي في المصلي ان يكون ذكرا حرا بالغا عاقلا مسلما صحيحا مقيما والتي في غيره
المصر والجماعة والسلطان والخطبة والوقت واما البلوغ والعقل فلقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلثة عن المجنون حتى
يفيق والصبي حتى يحتلم ولان عدم التكليف يمنع وجوب الجمعة كما يمنع ساير الواجبات ۞ واما الحرية فهي شرط لما روى
محمد بن كعب القرظي عن رجل من بني وائل قال قال رسول الله صلى الله عليه الجمعة على كل مسلم الا امراة او صبي او مملوك وروى
طارق بن شهاب عن النبي عليه السلام قال الجمعة واجبة على كل مسلم في جماعة الا اربعة عبدا او امراة او صبي او مريض وروى
ابو الزبير عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه مثله ولان الجمعة لا يقدر على ادايها الا على وجه ينقطع عن خدمة المولى الوقت
عما يلحق به ضرر لانه يحتاج الى السعي وانتظار الامام فصارت كالحج والجهاد وليس كذلك الصلوات المفروضة لانه
يوديها بنفسه في زمان لا تضر بالمولى تركه الخدمة فيه وكذلك الصوم لانه يجمع بينه وبين خدمة مولاه فلا
ينقطع عنها وكذلك المراة ۞ واما اعتبار الاقامة فالجمعة لا تجب على المسافر وروي عن علي وابن مسعود انهما قالا لا
جمعة على مسافر وعن الزهري قال اذا سمع الاذان وهو في دار جمعة فليحضر معهم لحديث ابن عمر ان النبي عليه السلم
قال ليس على مسافر جمعة وروى ابو الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه من كان يؤمن بالله واليوم الاخر

فعليه الجمعة الا امراة او مسافرا او صبي او عبد او مريض فمن استغنى عنها بلهو او تجارة استغنى الله عنه والله غني
حميد ٥ ولان النبي عليه السلام كان يسافر ولم ينقل عنه انه فعل الجمعة في سفره ولان المسافر يلحقه المشقة
بانقطاعه بدخول المصر وانتظار الامام فسقطت عنه كسقوط الصوم ٥ واما النسا فلا جمعة عليهن لما روي
عليه السلام الا امراة او صبي او مملوك ولان المراة ممنوعة من حضور الجماعة فلا تجب عليها ولانها مشغولة بخدمة
الغير كالعبد ٥ واما المرضى والزمنى فلا جمعة عليهم لقوله عليه السلام الا على مريض او صبي او عبد او مسافر ولان المريض يلحقه
مشقة بحضوره الجمعة فلا يلزمه المشقة ٥ قال ابو حنيفة لا جمعة على الاعمى وان وجد قائدا وقال ابو يوسف
ومحمد الجمعة عليه واجبة وقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف في الاعمى هو ممن لا يجد سبيلا الى الجمعة ولا الى
الجماعة وقال ابو يوسف ان كان موسرا وله من يقوده لزمته وجه قول ابي حنيفة ان الاعمى لا يمكنه فعل السعي
بنفسه غالبا فاشبه الزمن ولان الضرر الذي يلحقه بالسعي كالضرر الذي يلحق المريض فاذا سقطت عن المريض كذلك
الاعمى وجه قولهما ان الاعمى يقدر على السعي بنفسه وانما لا يهتدي كالضال ٥ فمن حضر من هولا الجمعة اجزته
وكانت من فرضه وقد روي عن الحسن قال كانت نسا المهاجرين يصلين الجمعة مع رسول الله عليه السلام ويحتسبن بها من الظهر وروي عنه كن
النسا يجمعن مع رسول الله وكان يقال لا تخرجن الا تفلات لا يجدن ريح الطيب ولان كل صلوة جازت من الرجل
جاز فعلها للنسا كالظهر ولان من صح منه فرض الاصل الذي هو الظهر صح منه ما يقوم مقامه كالحر المقيم ولان العبد
والمسافر والمريض والمرابع من اهل الفرض وانما رخص لهم للعذر فاذا حضروا زال العذر وصاروا كالمسافر اذا اقاموا
جاز ٥ ولا تجوز الجمعة الا في المصر وخارجا منه في مصلاه نحو المواضع التي جعلت مصلا لصلوة العيد ونحو ذلك وقد
بينا من تجب عليه الجمعة وقد قال عليه السلام لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع ولا تجب على اهل السواد وقال
ابن سماعة عن ابي يوسف لا تجب الجمعة الا على اهل الامصار والارباض المتصلة بها فمن كان في قرية ليست متصلة
كالربض فلا جمعة عليه وهذا قول علي وحذيفة وهو قول الحسن ومجاهد والنخعي وقال الشافعي اذا كان في القرية اربعون
وجبت الجمعة عليهم لنا قوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع ولانها لو وجبت في القرى
لوجوبها في البلاد لبين ذلك النبي عليه السلام والايمة من بعده ولو فعلوه لنقل ولان كل موضع لا تجب على اهلها
الجمعة اذا كانوا اقل من اربعين لم تجب عليهم وان كانوا اربعين كالبوادي ولانه ليس مكان للاقامة للسلطان غالبا
فلا تجب على اهله الجمعة كالبادية واذا ثبت انها لا تجب الا في مصر فقد ذكر ابو الحسن رحمه الله في حد المصر ما اقيمت
فيه الحدود ونفذت فيه الاحكام وعن ابي يوسف اذا اجتمع في القرية ما لا يسعهم مسجد واحد بنا الامام لهم جامعا
ونصب لهم من يصلي بهم وقال في موضع اخر ولو كان في القرية عشرة الاف او اكثر امرتهم باقامة الجمعة فيها وقال
ابو يوسف في الاملا تفسير المصر الجامع كل مصر فيه منبر وقاضي ينفذ الاحكام ويقيم الحدود ٥ ومن فروع هذا
الاصل ان من كان خارج المصر فانه لا تجب عليه دخول المصر للجمعة وقال الشافعي اذا كانت القرية فيها اقل من اربعين
فعليهم دخول المصر للجمعة اذا سمعوا النداء وروي عن حذيفة انه قال ليس على اهل القرى جمعة ولا على رأس ميل جمعة
وقال سعيد بن المسيب تجب على من كان في المصر وروي ان سعد بن ابي وقاص وابا هريرة كانا في الحرة فربما كانا يردان
الجمعة وعن ابي هريرة وابن عمر وانس الجمعة على من اواه الليل الى اهله وهو قول الحسن وعن معوية وعمرو بن العاص تجب
الجمعة على من كان على راس اربع فراسخ وقال الزهري تؤتى الجمعة من ستة اميال وقال مالك تلزم الجمعة على من كان
على ثلثة اميال وقال الاوزاعي على من اواه الليل الى اهله عند انصرافه منها وقال الجمعة على من سمع النداء النداء كل موضع
لا تجب على اهله اقامة الجمعة لا تجب عليهم دخول المصر لاقامتها كاهل البادية ولانه مكان اذا وصل اليه من المصر جاز له ان يقصر
الصلوة فلم تجب على اهله الجمعة في المصر كما لو بعدوا ٥ وقال ابو حنيفة وابو يوسف تجوز اقامة الجمعة بمنى فمن اصحابنا
من قال لانها من توابع مكة فصارت كربض المصر ومنهم من قال هي مصر بنفسها لان فيها جامعا واسواقا ومرتبة وسلطانا
يقيم الحدود في ايام الموسم فساوى الامصار وما بعرفة لا جمعة بها لانها منزل من منازل الحاج كعرفه ٥ واما الجماعة فهي
شرط في الجمعة لانها سميت جمعة لاجتماع الناس لها ولانه لا خلاف في اعتبار الجماعة وانما اختلفوا في عدد ذلك على
ما سنبينه ٥ والسلطان شرط فيها فلا يقيمها الا الامام وقال الشافعي يجوز لكل احد اقامتها لنا ان الجمعة تفوت
على الناس اذا سبق اليها من يؤديها فلو جوزنا للعامة اقامتها لسبقت طايفة الى الجامع وقدموا الغرض فكانت
اهل المصر تفوت عليهم فجعلت الى السلطان الذي يسوي بين الناس حتى لا يفوتها على بعضهم ولانها تفعل مع اجتماع الجماعات
ولكل احد غرض في التقدم فلا يتفقون على واحد فيودي تنازعهم الى بطلانها بخروج الوقت ٥ والخطبة من شرايطها
لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والسعي لا يجب الى ما ليس بواجب وامر النبي عليه السلام باستماعها ونهى عن التشاغل عنها
وما ليس بواجب لا يجب استماعه وهذا خلاف فيه وانما اختلفوا هل تقوم مقام ركعتين من الصلوة ام لا ٥ وقال ابو بكر
الرازي لا تقوم مقام شي من الصلوة لانه لا يعتبر فيها استقبال القبلة ولا يقطعها الكلام ٥ والوقت شرط فيها فلا يجوز
تقديمها على زوال الشمس ولا فعلها في وقت العصر قال مالك يجوز في وقت العصر قال انس كنا نصلي الجمعة مع رسول الله
صلى الله عليه اذا مالت الشمس ولانها لو لم تختص بالوقت لم تختص بهذا اليوم كالظهر ولانها صلوة وضع لها جماعة
شرطها الوقت كالعيد والذي روي عن ابن مسعود انه صلى الجمعة ضحى فمعناه ما قرب من ذلك ٥ قال ابو حنيفة
لا تصح الجمعة الا بجماعة هم ثلثة سوى الامام ويكون الامام والثلثة ممن يجوز ان يوم في غير الجمعة ولم يحك خلافا

الا في المشهور عن ابي يوسف تنعقد باثنين سوى الامام وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الاثنين عدد
يتقدمهم الامام عليهم فلم تنعقد بانهما بهم الجمعة كالواحد ولان الجمعة سميت بهذا الاسم للاجتماع فاحتمل
ان يعتبر شرطها الجمع مع الامام ويحتمل الجمع سواه فلم يجز ان تنعقد بالشك وجه قول ابي يوسف ان الاثنين
[illegible] لا بد ان يتقدم الامام عليهما ٥ فصل وقال الشافعي لا تنعقد الجمعة الا باربعين سوى
الامام وهذا فاسد لان النبي عليه السلام بعث مصعب بن عمير الى المدينة فصلى في بيت سعد بن معاذ الجمعة باثني عشر
رجلا ومثله لا يخفى على رسول الله وروي جابر ان النبي عليه السلام كان يخطب يوم الجمعة فقدمت عير فنفر الناس اليها
حتى بقي في اثني عشر رجلا منهم ابو بكر وعمر فصلى بهم ولم ينقل انه ترك الجمعة فدل على انه صلى بهم ولان اعتبار
الاربعين لا دلالة عليه فكان هذا العدد وما زاد عليه سواء ٥ وقال اصحابنا ان الامام في الجمعة يجوز ان يكون عبدا
او مسافرا وشرطوا فيه من يجوز ان يكون اماما للرجال في الصلوات المفروضات وقال زفر لا بد ان يكون حرا
مقيما لنا انه يجوز ان يكون اماما في الصلوات المفروضات فجاز ان يكون اماما في الجمعة كالحر المقيم وجه قول
زفر ان الجمعة لا تجب عليه فلا يكون اماما فيها كالصبي والمراة ٥ وقال اصحابنا تنعقد الجمعة بايتمام العبيد
والمسافرين والمرضى وقال الشافعي يجوز ان يكونوا ائمة ولا يعتد بهم في العدد لنا ان من جاز ان يكون اماما
في الجمعة اعتد به في العدد كالحر المقيم ولان الامامة تعتبر فيها من الاحتياط ما لا يعتبر في الايتمام فمن
جاز ان يكون اماما فاولى ان يكون موتما ٥ قال ابو الحسن رحمه الله لا تجوز الصلوة الا باذن امام المسلمين ما
امكن استيذانه في ذلك فان منع منه مانع لغيبه او موت قبل ان يلي غيره فلا باس بان يجتمع الناس على رجل يصلي
بهم اما اعتبار اذن الامام مع الامكان فقد بيناه فاذا تعذر ذلك اعتبر اتفاق الناس لان عثمان لما حصر قدم الناس
عليا فصلى بهم الجمعة ولانه لا يتوصل الى الامام وانما جاز للامام التصرف برضا المسلمين فاذا رضوا في هذه
الحال قام من رضوا به مقامه ٥ ويجزي في الخطبة قليل الذكر وكثيره ان قال سبحان الله والحمد لله اجزاه عند
ابي حنيفة وان يزيد على هذا احب الي الى ان يصير خطبة وقال ابو يوسف ومحمد لا تجوز الا ان يأتي بكلام
يسمى خطبة وقال الشافعي لا بد من خطبتين بينهما جلسة لنا قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهذا يدل على وجود
الذكر وان لم يكن خطبة ولانه ذكر جعل شرطا في صحة الصلوة فاعتبر فيه ما يتناوله الاسم كالتحريمة وقد روي
ان عثمان خطب حين بويع فقال الحمد لله ثم ارتج عليه الخبر ثم نزل وصلى ولم ينكر عليه احد وجه قولهما ما روي
عن عمر وعايشة انهما قالا وانما قصرت الجمعة لاجل الخطبة فوجب ان يعتبر ما يسمى خطبة وهذا لا يوجد في
التسبيحة الواحدة ٥ واما ايجاب الخطبتين فليس بصحيح لما روي عن ابن عباس ان النبي عليه السلام كان يخطب خطبة
واحدة فلما ثقل جعلها خطبتين يقعد بينهما قعدة وهذا يدل على ان القعدة للاستراحة فلا تجب وقد قال الشافعي
ان القعدة شرط في الخطبة وليس هذا بصحيح لانها للفصل كالقعدة الاولى في الصلوة لا تكون واجبة ٥ قال ابو الحسن
ويطول الخطبة فانه روي عن النبي عليه السلام انه امر باقصار الخطب وقال الحسن عن ابي حنيفة يخطب خطبة
خفيفة يفتتح بحمد الله ويثني عليه ويتشهد ويصلي على النبي عليه السلام ويعظ ويذكر ويقرا سورة ثم يجلس جلسة
خفيفة ثم يقوم فيخطب اخرى فيحمد الله ويثني عليه ويتشهد ويصلي على النبي صلى الله عليه ويدعو للمومنين والمومنات
ويكون قدر الخطبتين قدر سورة من طوال المفصل وقد قال اصحابنا ان القراة في الخطبة يستحبونه وقال الشافعي
هي واجبة لنا قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله ولم يفصل ولانه ذكر يتقدم الصلوة فلم يجب فيه القراة كالاذان والسهو
دليلنا وانما قلنا ان السنة ان يقرا فيها لما روي انه عليه السلام قرا في خطبته ونادوا يا مالك ويروى لا يستوي اصحاب
النار واصحاب الجنة والذي قالوا انه يقرا فيها سورة فمعناه مقدار سورة هي ثلث ايات فصاعدا ٥ وينبغي ان
يخطب الامام على طهارة وهو مستقبل القوم مستدبر القبلة ويستحب للقوم ان ينصتوا للخطبة ويستقبلوا الامام بوجوههم
اما الطهارة فهي من سنن الخطبة عندنا فان خطب محدثا او جنبا جاز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الوجهين وهو قول
الشافعي وانما اعتبرت فيها الطهارة لان الجنب ممنوع من دخول المسجد بغير الخطبة فكذلك الخطبة ٥ واما المحدث
فلانه يفصل بين الصلوة والخطبة بالطهارة والسنة ان لا يفصل بينهما وانما قلنا ليست الطهارة شرطا لان الخطبة
ذكر يتقدم الصلوة كالاذان وجه قول ابي يوسف قول عمر انما قصرت الجمعة لاجل الخطبة ولان الخطبة تقوم
مقام بعض الصلوة فشرط فيها الطهارة ٥ وانما قالوا ان الامام يخطب قائما لما روي جابر بن سمرة ان النبي عليه السلام خطب
خطبتين قائما وكذلك خطب ابو بكر وعمر ٥ وقد قال اصحابنا ان القيام سنة وليس بشرط وروي ان عثمان لما اسن
كان يخطب قاعدا ولم ينكر عليه احد وانما يستقبل القوم ويستدبر القبلة لانه هكذا نقل ولانها مخاطبة لهم فالواجب
ان يقبل عليهم بها ٥ واما القوم فيستقبلون الامام اذا بدا بالخطبة لانهم قد امروا بالاستماع وذلك لا يكون الا مع الاقبال
على الامام وروي ان ابا حنيفة كان لا يستقبل حتى يفرغ المؤذن من الاذان فاذا اخذ في الخطبة انحرف اليه ٥ ويكره
ان يصلي الرجل او يتكلم من حين يخرج الامام للخطبة الى ان يفرغ من الصلوة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا باس
ان يتكلم قبل الخطبة وبعدها ما لم يدخل الامام في الصلوة وقد روي عن علي وابن عباس اذا خرج الامام فلا صلوة ولا
كلام ولانه اذا ابتدا في الصلوة ودخل الامام في الخطبة فلا يقدر على قطع الصلوة بعد الدخول فيها فيودي ذلك الى ترك
استماع الخطبة فلا يجوز ٥ واما الكلام فوجه قول ابي حنيفة ان هذه الحالة لما منع من الصلوة فيها لاجل

يفصل بينهما بالاذان كما يفصل لا بد منه ذكر ان يستقبل الخطبة بين العام بعد ان يستقبل سنة [illegible]

الخطبة منع عن السلام كحال الصلوة وجه قولهما ان الصلوة انما منع منها لانها تمتد فلا يقدر على قطعها والكلام [illegible] اذا اخذ
الامام في خطبته فالمنع منه في حال لا يشتغل به عن سماع الخطبة ۝ وينبغي ان يجتنب المستمع للخطبة ما
يجتنب في الصلوة لقوله عليه السلام اذا قلت لصاحبك انصت والامام يخطب فقد لغوت وروي في تاويل قوله تعالى [illegible]
حال الخطبة ولان سماع الخطبة واجب وما يمنع من الواجب لا يجوز فعله ۝ وقد اختلف اصحابنا المتاخرون في من
بعد عن الامام لا يسمع الخطبة واختار محمد بن سلمة السكوت وكان نصير بن يحيى يقرا القرآن [illegible] ينظر في الفقه
اصحابنا يكره رد السلام في حال الخطبة لانه يشتغل به عن سماعها فهو كالكلام فان قيل رد السلام واجب فلم قدم السماع
الواجب عليه قلنا لان السماع يفوت ولا يستدرك في غير هذه الحال ورد السلام يستدرك ولان رد السلام يجب اذا كان
السلام غير منهي عنه والسلام في هذه الحال منهي عنه فلا يجب رده ۝ وقد قال ابو حنيفة اذا ذكر الخطيب النبي عليه السلام
استمعوا ولم يصلوا عليه لان الصلوة ليست بواجبة عندنا فلا يجوز ان يشتغل بها عن السماع الواجب ولانها تستدرك
في غير هذه الحال والسماع يفوت ولهذا قال اصحابنا ان الطواف عند الغريب افضل من الصلوة لانه يستدرك الصلوة في
بلده ويفوته الطواف ۝ وقال ابو يوسف اذا صلى الخطيب على النبي صلى الله عليه صلى الناس في نفوسهم لان ذلك لا
يشغلهم عن استماع الخطبة ۝ ولا يصلى يوم الجمعة في مصر جماعة ولا يوذن ولا يقام ولا يصلون جماعة في سجن او غيره وانما
عنى بهذا صلوة الظهر فاما غيرها من الصلوات فيصليها في الجماعات ۝ واما الظهر فان كان المصلي لها من اهل الجمعة فهو يشتغل
عن فرض الجمعة وذلك لا يجوز ۝ وان كان الذي يصليها معذورا لم يجز ان يصلوا ايضا لان المسلمين في ساير الامصار يغلقون
ابواب المساجد في وقت الظهر ومعلوم ان الامصار لا تخلو من معذور فلو جازت لفعلوها ولانا لو جوزنا ذلك لصلى معهم
من ليس بمعذور فيودي ذلك الى ترك الجمعة راسا ۝ قال فاما اهل القرى ومن هو في موضع لا جمعة فيه فينبغي ان
يجمعوا كما في ساير الايام لان الجمعة لا تلزمهم ولا يشاركهم في فعل الظهر من هو من اهل الجمعة ۝ قال ولا باس بصلوة الجمعة
في الموضع والموضعين والثلثة عند محمد وقال ابو يوسف في الموضعين اذا كان المصر عظيما وليكونوا في محلة وقال
في موضع استحسن اذا كان في مصر لهم جانبان وجه قول ابي يوسف ان الجمعة لو جاز فعلها في اثنين جاز واحد
في كل مسجد كالظهر ولان اقامتها الى السلطان وسلطان المصر واحد واما اذا كان للبلد جانبان بينهما نهر عظيم
كبغداد فكل واحد منهما كمصر منفرد عن الاخر وقد كان يامر بقطع الجسر يوم الجمعة حتى ينقطع الوصل بين الجانبين
واما الرواية الاخرى فلما روي ان عليا رضي الله عنه كان يخرج يوم العيد الى الجبانة ويستخلف في المصر من يصلي لضعفة
الناس فاذا جاز العيد في موضعين وهي مختصة بالمصر كذلك الجمعة وروي ان ابا حنيفة لما امتنع ان يصلي العيد
في الجامع فاما محمد فقد قال ان المصر اذا عظم وبعدت اطرافه شق على اهله المصير من جانب الى اخر فجوزناه في
ثلثة مواضع للحاجة وما زاد لا حاجة بنا اليه ۝ قال ويقرا في الجمعة باي سورة شا ولا يقصد سورة بعينها لا
يقراها فانه يكره ان يجعل شيا من القران حتما ولا يصلي غيره لما روي ابو هريرة ان النبي عليه السلام قرا في الجمعة سورة الجمعة
واذا جاءك المنافقون وروي النعمان بن بشير ان النبي عليه السلام كان يقرا في الجمعة والعيدين سبح اسم ربك الاعلى وهل اتيك
حديث الغاشية فلاختلاف الروايات دل على انها لا تختص ولانا لو خصصناها بسورة لاعتقد الناس وجوبها وهذا
لا يجوز ۝ قال في اي حال ادرك الماموم الامام كبر ودخل معه في الفعل اجزاه وان دخل معه في سجدتي السهو
وهو قاعد فيهما وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجزيه حتى يدرك ركعة من الجمعة كاملة فيعتد
بها قال المعلى عن محمد اذا ادركهم جلوسا دخل معهم ونوى الجمعة فاذا سلم الامام صلى اربعا فان لم يجلس في الركعتين
الاوليين فصلوته تامة وان دخل بنوي الظهر فصلوته فاسدة وجه قولهما قوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا
وما فاتكم فاقضوا والذي فاته الجمعة فيقضيها وروي عن ابن مسعود ومعاذ فيمن ادرك التشهد انه ادرك الصلوة
ولان هذه المشاركة يتغير بها الفرض مع الاعتداد بما تقدم فاعتبر فيها مقدار التحريمة كدخول المسافر في صلوة
المقيم وقول محمد يبعد على اصولهم لانه يبني الظهر على تحريمة الجمعة وهما فرضان مختلفان وقد حكى الطحاوي
عنه وجوب القعدة الاولى لوجوبها على الامام وحكى المعلى عنه انها لا تجب لانه صار في حال الى [illegible]
للظهر وانما عدل محمد عن القياس بحديث الزهري ان النبي عليه السلام قال من ادرك ركعة من الجمعة مع الامام فقد
ادركها ومن ادرك ما دونها صلى اربعا وروي من ادرك ركعة من الصلوة فقد ادركها قال الزهري وما
ارى الجمعة الا من الصلوة ان ادرك منها ركعة فقد ادركها وان ادرك ما دونها صلى اربعا فلو كان عنده
نص في الجمعة لما احتاج الى الراي ۝ قال وينبغي لمن حضر الجمعة ان يدهن ويمس طيبا ان كان عنده ويلبس
احسن ثيابه وان اغتسل فحسن وان ترك فلا باس والغسل افضل والاصل في ذلك ما روي عن
ابن عباس انه قال انا اخبركم باصل ذلك كان الناس عمال انفسهم وكانوا يلبسون الصوف وكان مسجدهم
ضيقا مقارب السقف انما هو كالجريد فخرج رسول الله صلى الله عليه يوما وقد عرقوا في الصوف فثارت ارواحهم
فقال عليه السلام من حضر هذا اليوم فليغتسل وليمس من طيب ان كان له فلما كان بعد ذلك اتسع المسجد و[illegible]
الامر فلبسوا غير الصوف واستغنوا عن العرق وقالت عايشة رضي الله عنها كان الناس عمال انفسهم [illegible]
بعضهم بروايح بعض فقال النبي عليه السلام من اتى الجمعة فليغتسل وقد قال اصحابنا ان الغسل مسنون [illegible]
عن مالك انه واجب والدليل عليه قوله عليه السلام من توضا يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل افضل

لان هذا الغسل لم يشرع للحدث وانما هو للنظافة وذلك يحصل [illegible] ويلبس [illegible] وقد قال ابو يوسف ان غسل الجمعة
للصلوة [illegible] عن ابي حنيفة مثله وقال الحسن بن زياد هو لليوم ويظهر الخلاف فيمن اغتسل قبل الفجر
ولم يحدث حتى صلى الجمعة قال ابو يوسف [illegible] وقال الحسن لم يغتسل للجمعة وكذلك من اغتسل بعد
طلوع الفجر [illegible] ثم حضر الجمعة قال ابو يوسف لم يات بغسل الجمعة وقال الحسن اتى به وجه قول ابي يوسف
ان الطهارة [illegible] للصلوة فاذا ادى بغيرها [illegible] وجه قول الحسن ان الغسل [illegible] للنظافة
حتى لا يتضرر الناس عند الاجتماع وهذا موجود اذا اغتسل لليوم وان لم يرد به للصلوة ۝ قال ومن
صلى من معذور او غير معذور الظهر في منزله ثم توجه الى الجمعة في حال يدركها فقد بطلت صلوة الظهر فان
صلى الجمعة اجزته وان لم يصل الجمعة اعاد الظهر وقالا لا يبطل ظهره الا بعد دخوله في الجمعة وهذه المسئلة تشتمل على
مسايل منها ان فرض الوقت ما هو فعند ابي حنيفة وابي يوسف فرض الوقت الظهر وقد امر باسقاطه
بالجمعة وقال محمد الفرض الجمعة وله ان يسقطه بالظهر وروي عنه انه قال لا اعلم فرض الوقت ما هو وانما الفرض
ما يستقر فعله وقال زفر الفرض الجمعة والظهر بدل وجه قولهما قوله عليه السلام اول وقت الظهر حين تزول
الشمس وهو عام في ساير الايام ولان الجمعة اذا فاتت بخروج الوقت وجب الظهر قضا ولو لم تكن وجبت في الوقت
لم يجب القضا بعد خروج الوقت وليس يمتنع ان يكون الفرض الظهر ويومر بتقديم غيره عليه كما يومر بتخليص المال
والغريق في الصلوة وجه قول محمد انه مامور بفعل الجمعة منهي عن فعل الظهر والفرض هو المامور به الا انه
اذا صلى الظهر سقط الفرض عنه لان الفرض يسقط بها بعد الوقت كذلك في الوقت وقال في الرواية الاخرى ان كل
واحدة من الصلوتين اذا فعلها سقط الخطاب دل على ان الفرض احدهما بغير عينه وانه يتعين بفعله وجه
قول زفر انه مامور بفعل الجمعة منهي عن فعل الظهر فاذا فاتت الجمعة امر بفعل الظهر وما نهي عنه مع
القدرة على غيره وامر به عند العجز فهو بدل ۝ وقد قال اصحابنا في المعذور اذا صلى الظهر ثم شهد الجمعة
كانت فرضه الجمعة وقال زفر ان فرضه الظهر لانه لو فعلها ابتدا كانت فرضه فاذا فعلها بعد الظهر كانت
فرضه ايضا كالصحيح وجه قول زفر ان فرضه الظهر لان الجمعة غير واجبة عليه فوقعت الظهر موقع الفرض
من غير مراعاة فاذا فعل الجمعة بعدها لم ينتقض كمن صلى الظهر في جماعة بعد ما صلاها وحده ۝ قال ابو حنيفة
اذا صلى الرجل الظهر ثم خرج الى الجمعة بطلت الظهر بالسعي وقالا لا يبطل حتى يكبر للجمعة وجه
قول ابي حنيفة ان السعي فرض من فروض الجمعة المختصة بها لان الله تعالى امر بالسعي اليها ونهى النبي عليه السلام
عن السعي الى الصلوة والفرض المختص بالجمعة اذا اشتغل به بطلت الظهر كتحريمة الجمعة لهما ان السعي سبب
من اسباب الصلوة كالوضوء وستر العورة ۝ واذا احدث الامام بعد الخطبة قبل دخوله في الجمعة فقدم رجلا
فصلى بالناس اجزاهم ان كان المقدم شهد الخطبة او بعضها وان لم يشهد لم يجزه وذلك لان الامام لا يجوز ان
[illegible] الخطبة في حقه وانما تثبت بفعلها او بسماعها فاذا لم يوجد واحد منهما فكانه صلى بغير خطبة وليس كذلك
اذا احدث الامام بعد الدخول في الجمعة فقدم من لم يشهد الخطبة ان الصلوة جايزة لان الجمعة قد انعقدت فلا
يحتاج الى الخطبة في حال البقاء ۝

صلوة العيدين

قال الشيخ رحمه الله الاصل في العيدين ما روي عن انس قال قدم رسول الله صلى الله عليه المدينة ولهم يومان يلعبون فيهما في الجاهلية فقال
عليه السلام قد ابدلكم الله بهما خيرا منهما يوم الفطر ويوم النحر ۝ واما صلوة العيد فقال الحسن عن ابي حنيفة تجب
صلوة العيد على اهل الامصار كما تجب الجمعة وقال محمد في الاصل لا تصلى نافلة في جماعة الا قيام رمضان وصلوة
الكسوف والعيدين وهذا يدل على وجوب صلوة العيد وقال ابو الحسن في المختصر وتجب صلوة العيد على من تجب
عليه الجمعة وقال في الجامع الصغير اذا اجتمع العيدان في يوم واحد فالاول سنة وقال احمد بن العباس الرازي
اجمع الناس ان العيد سنة وقال ابو موسى الضرير في مختصره هو فرض على الكفاية فان قلنا بوجوبها فلانها صلوة
تختص بالجماعة كالجمعة ولانها صلوة وضع لها الخطبة كالجمعة وان قلنا انها سنة فلما روي ان الاعرابي قال للنبي عليه السلام
في الصلوات الخمس هل علي غيرها قال لا الا ان تتطوع وجه قول ابي موسى الضرير انها تسقط في حق من
لم يفعلها وما يقوم مقامها بفعل غيره لها كصلوة الجنازة ۝ قال ابو الحسن رحمه الله ووقت صلوة العيد من حين تبيض
الشمس الى ان تزول لما روي ان النبي عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح او رمحين وروي ان قوما
شهدوا عند النبي عليه السلام في اخر يوم من رمضان برويه الهلال فامر بالخروج الى المصلى من الغد ولو جاز فعلها
بعد الزوال لما احتاج لتاخيرها الى الغد ۝ قال فان لم يصل لعذر فوقتها من الغد كوقتها يوم الفطر
واذا زالت الشمس في اليوم الثاني لم يصل بعد ذلك وان تركها في اليوم الاول لغير عذر حتى زالت الشمس
لم يصلها من الغد وقد كان القياس ان لا تقضى لانها صلوة تختص بجماعة كالجمعة وانما تركوا القياس لما روي ان
النبي عليه السلام شهد عنده برويه الهلال بعد الزوال فامرهم بالخروج الى المصلى من الغد فدل على انها متى تركت لعذر
فعلت في اليوم الثاني وما بعده باق على اصل القياس على الفعل وكذلك اذا تركت لغير عذر ۝ واما عيد الاضحى
فوقتها في يوم النحر من حين تبيض الشمس الى ان تزول فان فاتت لعذر فوقتها من اليوم الثاني كذلك فان فاتت
لعذر فوقتها من اليوم الثالث كذلك فان فاتت فلا تفعل بعده ابدا لان الصلوة قربة يدخل وقتها في يوم النحر

فان فعل في غير يومين بعينه كالاضحيه ولهذا قال ان من تركها في اليوم غيره صلاها كمن نذر الاضحيه في غير الاوان
اساسي نزل الصلوه وتاخيرها لغير عذر لانه لم ينقل فعلها في الثاني غيره في يوم النحر ولو كان لا يباح لبطل
كالاضحيه ٥ قال وتجب صلوه العيد على من تجب عليه الجمعه ويجتمع عليه به الجمعه الا الخطبه فانها سنه
وان تركها فقد اسا وصلوه العيد ما صنه محجنه وانما قلنا ان من شرطها المصر لقوله عليه الصلام لا جمعه
ولا اضحى الا في مصر جامع وانما شرط فيها السلطان لانه لا يفعل الا مره فلو فعلها غير السلطان لفوتها الناس
فلنا في الجمعه ٥ فاما الخطبه في العيد فليست بواجبه لان الصلوه تنعقد بها فلو كانت شرطا فيها لتقدمت
عليها او فعلت فيها كما في شرط الصلوه ٥ وانما قلنا ان الخطبه بعد الصلوه لحديث ابن عمر ان النبي عليه السلام وابا بكر
وعمر كانوا يبدون بالصلوه قبل الخطبه في العيدين وكذلك رواه جابر وابن عباس والبرا وروى طارق بن شهاب ان مروان
خطب قبل الصلوه فقال رجل انما الخطبه بعد الصلوه فقال مروان ترك ذلك يا فلان فقال ابو سعيد الخدري اما هذا
فقد قضا ما عليه سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع
فبقلبه وذلك اضعف الايمان وانما نسبها الى الاسا بترك الخطبه لانها سنه ولان المقصود منها تعليم صدقه
الفطر والاضحيه فلا يجوز تركها ولما صنعه في التكبير فهو صلوه العيدين الفطر والاضحى سوا يبتدى الامام فيكبر
تكبيره ثم يستفتح ويكبر ثلثا ثم يقرا ويكبر تكبيره يركع بها فاذا قام الى الثانيه قرا ثم كبر ثلثا وركع بالرابعه فصار
في الركعتين تسع تكبيرات الزوايد منها ستة ثلث في الاولى وثلث في الثانيه ويوالي بين القراتين وروى ابن سماعه
عن ابي يوسف سبع في الاولى وخمس في الاخيره ويتابعها بالتكبير وروى معلى عنه في عدد التكبير كل ذلك واسع واي
الاحاديث اخذ فهو حسن والدليل على ما قلناه ما روى عن ابن مسعود وابي مسعود البدري وحذيفه وابي موسى قال مكحول اخبرني
من شهد سعيد بن العاص ارسل الى اربعه من اصحاب الشجره فسالهم عن صلوه العيد فذكروا مثل قولنا وروي ان
الوليد بن عقبه ارسل الى ابن مسعود وابي مسعود وحذيفه وابي موسى فذكروا ذلك وقال علي رضي الله عنه يكبر في الفطر
احدى عشره ستا في الاولى وخمسا في الاخره يبدا بالقراه في الركعتين وفي الاضحى خمسا ثلثا في الاولى وثنتين في الاخره
يبدا بالقراه فيهما وهو قول ابن ابي ليلى وشريك وابن حي وروي عن ابن عباس سبعا وخمسا وروي عنه مثل قول ابن مسعود
والاصل فيما قلناه ان الصحابه لما اختلفوا في ذلك والقياس لا يدل عليه حمل قول كل واحد منهم على التوقيف فكانه رواه
عن النبي عليه السلام الا ان الاخذ بما قلناه اولى لانه روي ان النبي عليه السلام صلى العيد ثم اقبل عليهم بوجهه وقال اربع كتكبيرات الجنايز
لا تسهوا واشار باصابعه وحبس ابهامه وهو قول وفعل واشاره ورد الى اصل وتاكيد فالاخذ به اولى ٥
وانما قلنا انه يوالي بين القراتين لان التكبير ذكر مسنون فيتقدم في الركعه الاولى على القراه كالاستفتاح ويتاخر
في اخر الصلوه عن القراه كالقنوت ٥ و قال اصحابنا انه يستفتح عقيب التكبيره الاولى وقال الاوزاعي عقيب
التكبيرات وهذا غلط لان الاستفتاح موضوع لافتتاح الصلوه فوجب ان يفعل في ابتدايها كما في التعوذ وقال
ابو يوسف يتعوذ عقيب الاستفتاح لانه احد الاستفتاحين كالاخر وقال محمد يتعوذ بعد التكبيرات لان استفتاح
القراه فيفعل عند ابتدا القراه ٥ قال الحسن يفصل بين كل تكبيرتين بقدر ثلث تسبيحات ولا يقول شيا لانه متى
لم يفصل بين التكبير اختلط الامر على المقتدين ولا يستحب الدعا لان الصلوه لا يوتى فيه بالدعا قبل القراه ٥
قال ابو حنيفه ومحمد يرفع يديه في التكبيرات الزوايد في العيد وقال ابن ابي ليلى لا يرفع وهو قول ابي يوسف
وجه قولهما قوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر العيدين ولانها تكبيره مقصوده بنفسها
غير قايمه مقام غيرها كالتكبيره الاولى وجه قول ابي يوسف انها تكبيره مسنونه كتكبيره الركوع ٥ قال
ولا يرفع يديه في التكبيره التي يركع بها ولا التكبيره التي يقوم بها في الثانيه لانها ليست من الزوايد وانما هي من
صلب الصلوه فيفعل كما يفعل في ساير الصلوات قال ويقرا في العيدين باي سوره شا نحو سبح اسم ربك الاعلى
والغاشيه واذا جاء نصر الله والفتح ونحو ذلك من السور وذلك لما روي عن النعمان بن بشير وابن عباس ان النبي عليه السلام
كان يقرا في العيدين هل اتيك حديث الغاشيه وسبح اسم ربك ٥ وسيل ابو واقد الليثي ما كان يقرا رسول الله عليه السلام
في الاضحى والفطر فقال بقاف واقتربت قال ويجهر بالقراه لان النبي عليه السلام جهر بها ونقل ما قرا ٥ ومن
ادرك الامام وهو راكع فخاف ان كبر ان يرفع الامام راسه من الركوع كبر للافتتاح وكبر بعد ذلك للركوع
ثم كبر تكبيره العيد في ركوعه فان رفع الامام راسه من الركوع اتبعه وقطع التكبير وهذا قول ابي حنيفه
ومحمد وان لم يخف ان يفوته الركوع مع الامام كبر قايما حتى يفتتح الصلوه وقال ابو يوسف اذا خاف الركوع
مع الامام ركع ولم يكبر ٥ قال ابو الحسن رحمه الله وجه هذا ان حال القيام محل التكبير عند اصحابنا وقال
زياد اذا اخذ في القراه فات التكبير لنا ان محل التكبير حال القيام فما دام باقيا فالسنه لم تفت فكان
عليه ان ياتي بها كما لو لم ياخذ في القراه ولان فعل القراه في الركعه الثانيه لا يفوت التكبير كذلك في الاولى لانها
واحده منهما دليله عن صلوه العيد وجه قول الحسن ان التكبيرات موضوعه قبل القراه فاذا اخذ في القراه فقد
السنه عن موضعها فلا يقضاه ٥ واما اذا ادرك امامه راكعا وخاف ان يكبر قبل ان يرفع فالواجب ان يكبر قايما
لانه يجمع بين التكبير في محله الموضوع له وبين الركوع وان خشي ان يرفع الامام راسه من الركوع فالركوع
والتكبيرات سنه والمتشاغل بالفرض اولى الا انه يكبر تكبيره يدخل بها في الصلوه لان المشاركه لا تكون الا بها

[illegible]

رسول الله صلى الله عليه فقيل له الا تنهاهم فقال اني اكره ان اكون الذي ينهى عبدا اذا صلى وكذلك روي
ان النبي رسول الله صلى الله عليه ولان صلوه العيد لم يجعل لها اذان ولا اقامه فلو كان للنافله جاز ان يدخل الامام
في العيد فلما لم يقطع النافله او يترك بعض صلوه العيد وهذا لا يجوز وامافولنا وان شا ان تطوع
بعدها فعل فمعناه بعد الفراغ من الخطبه لان خطبه العيد لا يجوز ان يتشاغل عنها بالصلوه كخطبه
الجمعه فاذا فرغ من الخطبه فهو وقت قد اوقات السنه ولا يكره فيه الصلوه فيتطوع الا ان هذه
النافله ليس لها تعلق بالعيد ٥ قال وينبغي لمن حضر العيد ان يسمع الخطبه كما يسمع في الجمعه
لان المقصود منه تعليم الناس الاحكام فيستمع ٥ واذا خاف من حضر الصلاه وهو محدث ان تفوته
الصلوه ان توضا تيمم وصلى وذلك لانا بينا من اصلنا ان هذه الصلوه لا تقضى فلو تشاغل بالوضو لفاتت
الصلوه فلم يتوجه بوضو الصلوه ولا ما يقوم مقامها ولا معنى للامر بالوضو واذا اسقط عنه الوضو
مع تعلقه بالصلوه جاز له التيمم كالمريض ٥ واذا احدث المؤتم بعد دخوله مع الامام فخاف لو انتقل
للوضو ان تفوته الصلوه مع الامام تيمم وبنا عند ابي حنيفه وقالا لا يتيمم وجه قول ابي حنيفه
ان هذه صلوه يتيمم لها ابتدا مع وجود الما فجاز له في خلال الدنيا كالمريض وجه قولهما ان المبتدي
بالصلوه تحتاج في ابتدايها فجاز له التيمم وهذا المعنى لا يوجد في حال البقا لانه يتوضا ويبني ٥ ٥

باب صلوة الخوف قال الشيخ رحمه الله واذا حضر ا[illegible]

عدو كان مواقفا لهم او حيث [illegible] الغزوة منهم [illegible] صلوة الخوف و[illegible]
لنقصان الركعات من الصلوة مسافرين كانوا او مقيمين وانما الرخصة في الافعال التي تفعلها المصلي [illegible]
صلوة الخوف تقع في مواضع اولها انها جايزة بعد رسول الله صلى الله عليه وقال الحسن بن زياد لا تجوز وهو قول
[illegible] الاول والاصل فيه ماروي ان سعيد بن العاص اراد ان يصلي صلوة الخوف بطبرستان فقال [illegible] شهد منكم
صلوة الخوف مع رسول الله فقام حذيفة فوصف له صلوة الخوف فصلى بهم وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير وروي
صلوة الخوف بعد رسول الله عن جماعة من الصحابة ولانها صلوة جازت للنبي عليه السلام فجازت لغيره كصلوة المريض ووجه
قول الحسن قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلوة كونه فيهم ولانها جازت لاستدراك فضيلة الصلوة مع رسول الله
صلى الله عليه وهذا المعنى معدوم في غيره ويمكن ان يوتى بامامين من غير اختلاف وهذا ليس بصحيح لانه لا يمتنع
ان تشترط في الصلوة كونه عليه السلام فيهم وان قام الامام مقامه كقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة واما الفضيلة
فليس بصحيح لان استدراك الفضيلة معه ليس بواجب وترك المشي واجب فلا يجوز ان يستدرك الفضيلة
بترك الواجب وقال اصحابنا وعامة الفقها ان الخوف لا يوثر في عدد الصلوة وان كانوا مسافرين صلى
الامام بهم صلوة سفر وان كانوا مقيمين فصلوة اقامة وحكي عن ابن عباس انه قال يصلي بهم الامام بكل طايفة
ركعة فيكون للامام ركعتان وللموتمين ركعة وهذا ليس بصحيح لان صلوة الخوف رويت عنه عليه السلام من طريق
ابن مسعود وابن عياش الزرقي وحذيفة بن اليمان وصالح بن خوات واتفقوا على انه صلى ركعتين وصلت كل طايفة
ركعتين ولانه عذر فلا يوثر في الصلوة من وجهين كالمرض واما ماروي ابن عباس ان النبي عليه السلام صلى
بطايفة ركعة وبطايفة ركعة فكانت له ركعتان ولكل طايفة ركعة فمعناه ركعة في جماعة وكذا عليه السلام ركعتان
بدلالة الاخبار التي مضت واما صفة الصلوة فقال اصحابنا يجعل الامام الناس طايفتين طايفة بازا العدو
ويفتتح بطايفة فيصلي بهم ركعة ان كان مسافرا او ركعتين ان كان مقيما وينصرفون الى وجه العدو ثم تاتي
الطايفة الاخرى فيصلي بهم بقية الصلوة وينصرفون الى وجه العدو وتعود الطايفة الاولى فتقضي بقية
صلاتها بغير قراة وتنصرف الى وجه العدو ثم تعود الطايفة الثانية فتقضي بقية صلاتها بقراة وقال ابن ابي ليلى
ان كان العدو في وجه القبلة وقف الامام وجعل الناس خلفه صفين فافتتح بهم الصلوة جميعا وصلى
بهم ركعة فاذا سجد سجد معه الصف الاول ووقف الثاني يحرسهم فاذا رفعوا روسهم من السجود
سجد الصف الثاني وتاخر الصف الاول وتقدم الثاني ففعلوا في الركعة الثانية مثل ما فعلوا في الاولى
وعن ابي يوسف مثل ذلك يجعل الامام الناس طايفتين فيصلي بطايفة ركعة وسجدتين ثم ينتظر الامام حتى
يصلوا ركعة وسجدتين ويسلمون وينصرفون الى وجه العدو وتاتي الطايفة الاخرى فيصلي بهم ركعة وسجدتين
ويسلم ويقومون فيقضون لصلاتهم وقال الشافعي مثل ذلك الا انه قال لا يسلم الامام ولكن ينتظر حتى تقوم
الطايفة الثانية فيتمم صلوتها ثم يسلم بهم وقد روى ابو عياش الزرقي ان النبي عليه السلام صلى صلوة الخوف
كما قال ابن ابي ليلى وروى صالح بن خوات ان النبي عليه السلام صلى كما قال الشافعي وروى ابن مسعود مثل قولنا فدل
على جواز الكل وانما الكلام في الاولى والاقرب من ظاهر القران وما قلناه اولى لقوله تعالى واذا كنت
فيهم فاقمت لهم الصلوة فلتقم طايفة منهم معك وهذا خلاف قول ابن ابي ليلى انه يقف الطايفتين ثم قال
ولتات طايفة اخرى لم يصلوا فليصلوا معك وهذا خلاف قوله ان الطايفة الثانية قد صلت بعده وقال
فاذا سجدوا فليكونوا من ورايكم والفا للتعقيب فهذا يدل على ان الطايفة الاولى تنصرف عقيب السجود
وعنده تصلي ركعة ثم تنصرف ولان ما يقوله الشافعي يودي الى سبق الموتم الامام بالفراغ من الصلوة
والى ان يقف الامام ينتظر فراغ الموتم من الصلوة وهذا لا يجوز في غير حال الخوف كذلك في حال الخوف كساير
الاعمال وليس كذا المشي لانه قد ابيح في غير حال الخوف لمن سبقه حدث او اصابته نجاسة فكذلك ابيح في
حال الخوف واما قلنا ان الطايفة الاولى تقضي ركعة من الصلوة بغير قراة لانها ادركت الصلوة فهي في حكم من يصلي
خلف الامام واما الثانية فلم تدرك اول الصلوة والمسبوق فيما يقضي كالمنفرد واما قلنا ان الامام يصلي صلوة الاقامة
لماروي عنه عليه السلام صلى الظهر بطايفتين ركعتين ركعتين واما قوله تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح ان
تقصروا من الصلوة فالمراد به القصر في الصفات دون الاعداد بدليل ما ذكرناه واما المغرب فان الامام يصلي بالطايفة
الاولى ركعتين وبالثانية ركعة وقال الثوري يصلي بالاولى ركعة وبالثانية ركعتين لنا ان من حكم الامام ان يسوي
بين الموتمين ويجعل لكل طايفة نصف الصلوة فاذا استحقت الطايفة الاولى نصف الصلوة كملت الركعة الثانية
لانها لا تتبعض واما الثوري فيقول القراة واجبة في الركعتين الاوليين فاذا قسمها بينهما حصل للثانية من [illegible]
بقية الصلوة من طريق الحكم لو لم يفعل ذلك حصلت القراة الواجبة للطايفة الاولى دون الثانية وهذا [illegible]
قال واذا كان القتال وتضارب الناس بالسلاح لم يصلوا في تلك الحال لماروي ان النبي عليه السلام اخر الصلوات
حتى ذهب هوي من الليل وذلك لاجل القتال ولو جازت الصلوة مع القتال لم يجز تاخير الصلوات عن وقتها ولان
لا يجوز في الصلوة في غير حال الخوف فلا يجوز مع الخوف كساير الاعمال ومن امكنه ان يصلي وهو [illegible]

[illegible] ولا يمكنه النزول [illegible] يومي ايماء حيث كان وجهه اذا لم يقدر على استقبال القبلة [illegible]
[illegible]
[illegible] العدو والسبع سوا لان الصلوة انما جازت عند خوف العدو لاجل الضرر وهذا المعنى موجود في خوف السبع
[illegible]

باب صلوة الكسوف والافزاع قال الشيخ رحمه الله

الاصل في صلوة الكسوف ماروي ابو مسعود الانصاري ان النبي عليه السلام قال ان الشمس والقمر لا ينكسفان لموت
احد من الناس ولكنهما ايتان من ايات الله فاذا رايتموها فقوموا وصلوا وروى ابو موسى الاشعري قال
انكسفت الشمس في زمن رسول الله صلى الله عليه فقام فزعا يخشى ان تكون الساعة حتى اتى المسجد فقام يصلي
فاطال القيام والركوع والسجود وقال ان هذه الايات التي يرسل الله لا تكون لموت احد ولا لحياته ولكن الله تعالى يرسلها
يخوف بها عباده فاذا رايتم منها شيئا فافزعوا الى ذكر الله واستغفروه وروى ابن مسعود قال انكسفت الشمس
لموت ابراهيم فقام فخطب وقال اذا رايتم ذلك فاحمدوا الله وكبروا وسبحوا حتى ينجلي ثم نزل فصلى ركعتين
وهذا يدل ان من سنة الكسوف الصلوة وقد قال اصحابنا انهم يصلون جماعة وفرادى لان النبي عليه السلام صلاها
جماعة ولانها نافلة والاصل في النوافل الانفراد فاذا فعلت في الجماعة لم يمنع ذلك من جواز الانفراد الا انهم ان صلوها
جماعة لم يصلها الا الامام الذي يصلي بهم الجمعة لان هذه الصلوة تجمع الجماعات كالجمعة واما صلوة الكسوف فهي
كغيرها من الصلوات بركوع واحد وقال الشافعي في كل ركعة ركوعان لنا خبر النعمان بن بشير قال كان رسول الله صلى الله عليه
اذا انكسفت الشمس والقمر صلى صلوتكم هذه وفي خبر سمرة وابن عمر ان النبي عليه السلام صلى ركعتين في كل ركعة ركوع واحد
وروي انه قال فصلوا كاحدث صلوة صليتموها وروي انه قال فافزعوا الى الصلوة وهذا يقتضي الصلوة المعهودة
ولان الركوع ركن فلا يتغير عدده في الكسوف كالسجود واما حديث عايشة وابن عباس ان النبي عليه السلام صلى اربع ركعات
في اربع سجدات وروي انه صلى ست ركعات في اربع سجدات وروي عن علي انه صلى ثمان ركعات في اربع سجدات
فكل شيء يحمله مخالفنا ما زاد على ركوعين فعليه يحمل الركوع الزايد وقال ابو حنيفة لا يجهر وروي عن محمد مثله
وقال ابو يوسف يجهر وهو قول محمد ايضا وجه قول ابي حنيفة حديث سمرة بن جندب ان النبي عليه السلام وقف
في صلوة الخوف لا يسمع له صوت وروى ابن عباس قال كنت الى جنبه فلم اسمع منه حرفا ولانها صلوة نهار ليس
من شرطها الجماعة كالظهر ووجه قول ابي يوسف ماروي ان النبي عليه السلام جهر بالقراة فيها ولانها صلوة تجمع الجماعات
كالجمعة قال ومن صلى وحده اسمع نفسه وهذا على قول ابي يوسف ان الجهر في حق المنفرد لا يزيد على هذا
قال ثم يكون الدعا بعد الصلوة لان السنة في الادعية ان يتاخر عن الصلوة قال وليس لذلك خطبة ولا صعود
منبر ولا خروج وكان ابو حنيفة يرى الصلوة في المسجد والاصل فيه ماروي ان النبي عليه السلام لم يخطب ولان هذه
الحال يخشى فيها الفزع فلا يشرع فيها خطبة كالزلازل والذي روي ان النبي عليه السلام خطب فلم يفعل ذلك للكسوف
واذا لم يخطب فلا معنى للمنبر قال في الخسوفين فافزعوا الى الصلوة وانما لا يفعل في جماعة لانه يتفق بالليل
غالبا فيتعذر اجتماع الناس كما يتعذر اجتماعهم عند الزلازل ولذلك ان احبوا ان يصلوا عند الافزاع والظلمة
صلوا وحدانا لان هذه الحال يخشى فيها الضرر كحال الكسوف قال واذا انكسفت الشمس في الاوقات المنهي
عن الصلوة لم يصل لان النوافل لا تجوز عندنا في هذه الاوقات وان كان لها اسباب وهذه صلوة نافلة وقال
الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في كسوف الشمس ان شاوا صلوا ركعتين وان شاوا صلوا اربعا وان شاوا
اكثر من ذلك وان شاوا سلموا في كل ركعتين وان شاوا في كل اربع لانها صلوة نافلة وعند ابي حنيفة ان المتنفل
[illegible] مخير بين الركعتين والاربع واما قوله ان شاوا ازادوا فانما يعني به اذا كان ليلا لان عند ابي حنيفة
يزاد في صلوة الليل الى ثمان ركعات بتسليمة يجلس في كل ركعتين [illegible] لان الصلوة لا تتعين فيها
[illegible] وان شاوا خففوا لماروي ان النبي عليه السلام قام في الركعة الاولى بنحو البقرة والدعا حتى ينجلي فان طول

الصلوة قصر الدعا وان قصر الصلوة طول الدعا ٥ باب الاستسقا قال الشيخ رحمه الله
الاصل في الاستسقا قوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السما عليكم مدرارا فعلق نزول الغيث
بالاستغفار وروي ان الوليد بن عقبه ارسل الى ابن عباس يسأله عن صلوة رسول الله في الاستسقا فقال ابن عباس
خرج رسول الله صلى الله عليه متبذلا متواضعا متضرعا فرقي المنبر فلم يخطب خطبتكم هذه ولم يزل في الدعا والتضرع
والتكبير فصلى ركعتين كما يصلي العيد وروي ان رجلا قام يوم الجمعه ورسول الله صلى الله عليه يخطب فشكا اليه الجدب
فاستسقى رسول الله صلى الله عليه فسقوا وهذا يدل على ان السنة عند تاخر الغيث الاستسقا ٥ قال
ابو الحسن قال المعلى اخبرنا يعقوب عن ابي حنيفه قال سألته عن الاستسقا هل في الاستسقا صلوه او دعا موقت
او خطبه فقال اما الصلوه في جماعه فلا ولكن الدعا والاستغفار وان صلوا وحدانا فلا باس وقال ابو يوسف
يصلي الامام بجماعه الناس ركعتين وليس في ذلك تكبير كتكبير العيد ولا اذان ولا اقامه ويجهر بالقراءه ويكون
الخطبه بعد الصلوه كخطبه العيد وقال ابو يوسف وليس في خطبه الاستسقا جلوس وروي عنه انه قال
ان خطب خطبتين فحسن وان خطب خطبه فحسن اما الصلوه فعند ابي حنيفه ليست بمسنونه في جماعه
وقال لا يصلي ركعتين في جماعه وروي ان عليا رضي الله عنه استسقى ولم يصل وروى المغيره عن ابرهيم قال خرج عبد الله
بن جرير يستسقي فذهب يصلي فرجع ابرهيم والدليل عليه ان الله تعالى علق نزول الغيث بالاستغفار ولم
يذكر الصلوه والنبي عليه السلام استسقى يوم الجمعه على المنبر وصلى صلوه الجمعه ولو كانت صلوه الاستسقا مسنونه
لم تنب الجمعه عنها وهما ذهبا الى حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام صلى فيها ركعتين الجواب انه لما فعلها
كرة وتركها مرة دل على انها ليست بسنه فاما التكبير فالمشهور عنهما انه لا يكبر فيها تكبير العيد وذكر
ابن كاس عن محمد انه يكبر لحديث عبد الله بن عامر بن ربيعه ان رسول الله صلى الله عليه استسقى فصلى سجدتين قبل
الخطبه لم يكبر الا تكبيره افتتح بها ولانها صلوه مسنونه كساير السنن ولانها صلوه تفعل عند خوف الضرر
كصلوه الكسوف ومحمد ذهب الى حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام صلى ركعتين كصلوه العيد ٥ فاما الاذان والا
قامه فلانها لا تفعل الا في الصلوات المفروضات ولان النبي عليه السلام لم يوذن للعيد ولا اقامه ٥ واما الجهر بالقراءه
فلانها عندهما تفعل في جماعه كصلوه العيد ٥ واما الخطبه فعند ابي حنيفه لا يخطب لانه لا يرى الصلوه مسنونه والخطبه
من توابع الصلوه ولان ابن عباس قال ان النبي عليه السلام لم يخطب خطبتكم هذه وانه لم يزل في الدعا والخشوع والتكبير ٥
وجه قولهما ما روي زيد بن اسلم ان النبي عليه السلام صلى ثم خطب ولان من اصلهما ان الصلوه مسنونه في الجماعه
فتعلق بها خطبه كالعيدين واما قولهما ان الخطبه بعد الصلوه فعند ابي حنيفه الدعا بعد الصلوه وقال الزهري
الدعا قبل الصلوه لنا ما روي جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه استسقى فصلى قبل ان يستسقي وروى زيد بن ارقم
ان النبي عليه السلام صلى ثم خطب وكذلك رواه الخدري وروى انس ان النبي عليه السلام خطب ثم صلى فهذا يحتمل ان يكون
حين استسقى في خطبه الجمعه ولان الخطبه لو تقدمت على الصلوه كانت واجبه كخطبة الجمعه ٥ واما
القعود في الخطبه فوجه قول ابي يوسف ان المقصود من هذه الخطبه الدعا وليس من سنة الدعا القعود والقعده
والذي روي عنه انه خطب خطبتين فحسن لان الاستسقا قد يطول فلا يقدر الامام على امتداد القيام فيجوز
ان يقعد فيه حالة ٥ قال وفي الاستسقا بعد الخطبه يستقبل القبلة ويحول رداءه ثم يدعوا بالاستغفار
والتوبه اما الخطبه على قولهما فيواجه بها الناس لان المقصود بها خطابهم واما الاستسقا فيستقبل به
القبلة لحديث عبد الله بن زيد قال خرج النبي عليه السلام يستسقي فحول الى الناس ظهره يدعوا ويستقبل القبلة وحول
رداءه ولان النبي عليه السلام قال خير المجالس ما استقبل به القبلة فكان الدعا الى القبلة ٥ واما تحويل الردا فقد قال
ابو حنيفه انه ليس بمسنون لان هذا دعا فلا يستحب فيه تغيير الثوب كساير الادعيه وقالا هو سنه لما روي ان
النبي عليه السلام حول رداءه وصلى ركعتين وهذا يحتمل ان يكون عرف من طريق الوحي ان الله تعالى يغير الحال بتغييره رداءه
وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلا يفعل ٥ واما كيفية التحويل فان كان مربعا جعل اسفله اعلاه وان كان مدورا
جعل الجانب الايمن على الايسر والايسر على الايمن لما روي ان النبي عليه السلام استسقى وكانت عليه خميصه فاخذ
باسفلها فثقلت عليه فادار الايمن على الايسر قال ولا يحول العامه ارديتهم وهو قول سعيد بن المسيب
وعروة بن الزبير والثوري وقال مالك يحول الناس ايضا والدليل عليه ان هذا من هيئة الخطبه ومعلوم ان الناس
لا يشاركونه في الخطبه كذلك في هياتها والدليل ما روي عبد الله بن زيد ان النبي عليه السلام حول وحول الناس ايضا فيحتمل
ان النبي عليه السلام انما فعل ذلك رداءه فاقتدوا به ولم ينقل عنه انه عرف ذلك منهم فلم ينكره عليهم لانه كان
مستدبرا لهم ٥ قال ولا يخرج في الاستسقا منبر لان النبي عليه السلام لم يخرجه في العيدين والاستسقا اولى
فان توكا على قوس او عصا فحسن لان النبي عليه السلام كان يفعل ذلك في خطبته ولانه يعينه على طول القيام
قال ابو يوسف فان رفع يديه فحسن وان ترك ذلك واشار باصبعه فحسن وذلك لان من سنة
الدعا بسط اليدين روي عنه عليه السلام انه كان يعرفان باسط كفيه كالمستطعم المسكين ٥ واما
الاشارة بالاصبع فقد روي عنه عليه السلام انه كان يشير باصبعه في التشهد ٥ قال فاما الناس فقعود
على مراتبهم مستقبلي القبله ويكون الدعا وهم قعود وذلك لان الامام يقوم ليسمع الناس دل الموتم

لا يوجد فيه هذا المعنى ولا يقومون في خطبتي العيدين لذلك الاستسقا [illegible]
[illegible] فامرهم ان يخرجوا اهل الكتاب [illegible]
[illegible] القراءه [illegible] سبح اسم ربك الاعلى
[illegible] ابي حنيفه [illegible] لان القراءه [illegible] الصلوه [illegible]
[illegible] الخروج في العيد [illegible] وخطبه الاستسقا [illegible]
[illegible] الناس الا الامام [illegible] العيدين [illegible]
الى ان يخرج الناس [illegible] الاستسقا [illegible] لان المقصود [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
وقال [illegible] اهل الذمه [illegible] الاستسقا وقال الزهري [illegible] اهل الذمه
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

باب الصلوة في الكعبة قال الشيخ رحمه الله [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
الى الكعبه مع القدره عليها فمنع جوازه ٥ فان صلى الناس جماعة استداروا حول الكعبه لان الصلوه تفعل على
هذه الصفه بمكه من لدن رسول الله صلى الله عليه الى يومنا هذا لا يعلم الجواز ولا يحل واحد منهم مستقبل الكعبه غير
تارك لمتابعه الامام لان المستقبل لغيره ليس بمعرض عنه فصاروا كما لو صلوا جماعة خلفه ٥ ومن كان منهم اقرب
الى الكعبه من الامام لم يضره اذا لم يكن متوجها جهه الامام وذلك لان من كان في غير جهه الامام وهو الى الكعبه اقرب
فهو في مقابل الامام والمقابل لغيره في حكم التابع له فاما من هو في جهه الامام اذا قرب من الكعبه صار مستدبرا
للامام متقدما عليه وذلك يخرجه من حكم الايتمام ٥ واذا صلت امراه الى جنب الامام موتمة بجهته افسدت صلوه
وصلوه القوم لان قيام المراه الى جانب الرجل وهي مشاركة له في الصلوه فبطلت صلوته واذا بطلت صلوه الامام
بطلت صلوه الموتم والصلوه في فساد صلوه الرجل بقيام المراه بجنبه ما تقدم ٥ قال ولا اعتبار بها اذا صلت
الى جهه غير جهه الامام لانها ليست الى جانبه ولا بين يديه فيفسد صلوه من جاورها خاصه ٥ وسوا كان بنا
الكعبه قايما او منهدما لا اعتبار بالبقعه دون البنا الا ترى ان البنا لو نقل الى غيرها لم يجز اليه الصلوه واذا
نقل فالحكم للبقعه فجازت الصلوه مع فقد بنايها ٥ قال وكذلك الصلوه في جوف الكعبه في الفرض والنفل والا
صل في ذلك ما روي في حديث ابن عمر ان النبي عليه السلام صلى في البيت بين الساريتين وبينه وبين الحايط مقدار ثلثة
اذرع ولان كل بقعه جاز ان يصلي عليها النافله جاز ان يصلي فيها الفرض كخارج البيت ولانه مستقبل جزا من
الكعبه فصار كما لو استقبلها في المسجد ولا يجوز ان يقال ان الله تعالى امرنا باستقبالها ونهى عن استدبارها والمصلي
فيها مستدبر لجزء منها لان الله تعالى امر باستقبال جزء منها والامر بالشي نهي عن ضده فاقتضى ذلك النهي
عن الاستدبار الذي يضاده الاستقبال واستدبار جزء منها لا ينافي الاستقبال فلذلك لم يمنع من الصلوه
ولان هذا لو كان في حكم استدبار الكعبه لمنع من صلوه النافله لان ترك الاستقبال لا يجوز فيها على غير الراحله
وفي غير حال الخوف ٥ وينبغي لمن يواجه الامام ان يجعل بينه وبين الامام ستره وذلك لما روي ان الكعبه لما
انهدمت امر ابن عباس ان تعلق عليها انطاع حتى لا يستقبل بعض الناس بعضا لان النبي عليه السلام نهى عن الصلوه
الى صوره وروي ان عمر بن الخطاب راى رجلا يصلي الى وجه رجل فضربه ٥ فان لم يستتروا وصلى بعضهم وجهه
الى ظهر الامام اجزاه وذلك لانه مستقبل جزا من الكعبه غير متقدم على الامام فصار كما لو جعل وجهه
الى ظهره ٥ ومن تقدم على الامام وهو موتم بجهته لم يجزه وذلك لانه تارك متابعة امامه الا ترى ان
الابن لما امر بمتابعه ابيه منع من التقدم عليه واذا خرج من متابعة الامام بطلت صلوته كما لو تقدم عليه
في غيرها ٥ والصلوه فوق الكعبه جايزه بمنزلة الصلوه في جوفها وقال الشافعي ان كان بين يديه ستره
جازت لنا ان كل بقعه جازت الصلوه فيها جازت فوقها وان لم يكن فوقه ستره دليله المسجد ولان
من صلى على ابي قبيس جازت صلوته وليس بين يديه الا هوا الكعبه فثبت ان استقبال هوايها كاستقبال
بنايها ولان الطواف والصلوه كل واحد منهما يتعلق بالبيت ثم لم يمنع [illegible] جواز الطواف البنا كذلك جواز الصلوه

باب صلوة المريض قال الشيخ رحمه الله ٥ اذا مرض الصحيح فعجز عن الصلوه
قايما [illegible] اذا عجز عنه او خاف من فعله زياده مرض او علة فان ذلك عنه ساقط وذلك لان المرض عذر من الاعذار

والأعذار تؤثر في العبادات التي تلحق الإنسان بفعلها وما لا يعجز عنه المريض لا يستقر بفعله فهو فيه كالصحيح وإنما العذر
العجز أو الخوف من زيادة المرض لأن ما يعجز عنه لا يجوز أن يكلفه مع العجز وما يقدر عليه ويستضر بفعله [illegible] عنه
كما تسقط أفعال الصلاة مع الخوف ٥ وإذا لم يمنع خوف العدو من فعل من أفعال الصلاة [illegible] وكذا المرض
إذا لم يمنع من الأفعال لم يعتد به كما لا يعتد في حق الصحيح ٥ وإن عجز عن القيام صلى قاعداً يركع ويسجد فإن عجز
مع ذلك عن الركوع والسجود صلى قاعداً يومي إيماء والأصل فيه قوله تعالى الذين يذكرون الله قياماً وقعوداً وعلى
جنوبهم وروي عن ابن مسعود وابن عمر وجابر أنها نزلت في الصلاة يقول صلوا قياماً وقعوداً وعلى جنوبكم وعن عمران
بن الحصين قال كانت بي الناصور فسألت رسول الله فقال صل قائماً فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنبك
وأما قولهم أنه يجعل السجود أخفض من الركوع فلما روى علي أن النبي عليه السلام قال في صلاة المريض فإن لم يستطع أن
يسجد فإنه يومي إيماء ويجعل سجوده أخفض من ركوعه ولأن فرض الركوع والسجود في الأصل مختلف الصفة
فكذلك الإيماء بهما مختلف ٥ وأما كيفية صلاة المستلقي فقد قال أصحابنا يصلي مستلقياً على قفاه ورجلاه إلى
القبلة وروى ابن كاس عنهم أنه يصلي على جنبه الأيمن ووجهه إلى القبلة فإن عجز عن ذلك استلقى على قفاه يلي قدماه
القبلة ولأن من نام على جنبه فهو منحرف عن القبلة وأحوال الصلاة يجب فيها التوجه دون الانحراف ولأن المريض
يعرض الصحة والقدرة على القعود أو القيام بحيث كان على ظهره فهو يقدر على القعود فيقعد وهو متوجه ويقوم
وهو متوجه وإذا كان على جنبه انحرف عن القبلة في حال قيامه فكان ما لا يحتاج معه إلى الانحراف أولى ٥ وقد
قالوا في توجيه الميت في قبره أنه يضجع على شقه الأيمن لأن ذلك أبلغ للكفن وقالوا في توجيه المريض
المحتضر أنه يوجه على شقه الأيمن لأن هذه حال تقريب من الموت فاعتبرت بحال الموت وقالوا في الذبيحة أنها
تضجع على جنبها لأن إلقاءها على ظهرها أشق عليها والمعتبر في الذبح الإسهال على الحيوان وأما قوله فإن لم تستطع
فعلى جنبك فإنه يقال للمستلقي على ظهره أنه على جنبه وأما وجه رواية ابن كاس [illegible] على أن النبي عليه السلام
قال في المريض فإن لم يستطع فعلى جنبه فإن لم يستطع فعلى ظهره ٥ قال فإن عجز عن الركوع والسجود وقدر
على القيام صلى قاعداً يومي إيماء فإن صلى قائماً يومي أجزأه ولا يستحب له ذلك وقال زفر يصلي قائماً وبه قال الشافعي
لنا أن فرض الركوع والسجود إذا سقط عن الإنسان سقط عنه فرض القيام [illegible] ولأن الغالب أن العاجز عن الركوع
والسجود عاجز عن القيام لأن الانتقال من الركوع إلى القيام أسهل من الانتقال من القعود إلى القيام وإذا كان الغالب من
الحال خوف المشقة وخوفها لم يعتبر بالنادر وصار كما يعجز عن الأمرين وإنما أجزأه القيام لأنه تكلف فعل ما لا يلزمه
كالمتكلف الركوع ووجه قول زفر أن العجز عن بعض الأركان لا يسقط المقدور عليه منها كما لا يسقط القراءة بالعجز
عن القيام ٥ وإن عجز عن الإيماء لم يصل قال أبو الحسن رحمه الله وجملة هذا أن الإيماء عندنا يتعلق بوجهه فقط فإن عجز
عن ذلك لم يصل وقال الشافعي يومي بعينيه وبقلبه وقال زفر يومي بقلبه وقال الحسن يومي بحاجبيه وبقلبه ويعيد
إن صح لنا أن فرض السجود لم يتعلق في الأصل بالعين والقلب فلا ينتقل إليهما بالإيماء كاليد ولأن الإيماء بالقلب مجرد
نية واعتقاد والصلاة من أفعال الجوارح الظاهرة فلا يقوم الاعتقاد عند عجزه مقامها كما لا يقوم مقام الحج والعمرة
وجه قول زفر قوله عليه السلام فعلى جنبك يومي إيماء ولأن الصلاة متعلقة بجملة البدن فما دام يقدر على الإتيان بها
لم يسقط فرضها وجه قول الحسن أن فرض الصلاة لا يسقط بتعذر أركانها إلا أن الإيماء بالقلب أو الحاجب
لم يتعلق به فرضها فيقوم مقامها في شغل الوقت ولا يسقط به الفرض ٥ إلا أن يكون مغمى عليه أو زائل العقل
من المرض فإن دام به ذلك ست صلوات لم يقض وإن كان أقل قضى وكان القياس أن لا يقضي المغمى عليه [illegible]
الأعمال لما أسقط القضاء [illegible] كالجنون وإنما تركوا القياس في اليوم والليلة وما دونه لما روي عن عمار أنه
أغمي عليه أربع صلوات فقضاهن وعن علي أنه قضى يوماً وليلة وعن ابن عمر أنه أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقض
ولأن الإغماء عارض ينفي التمييز فلا ينافي القضاء كالنوم ولا يلزم المجنون [illegible] وروي عن محمد أن قليل الجنون
كقليل الإغماء وإذا ثبت أن الإغماء الكثير ينافي القضاء والقليل لا ينافيه [illegible] جعلوا الحد الفاصل بينهما
صلاة يوم وليلة لأن هذا القدر لا يشق قضاؤه في الغالب وما زاد عليه يلحقه فيه مشقة وهذا المعنى له تأثير
في القضاء بدلالة أن الحائض تقضي الصوم لأنه لا مشقة فيه ولا تقضي الصلاة لزيادة المشقة فيها ٥ قال ويفعل في
أفعال صلاته ما يفعله الصحيح من القراءة والتسبيح والتكبير والتشهد لأن ما نافى المرض يؤثر فيما يشق فعله فيما لا يشق
فعله فالمريض والصحيح فيه سواء ٥ فإن عجز عن ذلك تركه ولا يضره ولأن أركان الصلاة أقوى من أذكارها فإذا أسقطت
الأركان عنه فأولى أن تسقط الأذكار ٥ وإذا فاتت المريض صلوات في مرضه قضاها كما يفعل فرض الوقت الذي قدر
عليه إن كان صحيحاً فصلاة صحيح وإن كان مريضاً فعلى ما أمكنه ٥ أما إذا فاتته في حال المرض فقضى في حال الصحة
صلى صلاة صحيح لأن الأصل فرض الصحة وإنما جاز ترك بعضها لعجزه فإذا زال العجز عاد إلى أصل الفرض وأما إذا فاتته
وهو صحيح فإنه يقضيها في حال المرض بالإيماء لأن وقت قضاء الفائتة قد جعل كوقت وجوبها بدلالة قوله عليه السلام
من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها لا وقت لها غير ذلك فكأنها وجبت الآن وهو
مريض ٥ قال فإن رفع إلى وجه المريض عود أو شيء فسجد عليه من غير أن يومي لم يجزه لأن [illegible]
الإيماء فإذا لم يوم فقد ترك الفرض مع القدرة عليه فلم يجزه وروي عن ابن عمر أنه قال إذا لم يستطع المريض السجود

أومى إيماء ولا يرفع إلى وجهه شيئاً وكان ينهى المريض أن يسجد على عود أو على وسادة وإن أومى برأسه إيماء وعن
ابن مسعود أنه دخل على مريض يعوده فرآه يسجد على عود فانتزعه ورمى به وقال هذا شيء عرض لكم به الشيطان [illegible]
[illegible] لا يحتاج إليه ٥ وإن كان يومي بالركوع ويسجد على شيء موضوع بين يديه أجزأه ذلك لأن الفرض
[illegible] ٥ وإن صلى وهو صحيح بعض صلاته ثم عرض له مرض بنى على صلاته على حسب إمكانه
[illegible] وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يبني ويستقبل إذا صار إلى حال
الإيماء ووجه الرواية المشهورة أنه إذا بنى كانت بعض صلاته كاملة وبعضها ناقصة وإذا استقبل أداها كلها
ناقصة فلأن يؤدي بعضها على الكمال أولى ولأنه بنى صلاة الإيماء على تحريمة الركوع فجاز كالمومي خلف الراكع
الساجد ووجه الرواية الأخرى أنهما فرضان مختلفان فلا يجمعهما تحريمة واحدة كالظهر والعصر ٥ وأما إذا ابتدأ
الصلاة وهو معذور فصح فإن كان ابتداها قاعداً يركع ويسجد فقدر على القيام بنى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
لأن من أصلهما أن القاعد يجوز أن يؤم القائم وكذلك يجوز أن يبني الإنسان في حق نفسه صلاة القائم على تحريمة
القاعد ٥ وأما محمد فقد قال يستقبل لأن من أصله أن القائم لا يصلي خلف القاعد فلذلك لا يبني في حق نفسه
إحدى الصلاتين على الأخرى ٥ وأما إذا افتتح الصلاة بالإيماء ثم قدر على الركوع والسجود فإنه يستأنف في
قولهم إلا زفر لأن اقتداء الراكع الساجد بالمومي لا يجوز عندنا فلذلك لا يبني أحدهما على الأخرى في حق نفسه
وأما زفر فعنده يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذلك يبني في حق نفسه ٥ قال أبو الحسن وفي مسائل الأصل [illegible]
لخلاف رواية وإنما نعني بهذا رواية بشر التي قدمناها ٥ وأما كيفية القعود في صلاة المريض فروى
محمد عن أبي حنيفة أنه يجلس كيف شاء وروى الحسن أنه إذا افتتح الصلاة وهو يركع فإذا أراد أن يركع ثنى رجله
اليسرى فافترشها وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه يركع ويقعد متربعاً وقال زفر يفترش رجله
اليسرى في جميع صلاته ووجه قول أبي حنيفة أن المريض سقطت عنه الأركان للعذر فلأن تسقط
عنه الهيئات أولى ولأنا جوزنا له ترك القيام تخفيفاً عليه فلو كلفناه القعود على صفة كان فيه تغليظاً عليه
وأما رواية الحسن فقد أطلقها أبو الحسن وهي عن أبي يوسف ووجهها أن فرض القيام في الركوع يختلف
في الأصل والقعود قائم مقامه فوجب أن يخالف هيئة القعود في حال القيام هيئته في حال الركوع ٥
وجه الرواية الأخرى أن صفة القعود سقطت للتخفيف فسقطت في جميع الأحوال وأما زفر
فقد قال إن الصلاة تشتمل على أفعال مختلفة وفي جملتها قعود وفي القعود هيئة مخصوصة فإذا أسقطت
أركانها ولزمه القعود صار كالقعود الموضوع في الصلاة ٥

باب صلاة التطوع

قال الشيخ رحمه الله صلاة التطوع ركعتان لا يلزمه بالافتتاح أكثر ركعتين وإن نوى أكثر من
ذلك هذه الرواية المشهورة عنهم وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في قوله الأول أنه إذا افتتح التطوع ينوي أربع ركعات ثم
أفسدها قضى أربعاً ثم رجع وقال يقضي ركعتين وروى بشر بن أبي الأزهر النيسابوري عن أبي يوسف فيمن افتتح النافلة ينوي عدداً
لزمه بالافتتاح ذلك العدد وإن كان مائة ركعة وروى عنه هشام أنه قال إن نوى أربع ركعات لزمته وإن نوى أكثر لم يلزمه
وجه قولهم المشهور أن الدخول الجاري بالفعل فلا يلزمه إلا أدنى ما يتقرب به من ذلك الجنس من العبادة ولا تعتبر
النية كمن دخل في الصوم ينوي صوم أيام ومن دخل في الحج لا ينوي حجاً وأقل ما يتقرب به من الصلاة ركعتان فيلزمه ذلك
ويسقط ما زاد عليه وإن نواه ووجه قول أبي يوسف أنه يلزمه جميع ما نواه لأن الدخول سبب للإيجاب كالنذر
فإذا أوجب بالنذر العدد الذي ينويه كذلك الشروع ووجه الرواية الأخرى أن النوافل تبع للفرائض فلم يلزمه
بتحريمة الفرائض أربع ركعات كذلك يجوز أن يلزمه بتحريمة النفل ولا يلزمه قبل ذلك وكل ركعتين فيهما بناء على ما قبلهما
ونفعل كلها بالافتتاح الأول وذلك أن تحريمته وإن أوجبت عندنا ركعتين فإذا قام إلى الثالثة صح دخوله في الشفع
الثاني وإن لم يستأنف التحريمة كمن قام إلى الخامسة من الفريضة كان بانياً تحريمة النفل على تحريمة الفرض ٥
ويلزمه في كل ركعتين من القراءة والفعل ما يلزمه في صلاة الفرض وهذا صحيح لأن تحريمة الأولى توجب الركعتين والقيام
إلى الثانية كتحريمة أخرى فتوجب القراءة كما أوجبتها التحريمة الأولى وليس كذا [illegible] القراءة في جميع ركعات
النفل والوتر فيها وبين الفرض وقد قالوا فيمن قام إلى الثالثة من النفل يستفتح كما يستفتح بتحريمته الأولى
وكان القياس عندهم إذا ترك القعدة الأولى في النافلة أن يفسد لأن التحريمة إذا وجبت ركعتين فالقعدة عقيبهما
واجبة كصلاة الجمعة والفجر إلا أنهم استحسنوا فقالوا لما أدى الركعات بتحريمة واحدة لم يبطل بترك القعدة كما لا
يبطل الظهر ٥ وما كان مسنوناً في الفرض فهو مسنون في التطوع إلا أن يصلي قاعداً وهو يقدر على القيام أو يصلي
التطوع في السفر على الراحلة فإن ذلك يجزيه ولا يجزيه في الفرض فأما جواز النافلة قاعداً مع القدرة على القيام
فلما روي عن عائشة أن النبي عليه السلام كان يصلي قاعداً مع القدرة على القيام ولأن الإنسان يتنفل في غالب أحواله فلو شق عليه
القيام فيجوز له تركه حتى لا ينقطع عن النوافل وأما التنفل على الراحلة مع القدرة على النزول فالأصل فيه ما روي
عن النبي عليه السلام أنه كان يصلي على راحلته فإذا بلغ إلى الوتر نزل فأوتر على الأرض وشرط أبو الحسن في ذلك السفر وقد
[illegible] بينا أن الصحيح أن يعتبر الخروج من المصر دون السفر ٥ فإن أفسد شيئاً من ذلك قضاه وقال الشافعي فيمن دخل
[illegible] ثم أفسده لم يقضه لنا أن الدخول مقصود في القرب كالإيجاب فإذا أوجب الصلاة بأحد الأمرين جاز أن يجب بالآخر

وكل ركعتين او سدهما فعليه قضاؤهما دون ما قبلهما لو صلى اربعا او ستا بتكبيرة ثم سها في الثالثة او الرابعة
فضاهما وصحت له الاوليان لان التحريمة الاولى لم توجب الا ركعتين فالقيام الى الثالثة كالدخول بتحريمة اخرى فافسادها
لا يوجب فساد الاوليين وليس كذلك الفريضة لان جميع الركعات لزمته بالتحريمة ففساد بعضها يوجب فساد
باقيها لان بعضها لا يجوز ان ينفرد عن بعض ٥ وافضل التطوع عندنا طول القيام لما روي ان النبي [illegible] الصلاة
افضل قال طول القنوت يعني القيام ولان ذلك يشق وما يشق من افعال القرب فهو افضل مما لا [illegible]
وقد قال ابو يوسف ان المتنفل اذا كان له جزء من القران لا ينقص منه فالافضل ان يكثر عدد الركعات لان القيام لا
يختلف فيضم اليه زيادة الركوع والسجود واما اذا لم يكن له جزء فتطويل القيام افضل لانه يؤدي الى كثرة
القراءة والمشقة بطول القيام ٥ ولا يصلي تطوعا جماعة الا قيام رمضان والاصل في ذلك ما روي عن النبي عليه السلم
انه قال صلوة المرء في بيته افضل من صلوته في مسجده الا المكتوبة ولو جاز فعل النافلة في الجماعة كان فعلها
في المسجد افضل وروي ان النبي عليه السلم كان يصلي ركعتي الفجر في بيته ثم يخرج الى المسجد فاما قيام رمضان فقد
صلى النبي عليه السلم في المسجد ليلتين وصلى الناس بصلوته واستشار عمر بن الخطاب الصحابة ان يجمع الناس على قارئ واحد
فلم يخالفوه فجمعهم على ابي بن كعب فهذا يدل على جواز ذلك ومواظبة على اهمله ولم يذكر ابو الحسن صلوة الكسوف
لانها تطوع ويجوز فعلها في الجماعة وكذلك صلوة الاستسقاء في قول ابي يوسف ومحمد ٥ ولا اذان في التطوع
ولا اقامة لان الاقامة والاذان وضع للصلوات المفروضات دون غيرها ولم يؤذن رسول الله لذلك في العيدين وذكر
بعد هذا الاوقات التي لا يجوز التنفل فيها والاوقات التي لا يجوز الفرض فيها ولا النفل وقد بينا ذلك فيما تقدم ٥
قال بعد ذلك ومن نذر ان يصلي في هذه الاوقات الخمسة لم يصل فيها وقضى في غيرها وان صلى فيها اجزاه وذلك
لانه نذر القربة وان نوقعها على وجه منهي فيلزمه فعل القربة وسقط عنه المنهي كمن نذر ان يصلي وتلفت
في صلوته فان صلى في هذه الاوقات جاز لانه اداها على الوجه الذي اوجبها وروي عن ابي يوسف انه قال لا بأس
بالصلوة في هذه الاوقات يوم الجمعة وروي عن النبي عليه السلم النهي عن هذه الصلوات في هذه الاوقات نهيا عاما ولان
كل عبادة منع منها في غير يوم الجمعة منع منها يوم الجمعة كصوم الحائض وذهب ابو يوسف الى خبر روي عن النبي عليه السلم
انه نهى عن الصلوة في هذه الاوقات الا يوم الجمعة ولم يعمل ابو حنيفة على ذلك لاستفاضة النهي المطلق فلم
يعترض عليه بخبر شاذ وظاهر ما ذكره ابو الحسن يقتضي ان تكون الصلوة في الاوقات الثلثة في الجمعة والمحفوظ
عن ابي يوسف ان يؤخرها في وقت الزوال خاصة

باب التطوع قبل الفرض وبعده

قال الشيخ رحمه الله ٥ التطوع قبل الفجر ركعتان لما روي عن النبي عليه السلم انه قال في ركعتي الفجر
خير من الدنيا وما فيها وقال هما خير من حمر النعم وقال صلوها ولو طردتكم الخيل وداوم عليهما وفي حديث
ام حبيبة ان النبي عليه السلم قال من صلى ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بني له بيت في الجنة ركعتان بعد طلوع
الفجر واربع قبل الظهر وركعتان بعدها وركعتان بعد المغرب وركعتان بعد العشا وفي بعض الاخبار وركعتان
قبل العصر ولم يذكر ما بعد العشا ٥ قال ابو الحسن ويكره ان يتطوع في هذا الوقت بغيرهما وذلك لانه لم ينقل
ان النبي عليه السلم تنفل بعد طلوع الفجر بازيد من ركعتين مع حرصه على النوافل ٥ فان لم يصلهما حتى صلى الفجر لم يصلهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي ان يقضيهما اذا طلعت الشمس وجملة هذا ان النوافل اذا فاتت
عن اوقاتها لم تقض الا ركعتي الفجر اذا فاتتا مع الفجر استحسانا وان فاتت وحدها فخلاف محمد وقال الشافعي
يقضي الجميع لما روي ان النبي عليه السلم دخل حجرة ام سلمة بعد العصر فصلى ركعتين قالت فقلت ما هاتان الركعتان التي
لم تكن تصليهما من قبل فقال ركعتان كنت اصليهما بعد الظهر فشغلني عنهما الوفد فكرهت ان اصليهما
بحضرة الناس فيروني فقلت افنقضيهما اذا فاتتنا قال لا فهذا يدل على ان القضا مختص به النبي عليه السلم ولانها نافلة
تابعة الفرض فاذا سقط الفرض لم تقض كالقعدة الاولى والاذان والاقامة وهذا هو القياس في ركعتي الفجر
وانما استحسنوا اذا فاتتا مع الفرض لما روي ان النبي عليه السلم ليلة عرس بالوادي ولم يستيقظ الا لحر الشمس
ارتحل منه ثم نزل فامر بلالا فاذن فركع ركعتي الفجر واقام فصلى صلوة الفجر ولمحمد فقد قال انها اكد الركعتين
اختصت من سائر النوافل بجواز القضا اذا فاتتا مع الفرض لتاكدها على غيرها وهذا المعنى موجود وان فاتتا
وحدهما ٥ واربع قبل الظهر لا يسلم الا في اخرهن لما روي ان عليا رضي الله عنه سئل عن صلوة النبي عليه السلم بالنهار
فقال اربع قبل الظهر وركعتان بعدها وروى ابن عمر ان النبي عليه السلم قال اربع ركعات بعد الزوال فقلت يا رسول الله
ما هذه الصلوة التي تداوم عليها قال يا ابن عمر ان الشمس اذا زالت فتحت ابواب السما فلن ترتج حتى تصلى الظهر
فاحب ان يصعد لي فيهن عمل صالح فقلت افي كلهن قراءة قال نعم قلت بتسليمة واحدة او بتسليمتين قال
بتسليمة واحدة قال وركعتان بعد الظهر لحديث علي وحديث ام حبيبة وقد قدمناهما ٥ قال واربع قبل العصر
وروى الحسن عن ابي حنيفة ركعتين قبل العصر وليست النافلة عنده قبل العصر كالنافلة قبل الظهر في التاكيد
لانه روي في حديث ام حبيبة ركعتين قبل العصر ولم يرو في بعض الاخبار وجه الرواية التي قدر
باربع خبر علي في وصف صلوة رسول الله بالنهار فقال واربع قبل العصر وعن عبد العزيز [illegible] قال [illegible]
من صلى قبل العصر اربعا ولان العصر لما كانت اربع ركعات تقدمت النافلة قبلها مثلها كالظهر واما الرواية الاخرى

فقد روي عن النخعي قال كانوا يستحبون قبل العصر ركعتين ولم يكونوا يعدونها من السنة وقد روي في حديث ام حبيبة ركعتان
قبل العصر ٥ قال وركعتان بعد المغرب لحديث ام حبيبة وروى ابن عباس ان النبي عليه السلم كان يصلي بعد المغرب ركعتين يطيل
[illegible] التطوع قبلها لان النبي عليه السلم لم يتنفل قبلها مع حرصه على النوافل ولان تاخيرها مكروه والتنفل قبلها يؤدي
[illegible] اربع قبل العشا الاخرة ان احب ذلك واربع بعدها ولم يوكد ذلك كتاكيد غيرها لانه لم يرد في
[illegible] ام حبيبة نافلة قبل العشا الا انها لما تقدرت باربع ركعات تقدمها مثلها كالظهر فاما بعدها فقد روي في خبر
ام حبيبة ركعتين بعد العشا وروي ان النبي عليه السلم صلى العشا ودخل حجرته فصلى اربع ركعات ولهذا قالوا ان شا
صلى بعدها ركعتين وان شا صلى اربعا وروت عايشة ان رسول الله صلى العشا ثم صلى بعدها اربعا ثم اضطجع وعن ابن مسعود
وابن عمر من صلى بعد العشا الاخرة اربع ركعات كن كمثلهن من ليلة القدر ومقادير الثواب يعلم بالتوقيف وانما ضعف
حكم التنفل بعد العشا لان السنة التنفل بالليل وتاخير النافلة الى اخر الليل ٥ قال واربع بعد الجمعة واربع قبلها
اما قبل الجمعة فلان السنة ان يصلي بعد الزوال اربع ركعات لحديث ابي ايوب والمعنى الذي تضمنه من انفتاح ابواب
السما موجود ههنا في ساير الايام واما بعدها فقد ذكر في كتاب الصلوة اربعا وفي كتاب الصوم ستا فمن اصحابنا
من قال ما ذكره في الصوم قول ابي يوسف ومحمد وروي ان ابن مسعود لما قدم الكوفة كان يصلي بعد الجمعة
اربعا ثم قدم علي الكوفة فكان يصلي بعدها ستا وجه قول ابي حنيفة حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلم
قال من كان مصليا الجمعة فليصل قبلها اربعا وبعدها اربعا ولان النافلة التابعة للفرض لا تفعل بتسليمتين في محل
واحد كنوافل ساير الصلوات وجه قولهما حديث علي وفعله وقد قال ابو يوسف انه يصلي اربعا ثم ركعتين حتى
لا يكون قد تنفل بعد صلوة فرض مثلها ٥ قال ابو الحسن وكل اربع ذكرت فلا تسلم الا في اخرهن وذلك بتكبيرة
واحدة لحديث ابي ايوب ولان التنفل التابع للفرض لا يتوالى بتسليمتين ٥ ويكره للامام ان يتطوع في مكانه
الذي صلى فيه المكتوبة ولا يكره للماموم ذلك لما روي ان النبي عليه السلم قال ايعجز احدكم اذا صلى ان يتقدم
او يتاخر ولان الامام اذا صلى في مكانه ظن الداخل انه في صلوة الفرض فيقتدي به واما الماموم فان
الداخل لا يقتدي به وقد قالوا في غير هذا الموضع انه يستحب للماموم ايضا ذلك حتى يستوي الصفوف
ولا يكون على ترتيبها كما يكون في الفرض ٥ ويكره التطوع في المسجد والناس في الصلوة لما روي عن النبي عليه السلم
انه قال اذا اقيمت الصلوة فلا صلوة الا المكتوبة ولانه اذا انفرد بالصلوة عن الامام اتهم انه لا يرى صلوة
جماعة ولا ينبغي للانسان ان يقف موقف التهم ٥ ومن جاء والامام في صلوة الفجر صلى ركعتي الفجر خارج المسجد
لان الاجماع حصل ان الامام اذا كان يصلي الفريضة في المسجد لم يكره للناس التنفل في هذا ولان الصلوة في
المسجد حتى لا يلحق نفسه تهمة وهذا المعنى لا يوجد اذا صلى في غير المسجد ومنها ان ركعتي الفجر سنة موكدة
وقد بيناه ومنها ان من ادرك ركعة من الجماعة فقد ادرك فضيلتها لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال من ادرك
ركعة من الصلوة مع الامام فقد ادركها يعني ادرك فضيلتها ٥ ومنها ان سنة الجماعة اكد من ركعتي الفجر لان
الجماعة وركعتي الفجر ندب الى فعلهما وجا الوعيد في ترك الجماعة وهو قوله عليه السلم لقد هممت ان استخلف رجلا يصلي
بالناس ثم انظر قوما يتخلفون عن الجماعة فاحرق عليهم بيوتهم ولم يرد وعيد في ترك ركعتي الفجر ٥ واذا ثبت
هذا قلنا اذا ادرك الامام في صلوة الفجر فامكنه ان يدرك منها ركعة صلى ركعتي الفجر خارج المسجد لانه
يجمع بين الفضيلتين فكان اولى من الاقتصار على احدهما وان كان لا يدرك ركعة ترك ركعتي الفجر لان الجماعة
اكد منها على ما بيناه ٥ فان ابتدا صلوة التطوع فدخل فيها ثم اقيمت الصلوة اتم الشفع الذي هو فيه ثم سلم
ودخل مع الامام لانه يقدر على اتمام النفل وادراك الجماعة فلم يجز قطع النفل ولا يزيد على الشفع لان ذلك
عندنا كابتدا صلوة اخرى وقد بينا ان الابتدا بالتنفل بعد اقامة الصلوة في المسجد لا يجوز ٥ وان افتتح فريضة
فان كان صلى اكثرها مضى فيها وسلم وجملة هذا يبنى على اصول منها ان الجماعة سنة موكدة وقد قدمناه
ومنها انها ليست بواجبة لانها لو وجبت في الاداء لوجبت في القضا كساير شروط الصلوة ومنها ان من صلى
الفرض ثم اعاده مع الامام كان الاول فرضه والثاني نفلا لما روي عنه عليه السلم انه قال كيف بك يا ابا ذر اذا كان
امرا يؤخرون الصلوة عن مواقيتها قال الله ورسوله اعلم قال صل الصلوة لوقتها ثم اجعل صلوتك معهم سبحة
فدل على ان الثانية نفل وروي انه صلى الفجر في مسجد الخيف فراى رجلين في ناحية المسجد لم يصليا فقال
علي بهما فجي بهما وفرايصهما ترعد فقال ما منعكما ان تصليا معنا قالا صلينا في رحالنا
فقال اذا صليتما في رحالكما ثم ادركتما الامام فصليا معه فانها لكما نافلة ٥ ومنها ان التنفل بعد الفجر وبعد العصر
لا يجوز وان كان له سبب وقد بيناه ٥ ومنها ان التنفل بالوتر لا يجوز لقول ابن مسعود والله ما اجزت ركعة
قط ولانه قدر لا يجوز الاقتصار عليه في الفرايض فلا يجوز في النوافل كما دون الركعة ٥ ومنها ان من فعل
اكثر افعال الفرض لا يجوز ان يقطعه لانه ادى اكثره فصار كمن قعد قدر التشهد واذا ثبتت
هذه الاصول قلنا اذا افتتح الرجل في المسجد فجره ثم اقيمت الصلوة فان كان لم يصل ركعة فما دونها قطعها
[illegible] الثانية وفعل عن الفرض وفاتته الجماعة فاستدراك الجماعة اولى ٥ وان سجد في الركعة
الثانية مضى عليها لانه ادى اكثر الفرض فلا يجوز له ابطاله ولا يدخل مع الامام لانه لو دخل كان متنفلا بعد

الفجر وقد بينا انه لا يجوز ٥ واما اذا افتتح الظهر ثم اقيمت الصلوة فان كان صلى ركعة ضم اليها اخرى وان صلى ركعتين تشهد
وسلم لانه يقدر ان يجعل صلوته نفلا ولا يبطلها ويدرك الجماعة فكان ذلك اولى من ابطالها ٥ فان كان في سجدة في
الركعة الثالثة مضى عليها لانه يقدر على اتمامها اذ ادى اكثر الفرض فلا يجوز ان يقطعها ويدخل مع الامام لان بعد
الظهر جائز والتنفل بمثل عددها جائز ٥ فاما العصر فان كان صلى ركعة ضم اليها اخرى وان كان [illegible]
سجد في الثالثة مضى عليها لما قدمنا في الظهر ولا يدخل مع الامام لان التنفل بعد العصر لا يجوز ٥ وعشاء الاخرة مثل الظهر
لان الظهر بعدها يجوز مثلها ٥ واما المغرب فان كان صلى ركعة قطعها لانه لو ضم اليها اخرى كان قد ادى اكثر صلوته
فتفوته الجماعة فقطع النفل اولى ٥ وان سجد في الركعة الثانية مضى عليها لانه ادى اكثرها ولا يدخل مع الامام
لانه لا يخلو اما ان يصلي معه ركعتين ويسلم او يصلي ثلثا او يضم الى الثالثة اخرى ولا يجوز ان يدخل فيصلي معه ركعتين
لان هذا دخول في بعض صلوة الامام دون بعض وهذا لا يجوز ولا يجوز ان يصلي ثلث ركعات لانه يصير متنفلا بوتر
فلا يجوز ولا يجوز ان يضم اليها اخرى لانه مخالف [illegible] في الثالث النفل وذلك مكروه فلم يبق الا ان لا يدخل مع الامام ٥
فان جهل فدخل مع الامام في المغرب فاذا سلم الامام لم يسلم وقام فيشفع بركعة وذلك لانه متنفل بالصلوة وقد
بينا ان التنفل بوتر لا يجوز ٥ فاذا ابتدا بالركعة الثالثة كان ذلك ابطالا بركعتين اذ الصلوة لا تكون اقل من ركعتين عندنا
ومن وجب عليه الفرض وصلوة الامام اربع لا الامام فيما يفعل [illegible] كالمقيم خلف المسافر ٥

باب صلوة الوتر

قال الشيخ رحمه الله صلوة الوتر ثلث ركعات لا
يفصل بينهن بتسليم وعن الزهري الوتر في رمضان ثلث ركعات وفي غيره ركعة وقال الشافعي هو مخير ان شا اوتر بركعة او ثلثا
او خمسا او سبعا او تسعا او احدى عشرة لنا ما روي عن ابن مسعود ان النبي عليه السلام اوتر بثلث ركعات وقنت قبل الركوع فلما كانت
الليلة [illegible] اي تراعي صلوته فاوتر كذلك وفي حديث عايشة ان النبي عليه السلام كان يصلي بالليل اربعا ثم اربعا ويوتر بثلث
وعن ابن مسعود ان النبي عليه السلام قال وتر الليل ثلث كوتر النهار صلوة المغرب وعن ابن عباس كان النبي عليه السلام يصلي من الليل
ثماني ركعات ويوتر بثلث ٥ قال ابو الحسن اجمع المسلمون ان الوتر ثلث لا يسلم الا في اخرهن واوتر سعد بركعة
فانكر عليه ابن مسعود وقال ما هذه البتيراء التي لم نكن نعرفها على عهد رسول الله صلى الله عليه ولانها صلوة وتر فلا تقتصر فيها على
ركعة واحدة كالمغرب ولان الوتر ان كانت واجبة لم تختص في اعدادها كسائر الواجبات وان كانت سنة فالسنن لا
تختص منها وقوله عليه السلام فاذا خشيت الصبح فاوتر بركعة معناه متصلة بما قبلها بدلالة قوله عليه السلام توتر لك ما
تقدم والذي روي انه قال من شا اوتر بركعة ومن شا اوتر بثلاث او بخمس يجوز ان يكون هذا قبل استقرار الوتر لان
الصلوات المستقرة لا تتغير في اعدادها ٥ واذا فرغ من القراءة في الثالثة كبر ورفع يديه حذا اذنيه ثم ارسلهما
ثم قنت والكلام في القنوت يقع في فصول اولها ان القنوت في الوتر في جميع السنة وقال الشافعي في النصف الاخير
من شهر رمضان لنا ان عليا وابن مسعود وابن عباس روي عن كل واحد منهم انه راعى صلوة النبي عليه السلام بالليل فقنت
قبل الركوع ويستحيل ان تتفق جماعتهم مراعاته في وقت واحد من السنة ولانه ذكر [illegible] يتعلق ببعض الصلوات
فتعلق بها في جميع الحال كتكبير العيد ولان الاذكار المسنونة المتعلقة بالصلوة لا تختلف بشهر رمضان وغيره كسائرها
والذي روي ان عمر جمع الناس على ابي بن كعب فقنت في النصف الاخير من رمضان فمعناه طول الصلوة وطول القيام
يسمى قنوتا يبين ذلك ان هذا اجماع ظاهر بحضرة السلف ولم ينقل بهذا القول غير الشافعي وكيف كان يخفى مثل هذا
الاجماع على جميع الفقهاء ٥ ثم الكلام في محل القنوت فعندنا القنوت قبل الركوع وعند الشافعي بعده لنا ما ذكرنا
من الاخبار المتقدمة ولانه ذكر [illegible] محله قبل الركوع كتكبير العيد والذي روي ان النبي عليه السلام رفع راسه
من الركوع وقال اللهم انج الوليد بن الوليد وسلمة بن هشام والمستضعفين بمكة فذلك في صلوة الفجر وقد نسخ
القنوت فيها عندنا والكلام في الوتر ٥ وانما قلنا انه اذا اراد القنوت كبر ورفع يديه لما روي عن علي انه كان
يفعل ذلك اذا اراد القنوت كبر وقنت ولان هذا انتقال من حال الى حال يخالفها فالسنة فيها التكبير كالانتقال
من سائر الاركان ٥ وانما يرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع وذكر القنوت وعن علي وابن مسعود
وابي هريرة رفع اليد عند ابتدا القنوت ٥ واما قوله ثم ارسلهما فمعناه لا يضع يمينه على شماله ولا يبسط يديه للدعا
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال اذا كبر للقنوت اخذ في الدعا وارسل يديه ثم اشار باصبعه السبابة
من يده اليمنى وروي عن ابي يوسف انه يبسطهما بسطا في القنوت وروى فرج مولى ابي يوسف انه كان يراه يبسط
يديه في دعا القنوت لنا قوله عليه السلام لا ترفع الايدي [illegible] في الصلوة وعن انس كان رسول الله صلى الله عليه لا يرفع يديه في شيء من
الدعا الا في الاستسقا فانه كان يرفع يديه حتى يرى ابطه وعن سليمن بن موسى قال لم يحفظ عن رسول الله صلى الله عليه انه
رفع يديه الا في ثلثة مواضع الاستسقا والاستنصار وعشية عرفة ولان الدعا الموضوع في الصلوة لا يسن فيه
بسط اليد كالتشهد ووجه قول ابي يوسف ان بسط اليد من سنة الدعا لما روي ابن عباس قال رايت رسول الله
صلى الله عليه يدعو [illegible] باسطا يديه كالمستطعم المسكين ٥ واما رواية الحسن في الاشارة بالاصبع فقد ذكر الحسن في
روايته انه يشير في حال التشهد ايضا وروى محمد بن الحنفية ان الاشارة في دعا الرغبة ان يجعل باطن كفيه الى
السما والرهبة ان يجعل ظهر كفيه الى وجهه كالمستغيث والمسالة ان تشير بسبابته [illegible]
في معنى قول محمد في الاصل انه يرفع يديه ثم يرسلهما فمنهم من قال يعني لا يضع يمينه على شماله في حال القنوت

والقيام الذي يفصل بين الركوع والسجود وقيام صلوة الجنازة ومنهم من قال يعني يضع احدى يديه على الاخرى
في هذه الاحوال ومعنى قوله ثم يرسلهما اي لا يبسطهما ٥ قال ومقدار القيام في القنوت قدر سورة اذا السما
انشقت في السادات الزوج وفي بعضها ذكر الواو والصحيح او لان القنوت مقدار الدعا فيه لا ينبغي ان يكون احدى
السورتين [illegible] وروي ان النبي عليه السلام كان لا يطول في دعا القنوت وقال اصحابنا ليس فيه دعا موقت يدعو فيه بما شا
وروي عن محمد انه قال توقيت الدعا يذهب برقة القلب وقد روي عن الصحابة في القنوت ادعية مختلفة
فدل على انه لا يتعين ٥ فاذا فرغ من القنوت كبر ولم يرفع يديه وركع لان الانتقال من القيام الى الركوع يقع بتكبيرة كسائر
الصلوات قال وهو عند ابي حنيفة كل الليلة على الرجال والنساء والمقيمين والمسافرين والمرضى قال وجملة هذا ان ابا حنيفة كان
يقول الوتر فرض ثم قال هي سنة ثم قال واجب وقال ابو يوسف ومحمد سنة موكدة وجه قول ابي حنيفة
في وجوبها قوله عليه السلام ان الله زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشا الى طلوع الفجر والزيادة انما تكون
على امر مقدر من جنسه وقوله فصلوها امر فيفيد الوجوب ثم خصها بوقت له اول واخر والصلوات
المختصة بالاوقات واجبة ولانها وتر في الشريعة كالمغرب وجه قولهما قوله عليه السلام ثلث كتبت علي ولم
تكتب عليكم الوتر والضحى وركعتي الفجر واذا ثبت من اصل ابي حنيفة انها واجبة لم تختص ببعض الناس دون
بعض واذا ثبت لهما انها سنة لم تختص ايضا كسائر السنن ٥ قال ويقرأ في كل ركعة منهن بالحمد وسورة
فان ترك القراءة في ركعة منها فسدت عليه الصلوة وعليه الاعادة لان القراءة في الوتر ثبتت في الركعات
في الجهر وقراءة السورة مع الفاتحة فلما تساوت في القدر والصفة تساوت في الوجوب واذا ترك القراءة
الواجبة بطلت صلوته ٥ وليس في الوتر قراءة سورة بعينها لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن تحزيب القرآن
ولانه اذا عين سورة لم يومن ان يعتقد وجوبها وروي ان النبي عليه السلام قرأ في الركعة الاولى منها بسبح
اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا ايها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله احد وعن علي وابن مسعود انهما كانا
يوتران بثلث يقرآن في كل ركعة سورة من المفصل وعن ابن عمر انه كان يوتر بالمعوذتين فدل ان القراءة لا
تتعين ٥ قال فان نسي القنوت حتى ركع ثم تذكر مضى على ركوعه ولم يرفع راسه للقنوت لان هذه سنة
من حكمها ان تفعل حال القيام فاذا ركع فات محلها فلا تقضى وليس هذا كتكبيرات العيد لان من حكمها ان
تفعل في حال القيام وفيما يجري مجراه بدليل ان التكبيرة التي يركع بها تفعل في حالة الانحطاط وهي من تكبيرات
العيد فلذلك جاز ان يكبر في حالة الركوع لان الركوع مقام القيام وليس هذا كمن ترك قراءة السورة او الفاتحة
ثم ركع فانه يعود الى حال القيام فيقرأ لان القراءة قد تقع مسنونة وواجبة فلذلك لم تفت بفوات
محلها ٥ قال ولا يوتر على الراحلة عند اصحابنا جميعا اما على اصل ابي حنيفة فلانها صلوة واجبة فلا تفعل
على الراحلة من غير عذر وعلى اصلهما انها صلوة مسنونة والمسنونات المتاكدة لا تفعل على الراحلة من غير
عذر وقد روي ان النبي عليه السلام كان يتنفل على راحلته فاذا بلغ الى الوتر نزل فاوتر على الارض ٥ وافضل اوقات
الوتر اخر الليل في اخر صلوته فان اوتر قبل ذلك فلا باس [illegible] والاصل فيه ما روي ان عايشة سئلت عن صلوة
النبي صلى الله عليه الوتر فقالت في كل الليل اوتر في اول الليل واخره واستقر في اخره ولان الوتر خاتمة صلوة
الليل فوجب ان يتاخر عنها وقال اصحابنا من اعتاد القيام لصلوة الليل فالافضل اخر الليل ومن لا يعتاد فالافضل
قبل النوم لانه لا فايدة لتاخيرها وتعريضها للفوات ٥

باب السهو

قال الشيخ رحمه الله الاصل في ثبوت سجود السهو ما روي عن رسول الله صلى الله عليه انه سها فسجد وقوله في حديث
ثوبان لكل سهو سجدتان بعد السلام وقد حكي عن ابي الحسن انه قال سجود واجب وليس بشرط في صحة الصلوة وقال
غيره من اصحابنا يقول انه سنة وقد ذكر محمد بن الحسن في الاصل اذا سها الامام وجب على الموتم ان يسجد فوجه
قول ابي الحسن انها سجدة تفعل لعارض في الصلوة كسجدة التلاوة ولانه يفعل لجبر النقص الداخل في العبادة واجب
كجبران الحج وجه قول الاخرين ان سجود السهو لا يقوم مقام واجب وانما يقوم مقام المسنونات فاذا
لم يجب اصله فاولى ان لا يجب ما قام مقام الاصل ٥ قال ابو الحسن حكم السهو في جميع الصلوات حكم واحد
فرضها ونفلها ما وجب به السهو في بعضها وجب به السهو في جميعها لقوله عليه السلام لكل سهو سجدتان
ولان النفل عندنا يجب بالشروع فيصير كالواجب في الاصل ٥ ويكون السهو في ذلك لترك فعل في
موضعه مسنون فيه الذكر او لادخال فعل في الصلوة ليس من الصلاة واذا كان الفعل المتروك ليس بذكر
وجب عليه سجدتا السهو واذا كان الفعل المتروك ذكرا لم يجب عليه سجدتا السهو الا في اربعة اشيا في القراءة
والتشهد والقنوت وتكبيرات العيد ٥ قال ابو الحسن رحمه الله وتحصيل هذا ان من ترك من صلوته فعلا
مسنونا وضع فيه ذكر وجب عليه سجود السهو لقوله عليه السلام لكل سهو سجدتان ولما روي ان النبي عليه السلام
قام الى الثالثة فسبح به فلم يقعد وسجد للسهو واما الموضع الذي لم يوضع فيه ذكر كوضع اليمين على الشمال
[illegible] فليس بمقصود في نفسه فلا يجب به سجود السهو كالالتفات الذي يترك فيه التوجه ٥ واما
زيادة الفعل اذا كان من جنس افعال الصلوة فالاصل فيه ان النبي عليه السلام قام الى الخامسة فسبح به فرجع
وسجد للسهو لانه زاد في صلوته القيام وصلى الظهر خمسا وسجد لانه زاد في صلوته ركعة وانما

الاذكار فمن ترك القراءة المسنونة مثل ترك فاتحة الكتاب وترك السورة فعليه السجود لان القراءة المسنونة هيئة لذكر فهي
آكد من الفعل المسنون ولم يذكر ابو الحسن الجهر والاخفا في التسمية لانه اكتفى بذكر القراءة وقد قالوا ان الامام اذا جهر
فيما يخافت فيه او خافت فيما يجهر فيه فعليه سجود السهو لان الجهر مقصود في القراءة فهي كالسورة المقصود ولانه
هيئة لذكر فاذا تركها لزمه الجبران كمن افاض من عرفة قبل الامام ٥ واختلفوا في مقدار ما يتعلق به السهو
من الجهر والاخفا فذكر الحاكم عن محمد انه كان يقول اذا جهر باكثر الفاتحة سجد ثم رجع فقال اذا قرا ما تجزي به الصلوة
وهذه رواية ابن سماعة عنه وروى ابو سليمان عنه اذا جهر اكثر الفاتحة سجد وان جهر بغير الفاتحة بآية طويلة وروى معلى
عن ابي يوسف انه قال ان جهر بحرف فعليه سجود السهو ووجه قول محمد الاول ان الجهر اليسير لا يمكن التحرز منه وكذلك
الاخفا فجعل الفاصل اكثر الفاتحة لانه في حكم الكثير وقال بعد ذلك ما تجزي به الصلوة لان القراءة ركن فاذا اعتبر
هيئته سجد ووجه الذي رواه معلى تعبد ووجهه ان ما وجب السجود في كثيره وجب السهو في قليله كالافعال فاما
المنفرد اذا جهر في موضع الاخفا فلا سهو عليه لان الجهر والاخفا ليس من سنته وانما اراد ما ليس عليه وهو الجهر فصار
كالجهر بالاذكار وان اخفى في صلوة الجهر فلا سهو عليه لانه مخير ان شا جهر وان شا اخفى فلم يدخل نقصا بالاخفا
في صلوته ٥ واما التشهد اذا تركه ففيه سجود السهو لانه ذكر مسنون ممتد اختص بركن من الاركان كالقراءة
واما القنوت ففيه سجود السهو بالاجماع لانه جعل علما للصلوة مخصوصة فصار مقصودا فيها لنفسه واما
تكبير العيد فلانه ذكر زايد فهو كالقنوت وقد قالوا في تكبيرات الركوع والسجود لا سهو فيها وقال مالك ان ترك
منها ثلث تكبيرات فصاعدا سجد لنا انها ليست مقصودة لنفسها وانما هي علامة لغيرها كالتكبيرة الواحدة منها ٥
وقد قال اصحابنا ان من ترك الاستفتاح ساهيا لم يسجد لانه ليس مقصودا لنفسه وانما هو لافتتاح الصلوة فصار
كالتعوذ الذي يفتتح به القراءة ٥ قال ويقضي الفعل المتروك اذا لم يكن ذكرا ما لم يخرج من الصلوة فان خرج منها فسدت
صلوته الا القعود في التشهد الاول فانه لا يقضى ولا تفسد الصلوة بتركه وسجدة التلاوة فانها نقصان لا تفسد
الصلوة بتركها ٥ اما قوله ان الافعال تقضى فانما يريد به الافعال الواجبة وهذا انما يتصور في السجدات ٥ قال
اصحابنا اذا ترك سجدة من ركعة قضاها وتمت صلوته وقال الشافعي لا يعتد له بتلك الركعة وانما يكمل بسجدة من الركعة
الثانية ويلغو ما بينهما لنا ان السجود فرض متكرر فلا يجب فيه الترتيب كقضا رمضان ٥ واما الركوع فلا يتصور فيه
القضا لانه متى لم يركع لا يعتد له بتلك الركعة فصار تاركا لاكثر افعال الركعة فتلغو ركعته وكذلك ان ترك السجدتين
لم تنعقد ركعته لانه لم يات باكثر افعالها والاعتداد انما يقع باكثر افعال الركعة فاما اذا خرج من الصلوة وعليه سجدة
واجبة صلبية او فعل واجب بطلت صلوته لانه يتعذر عليه بنا ما بقي بعد صحة الخروج واذا تعذر فعل الواجب بطل
ما مضى من الصلوة لفقد بعض اركانها فان كان الواجب المتروك ليس من موجب التحريمة لم تفسد بتركه كسجود التلاوة
لانها وان وجبت في الصلوة فلم توجبها التحريمة فتركها لا يبطل الصلوة كمن تجب عليه في صلوته ان يخلص غريقا في الما او
من يحترق ٥ واما قوله وسجدة التلاوة تقضى فمعناه ان الواجب ان يسجد عقيب التلاوة فان اخرها عنها بشي ما دام
في التحريمة لانها معتبرة بسجدات الصلوة فيبقى حكم تعلقها ببقا التحريمة فاما بعد الصلوة فلا تقضى لانها صارت من سنن الصلوة
حين تليت فيها وسنن الصلوة لا تفعل بعد الصلوة ٥ واما القعدة الاولى فقد قالوا ان من قام ولم يقعد فتذكر
القعدة وهو الى حالة القعود اقرب عاد الى القعود لان محل الفعل باق الا ترى ان من كان الى حال القيام اقرب
لم يقعد لان النبي عليه السلام لما قام الى الثالثة سبح به فلم يعد ولان السنة فات محلها ٥ واما الذكر فلا يقضى
اذا فات عن محله الا القراءة خاصة فانها تقضى فيما بقي من قيام الليل ومعنى ذلك انه اذا ترك القراءة في الاوليين او في
احديهما قرا في الاخريين وهذا عندنا ليس بقضا لان القراءة تجب في ركعتين بغير اعيانهما ففي اي الركعات
قرا وقعت عن المستحق وكذلك اذا ترك الفاتحة في الاوليين لم يقضها لانه مسنون في الاخريين فاذا قراها
في الاخريين وقعت عن المسنون ولم تقع موقع القضا وانما يتصور القضا في فصل واحد وهو ان يترك السورة
في الاوليين فيقرا في الاخريين فاتحة الكتاب وسورة وهذه السورة قضا لان القراءة الواجبة قد
وقعت موقعها في الاوليين ومن سنتها ضم السورة اليها ولم يفت محلها لان الاخريين تجوز قراءة السورة فيهما
اذا ترك القراءة في الاوليين والسنن تفعل ما دام محلها وقد قالوا انه يقرا في الاخريين ويجهر ذكر ذلك
في الجامع الصغير ولم ينقل انه يجهر بهما او بالسورة خاصة وروى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
انه يجهر بالسورة ولا يجهر بفاتحة الكتاب وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يجهر بهما
فاما الرواية التي قال انه يجهر بالسورة خاصة فلان فاتحة الكتاب مفعولة في محلها ومن سنتها الاخفا والسورة
قضا ومن سنتها الجهر فيقضيها على حد ما فاتت ووجه الرواية الاخرى ان الجهر يقبح ان يبتنى في ركعة
في بعضها والاخفا في البعض فلما سقط الجهر في الفاتحة سقط في السورة الذي هو تبع ٥ قال وتكبيرات
العيد تقضى في ركوع تلك الركعة التي هو فيها فاذا رفع راسه لم يقضه وقد بيناه في باب صلوة العيد ٥ وسجود
السهو كله بعد السلام كما بينا ما كان في الزيادة والنقصان يكبر بعد سلامه الاول ويخر ساجدا ويسبح في سجوده
ثم يرفع راسه ويكبر ويسجد ويسبح ثم يرفع ويكبر ثم يتشهد ويدعو بما احب بعد التشهد مما اشبه دعوات
القران ولا يدعو بما يشبه كلام الناس ولا يدعو في تشهد السهو اذا كان عليه سهو اخر الدعا الى تشهده

ثم يسلم بيمينه وعن شماله ٥ اما الحسن فروي محل السجود فعندنا بعد السلام وقال مالك ان كان للنقصان فقبل السلام وان كان
من الزيادة فبعد السلام وقال الشافعي قبل السلام ابدا لنا قوله عليه السلام لكل سهو سجدتان بعد ما يسلم وفي حديث ابن مسعود
ان النبي عليه السلام قال اذا شك احدكم في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا فليتحر اقرب ذلك الى الصواب ويسلم ويسجد سجدتي
السهو ويتشهد ويسلم وروى ابن مسعود وابو هريرة ان النبي عليه السلام سجد للسهو بعد السلام وروى المغيرة ان النبي عليه السلام
قام الى الثالثة وسجد بعد السلام ولان هذه السجدة لا تفعل عقيب سببها فلا تفعل في نفس التحريمة كالمنذورة وعكسه
سجدة التلاوة ٥ والذي قاله مالك ليس بصحيح لان المغيرة روى ان النبي عليه السلام قام الى الثالثة ولم يقعد وسجد بعد
السلام ولان الزيادة في الصلوة نقص في الحكم فجرت مجرى النقصان ٥ واما قوله انه يسجد للسهو بتكبيرة ويرفع بتكبيرة
ويسبح في السجود فلانها معتبرة بسجدات الصلوة فيفعل فيها ما يفعل في سجداتها ٥ واما التشهد بعدها فلحديث
ابن مسعود وروى المغيرة ان النبي عليه السلام تشهد بعد سجدتي السهو ولانه يعود بها الى حكم التحريمة فيحتاج
الى الخروج والسنة ان تتقدم على الخروج التشهد ٥ واما السلام فلان النبي عليه السلام ذكر في حديث ابن مسعود سلامين
ولانه عاد الى حكم التحريمة فلا بد من التحلل منها ٥ فاما الدعا فمن حكمه ان يتاخر عن الافعال والاذكار الموضوعة
في الصلوة بدلالة قوله عليه السلام لابن مسعود اذا فعلت هذا او قلت هذا فقد تمت صلوتك ثم قال ثم اختر من الكلام ما
شئت ومعلوم ان من عليه السهو يبقى عليه بعد التشهد الاول افعال فيجب ان يؤخر عنها الدعا وصارت القعدة
قبل السجود في حقه كالقعدة الاولى في الصلوة والقعدة بعد السجدتين كالقعدة الاخيرة يدعو فيها فاما قوله
انه لا يدعو بما يشبه كلام الناس فلما روي ان سعدا سمع ابنه يدعو في الصلوة فقال يا بني اياك والاعتدا في
الدعا فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول سيكون في امتي قوم يعتدون في الدعا وتلا قوله ادعوا ربكم تضرعا
وخفية انه لا يحب المعتدين ثم قال انما كان يكفيك ان تقول اللهم اني اسألك الجنة وما قرب اليها من قول وعمل
واعوذ بك من النار وما قرب اليها من قول وعمل ولان الدعا بما يشبه كلام الناس مما تفسد به الصلوة فهو
كسائر كلام الناس ٥ قال فان سهى في سجود السهو فلا سهو عليه وذلك لانه لو سجد لتكرر سجود السهو
في صلوة واحدة ولانه لو سجد للسهو في السجود جاز ان يسهو في السجود الثاني فيؤدي الى ان لا
سجود لا نهاية له ٥ وقد قالوا في رواية الاصول ان من سجد قبل السلام اجزاه لانه سجد بعد الفراغ من
صلوته فلو لم يعتد له به لتكرر سجود السهو في صلوة واحدة وروي عنهم ان ذلك لا يعتد به لانه سجود في
نفس التحريمة فهو كالسجود في وسط الصلوة ٥ قال ومن ادرك سجود السهو مع الامام فقد ادرك الصلوة
ويفعل كما يفعل اذا ادركه في سجود الصلوة لان من اصل ابي حنيفة انه اذا سجد عاد الى حكم التحريمة والمدرك
لحكم التحريمة مدرك للصلوة ٥ ومن اصل ابي يوسف انه اذا سجد بان انه لم يكن خرج من الصلوة والمدرك لم يخرج
لنفس الصلوة وعند محمد انه لا يخرج بالسلام فالمدرك له مدرك للصلوة وانما يظهر الخلاف اذا ادركه بعدما سلم قبل
ان يسجد فترك الامام سجود السهو ٥ قال ابو حنيفة لا يصح دخوله وقال محمد يصح دخوله ووجه قول ابي حنيفة
انه سلام بعد الفراغ من موجب التحريمة فيقع به الخروج كمن سلم ولا سهو عليه ولانه لو لم يخرج بالسلام لكان
سجود السهو فعل في نفس التحريمة لتقدم السلام عليه واما محمد فقد قال لو صح خروجه لم يعد اليها كمن سلم
في خلال صلوته عمدا وانما هذا السلام للفصل بين القعدتين ولا يمتنع ان يكون السلام في الاصل موضوعا للخروج
ثم يقع مثله للفصل كما ان التكبير موضوع للافتتاح ثم يفعل في خلال الصلوة للفصل ٥ واما ابو يوسف
فقد قال لو صح الخروج لما جاز العود فلما كان بالسجود في حكم التحريمة ثبت انه لم يخرج بالتسليم فاذا لم يسجد
فقد سلم ولم يبق عليه شي من موجب التحريمة ولا من موجب موجبها فصح خروجه واذا ثبت ما قال
ابو حنيفة فان عاد الامام الى السجود عاد الى حكم التحريمة فصح دخول الداخل معه وان لم يعد فقد
دخل بعد خروجه من الصلوة فلا يعتد بدخوله وعلى قول محمد هو داخل بكل حال لانه لم يخرج من صلوته
واما ابو يوسف فلا يتبين خلافه الا في العبارة ٥ قال ومن سهى عن التشهد الاول حتى قام لم يقعد
وان سها عن التشهد الثاني حتى قام عاد الى القعود وتشهد وسلم وسجد للسهو فيهما وذلك لما روي ان
النبي عليه السلام قام الى الثالثة فسبح به فلم يعد وقام الى الخامسة فسبح به فعاد ولان القعدة الاولى
مسنونة فاذا قام فالتشاغل بفروض الصلوة اولى من السنن ٥ فاما القعدة الاخيرة فهي فرض فيلزمه
العود اليها اولى من التشاغل بما ليس بفرض هذا الفرق ان كان اراد بقوله القعدة الاولى والاخيرة وان كان
اراد به قعد ولم يتشهد فهو صحيح ايضا والفرق بينهما انه اذا قام الى الثالثة فقد فات محل الذكر
المسنون فسقط فاذا قام الى الخامسة وجب عليه العود للسلام فاذا عاد فمحل التشهد باق فيجب ان
ياتي به ٥ ومن سهى مرارا في صلوته فعليه سجدتان فحسب كثر السهو او قل وذلك لما روي ان النبي عليه السلام
قام الى الثالثة فسبح به فلم يرجع وسجد سجدتين ومعلوم انه ترك القعدة وترك قراءة التشهد وكل واحد
منهما لو انفرد لوجب سجود السهو ولم يسجد الا سجدتين ولان سجود السهو اخر عن سبب وجوبها
لجواز ان يسهو ثانيا فلو لم يقع بكل سهو في الصلوة لجعلت عقيب سببها ٥ قال وانما السهو على
الامام او من يصلي وحده ولا سهو على من صلى خلف الامام بحال اذا سهى فيما ادرك فيه الامام وكذلك

ان نام خلف الامام ثم انتبه وقد سبقه الامام فانه يبدأ بما نام عنه فان سهى فيه لم يكن عليه فيه سهو وكذلك
ان احدث فذهب يتوضأ ثم جاء وقد سبقه الامام بشيء من الصلوة فانه يبدأ بما سبقه به ولا شيء عليه ان سها فيه ٥
فان سهى فيما يقضي مما سبقه الامام به سجد لسهوه وانما لم يجب لسهو المأموم سجود لانه ان سجد وحده ترك
متابعة الامام وخالفه وقال عليه السلام لا تختلفوا على ائمتكم فان سجد الامام معه صار الامام تبعا له فلا يجوز ٥ وكذلك
المدرك لاول الصلوة اذا نام او احدث فسبقه الامام لانه فيما يقضي ليس كالمنفرد بل هو في حكم من خلف الامام
فلا يسجد للسهو ٥ فاما من لم يدرك اول الصلوة اذا قام يقضي فسهى سجد لانه في حكم المنفرد بدلالة انه يقرأ
ولا يرفع افعاله على حسب فعل الامام فلذلك يسجد للسهو ٥ قال وعلى المأموم اتباع الامام في سجود السهو
ان كان خلفه في حال سهوه او دخل معه بعد ذلك لقوله عليه السلام فاذا سجد فاسجدوا ولان السهو اوجب نقصا
في تحريمة الامام وصلوة المؤتم مبنية عليها فصار ذلك نقصا في تحريمة الامام والمؤتم جميعا فليسجد ٥ قال
فان كان مسبوقا لم يسلم اذا سلم الامام ولم يقم الى قضاء ما عليه حتى يسلم الامام وينتظر حتى يسجد الامام للسهو
ويسجد معه فاذا سلم الامام من السهو قام فقضى ولم يتابعه في السلام لان السلام للخروج من الصلوة ولا يجوز
له الخروج منها مع بقاء اركانها فاما متابعته في سجود السهو فلان المؤتم لا يجوز له الاشتغال بالفائت حتى يفرغ
الامام من صلوته فصار بقاء سجود السهو عليه كبقاء سجدة صلبية فيتابعه فيها ولا يقال ان هذا يؤدي الى ان يحصل
سجود السهو في وسط صلوة المؤتم قلنا لا يمتنع ان يتغير ترتيب الافعال عليه لاجل المتابعة كما ان المدرك لآخر
الركعة من المغرب فانه يقعد مع الامام ثم يقعد في الاخرى فيصير لم يقعد في كل ركعة من صلوته قعدة لاجل متابعة
الامام ٥ قال فان لم يسجد مع الامام حتى قام الى قضاء ما عليه سجد في آخر صلوته استحسانا ووجه القياس ان
هذا السجود يفعل على طريق المتابعة فصار كالسجدتين التي ادرك امامه فيهما واما الاستحسان فلان النقص
دخل في صلوة المؤتم فكأنه سهى بنفسه فليسجد ٥ وان ترك الامام سجود السهو فلا سجود على المؤتم لانه
يفعل على جهة المتابعة فاذا لم يفعله الامام سقط عن هذا ولان سهو الامام اكثر احواله ان يصير كسهو المؤتم
فاذا لم يلزمه ان يسجد لسهوه لانه يخرج به عن متابعة امامه فلان لا يلزمه لسهو امامه اذا لم يفعله اولى ٥
واذا سجد المسبوق مع الامام لسهوه ثم سهى فيما يقضي فعليه سجود السهو لانه فيما يقضي في حكم منفرد فيتعلق
بسهوه سجود والسجود المتقدم لا ينوب عنه لانه بعده فيلزمه سجود آخر ولا يقال كيف يجب في صلوة واحدة
سجود السهو مرتين قلنا هما في حكم صلوتين بدلالة اختلاف شرائطهما وان دخل مع الامام في سجود السهو سجد
معه فان كان دخل فادرك سجدة واحدة مع الامام لم يقض سجدة السهو التي فاتته وكذلك لو دخل معه
بعدهما لم يقضهما لفوات المتابعة فيهما فكذلك اذا فاتته احديهما ٥ وان سلم المسبوق حين سلم الامام ساهيا
فانه يبني على صلوته وعليه سجدتا السهو لان سلام الساهي لا يرفع التحريمة بدلالة انه من اذكار الصلوة فاذا لم
يقصد به الخروج منها لم ينافها كسائر اذكارها وانما لزمه سجود السهو لانه لم يخرج بالسلام من الصلوة فصار
كالساهي بعد الامام فيلزمه سجود السهو ٥ ومن سلم عن يساره قبل سلامه عن يمينه ساهيا فلا سهو عليه
ويسلم عن يمينه لانه سهى بعد الخروج من الصلوة فهو كالساهي في غير الصلوة ٥ قال ومن سلم وعليه سهو
ففعل ما يقطع الصلوة لم يسجد للسهو ومضت صلوته وقد اساء وذلك لان سجود السهو مفعول على حرمة
التحريمة فلا يجوز ان يفعل بعد وجود ما ينافيها ٥ وصلوته تامة لان سجود السهو ليس بواجب على ما بينا فتركه
لا يبطل الصلوة وعلى قول ابي الحسن هو واجب الا انه ليس من موجب التحريمة فلا يفسدها تركه ٥ واذا طلعت
الشمس بعد ما سلم او احمرت بعد ان سلم من صلوة العصر وعليه سجود السهو لم يسجد لان سجود السهو تجبر
سجود الصلوة فلا يفعل في وقت لا يجوز فيه فعل الصلوة ٥ واذا شك الرجل في صلوته ثم استيقن فان كان
طال فكره فعليه سجود السهو وان لم يطل فلا سهو عليه وذلك لانه اذا طال فقد اخر اركان الصلوة عن محلها
وتراخيها بما ليس منها واذا لم يطل فلم تتأخر الاركان وانما عرض له فكر وذلك لا يخلو منه المصلي ٥ وان شك
المصلي في اثلثا صلى ام اربعا فان كان هذا اول ما اصابه استقبل صلوته وان لقي هذا كثيرا تحرى اكبر رأيه فبنى عليه
وسجد للسهو واما اذا كان اول ما عرض له فلقوله عليه السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك ولانه يقدر على اداء فرضه
بيقين فلا يؤديه بالشك كمن قدر على التوجه الى القبلة بيقين لا يجوز له ان يتحرى واما اذا كان يعرض له كثيرا فقد
كان ابو الحسن يقول معناه ان الشك يعتاده حتى يصير غالب حاله وكلما اعاد شك فهذا لا يتوصل الى اداء فرضه
بيقين الا بمشقة فجاز له الرجوع الى الاجتهاد ٥ وقال اصحابنا الشاك يتحرى ولم يفصلوا هذه رواية الاصول
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يبني على اليقين وهو قول الشافعي ووجه قولهم المشهور حديث ابن مسعود ان النبي عليه السلام
قال من شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا فليتحر اقرب ذلك الى الصواب فليتم عليه وليسجد سجدتي السهو
ولانه يجوز الرجوع الى الاجتهاد في جهة القبلة وهو فرض يلزم من اول الصلوة الى آخرها فلان يجوز الرجوع الى
الاجتهاد في ركن منها اولى ٥ وكان ابو بكر الرازي يقول ان الشاك في اركان الحج اذا كان ممن يكثر الشك
تحرى كالصلوة وكان غيره من اصحابنا يقول انه يبني على اليقين ويفصل بينهما لان الزيادة في الصلوة تفسدها
كما يفسدها النقصان فلذلك رجع الى التحري وفي اركان الحج اذا كانت الزيادة لا تفسده فلذلك بنى على اليقين والتحري

وروي فيه حديث ابي سعيد ان النبي عليه السلام قال من شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا بنى على اليقين محمول على من لا
ظن له ولا تحري لان الشاك من تساوت جهات الظن عنده وقد روي عن ابي سعيد مثل قولنا لانه سئل عن الشك
في الصلوة فقال يتحرى فقيل له اعن نفسك او عن رسول الله قال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تسليما ٥

باب الحدث في الصلوة قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

اذا سبق الرجل الحدث في صلوته اماما كان او ماموما توضأ وبنى على صلوته ان احب ما لم يحدث شيئا يفسد الصلوة لو لم يكن احدث
الا ان يكون معنى لا بد له منه كالمشي الى وضوءه والانصراف فاما ان استقى ماء لوضوءه او تكلم او طعم او شرب او فعل
شيئا من سائر الافعال التي توجب فساد الصلوة غير ما استثنينا مما لا بد له منه فصلاته فاسدة وكان القياس عندنا
ان لا يجوز البناء لان الصلوة لا يجوز فعلها الا بطهارة والحدث ابطل الطهارة فبطلت الصلوة ببطلانها ولانه مشى في
صلوته واستدبر القبلة من غير ضرورة فلا يجوز الا انهم استحسنوا لما روي ان النبي عليه السلام قال من قاء في صلوته او رعف
او امذى فلينصرف وليتوضأ وليبن على ما مضى من صلوته ما لم يتكلم وروي البناء مع الحدث عن ابي بكر وعمر وعلي ولانه
حدث موجبه الوضوء طرأ على صلوته بغير فعل محدث فلم يمنع البناء كدم الاستحاضة وانما شرط ان لا يفعل فعلا
ينافي الصلوة الا ما لا بد له منه لقوله عليه السلام ما لم يتكلم شرط في جواز البناء ترك الكلام لان له بدا منه وهذا المعنى موجود
في كل فعل له منه بد واما المشي والانصراف الا انه لا بد له منه فحكمه ساقط لاجل العذر قال وان توضأ واستقبل
الصلوة افضل لانه مؤدي فرضه من غير شك ولا اختلاف فهو اولى من ادائه مع الخلاف قال وهذا
في الاحداث الخارجة من بدنه اذا سبقته من غير تعمد منه لذلك فان تعمد ذلك استقبل لان القياس يقتضي
الاستيناف في الجميع وانما ورد الخبر فيما كان بغير فعله وما سواه باق على اصل القياس ٥ فان اغمي عليه
او جن استأنف لان الاغماء والجنون حدث بغير فعله الا انه يبقى بعده لك على حاله فيصير كمن سبقه الحدث
فبقي في مكانه ولم ينتقل بطلت صلوته لانه ادى جزءا من الصلوة مع الحدث ٥ وان قهقه استقبل لان
القهقهة حدث بغير فعله الا انها في معنى الكلام والكلام يبطل الصلوة بكل حال فصار كمن تكلم بعدما
سبقه الحدث ٥ وكذلك ان نام في صلوته فاحتلم اغتسل واستقبل وكذلك ان نظر الى امرأته فانزل وقد
كان القياس عندهم ان يبني مع الاحتلام لانه حدث بغير فعله كالحدث الموجب للوضوء وانما استحسنوا فقالوا
يستأنف وهذا رجوع الى قياس الاصل سموه استحسانا فكان القياس على الاستحسان خلافه ووجه
في ذلك ان القياس يقتضي وجوب الاستيناف وانما ترك القياس للاخبار وقد وردت فيما يوجب الوضوء وهو
على يسير والغسل على كثير وما دل على العفو عن قليل الفعل لا يدل على كثيره ولان المغتسل لا يتمكن من الاغتسال
الا بكشف عورته لانه اما ان يخلع ثيابه او يغتسل فيها مجافاة فيطلع على عورته وكشف العورة يفسد الصلوة فصار
كالمحدث اذا كشف عورته ٥ قال واذا عمل المحدث شيئا من الصلوة بعد الحدث الذي سبقه فسدت
صلوته لانه ادى جزءا منها مع الحدث وذلك يفسد الصلوة ٥ وان كان الحدث في آخر الصلوة فعل ما وصفت
لك من الوضوء والبناء وذلك لانه يحتاج الى الخروج وذلك لا يجوز من غير طهارة فلا بد من الطهارة ليأتي بالسلام ٥
فان فعل شيئا مما يفسد صلوته فسد ما بقي من صلوته ولا اعادة عليه وذلك لانه لم يبق عليه فرض فخرج من الصلوة
ففساد ما بقي لا يؤثر في فساد ما مضى ٥ واذا توضأ في ذلك كله عاد الى مكانه فتمم ما بقي من صلوته وان بنى في
منزله ولم يعد الى مكانه اجزاه وذلك لانه ان صلى في منزله ادى الصلوة في مكانين لان المشي فيها يقل وان
عاد الى المسجد اداها في مكان واحد وكثر عمله فيها ففي كل واحد من الامرين كراهة من وجه وفضيلة من وجه
فيتخير بينهما ٥ الا ان يكون المحدث ماموما فلا يجزيه ان يبني في منزله الا ان يكون الامام قد فرغ من صلوته وذلك
لان المأموم قد اخذ عليه متابعة الامام فاذا تركها مع القدرة لم تصح صلوته واما اذا فرغ الامام فلم يبق عليه
متابعة الامام فصار كالمنفرد ٥ ويقضي ما سبقه به الامام بعد حدثه بغير قراءة ولا سهو عليه اذا سهى فيه
وكذلك من نام خلف الامام فاستيقظ لانه ادرك اول الصلوة فصار في حكم من هو خلف الامام فلا يقرأ
ولا يسجد للسهو لان ما يفعله يأتي به على طريق المتابعة للامام فصار كالامام اذا سبق المؤتم بركن ثم فعل
المؤتم ذلك الركن فانه يفعله كما يفعله في حال مشاركته وليس هذا كالمسبوق لانه لم يدرك التحريمة فلا
يبني على ترتيبها وانما لزمه متابعة الامام فيما ادركه فاما بعد ذلك فقد سقطت المتابعة عنه وصار هو داخلا
للفرض الذي عليه ولهذا استدبر المدرك بما يفعله الامام ويستدبر المسبوق بما ادرك فيه الامام فان كان المصلي
متيمما او ممن يلزمه الوضوء لخروج وقت الصلوة فوجد الماء في صلوته او خرج الوقت وهو فيها اعاد الوضوء
والصلوة ولم يجزه البناء في اي حال كان ذلك من الصلوة لان هذه المعاني توجب الوضوء بسبب سابق للتحريمة فيصير
كالمؤدي ما مضى من صلوته مع الحدث فلا يصح البناء عليها وان حصل ذلك بعد ما قعد قدر التشهد فهو عند ابي حنيفة
من جملة المسائل المعدودة وحكمه كذلك وقد تقدم الكلام فيها ٥ فان اصاب المصلي حدث بغير فعله رماه رجل
بحجر فشجه وسال الدم على ثوبه فانه ينصرف ويتوضأ ويغسل الدم عنه ويستقبل الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد
ويبني عند ابي يوسف ووجه قولهما ان هذا حدث حصل بفعل آدمي فصار كما لو حصل بفعل المصلي نفسه ولان
القياس يمنع البناء وانما تركوا القياس في الحدث بفعل الله تعالى لقيام الدلالة عليه

وما سواه فهو على اصل القياس ٥ وجه قول ابي يوسف انه حدث بغير فعله فصار كالحدث بفعل الله تعالى
واذا كانت النجاسة لحدث سبقه توضا وغسلها وبنى لقوله عليه السلم من قاء في صلوته او رعف فلينصرف وليتوضا والذي
لا يخلو من نجاسة تجب ازالتها ولان هذا من حكم التابع للوضو فيبنى معه كما يبنى مع الوضوء وقد قال محمد فيمن سبقه
الحدث اذا احتاج الى الاستنجا فاستنجى او رفعت ثيابه اجزاه البنا وان كشف ثيابه لم يصح البنا لان كشف العورة لا حاجة
به اليه فصار كالاختلاف والكلام ٥

باب الاستخلاف

قال الشيخ رحمه الله ومن حدث صح معه البنا على الصلوة فللامام ان يستخلف ٥ والاصل في جواز الاستخلاف ما روي ابن عباس ان النبي صلى الله عليه
لما خرج وابو بكر يصلي بالناس افتتح القراة من الموضع الذي انتهى اليه ابو بكر فانتقلت الامامة لان ابا بكر تعذر عليه المضي والتقدم
على رسول الله صلى الله عليه فكذلك المحدث تعذر عليه المضي بغير فعله فانتقلت الامامة الى غيره ٥ وقد روي ان عمر رضي الله عنه
استخلف في صلوة الظهر رجلا يليه ورعف علي رضي الله عنه في الصلوة فاستخلف وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير ولان
سبق الحدث لا يبطل الصلوة فلا يخلو اما ان يستخلف الامام او يصلون منفردين او ينتظرونه حتى يعود ولا يجوز ان يصلوا
فرادى لان فرض المنفرد وفرض الجماعة يختلف فاذا وجبت التحريمة احد الفرضين لم يجز ان يخرج منه الى الاخر ولا يجوز
الانتظار لان هذا يوجب ان يبقى الموتم في المسجد بغير امام فلم يبق الا الاستخلاف ٥ وما لا يصح معه البنا فلا استخلاف
فيه وهو الحدث العمد لانه افسد الصلوة فلم يجز له البنا للفساد ٥ و الامام المحدث على امامته ما لم يخرج من المسجد
او يقوم المستخلف في مقامه وينوي ان يوم فيه الناس او يستخلف القوم غيره فاذا كان شي من ذلك خرج الامام من
الامامة لانه اذا استخلف فتقدم الخليفة فقد صار الخليفة الامام وخرج الاول من الامامة لانه لا يجتمع في
الصلوة امامان وكذلك اذا استخلف القوم لان الامام اذا لم يستخلف فالقوم مامورون بتصحيح صلوتهم ولا
يمكنهم تصحيحها الا بالتقديم فجاز لهم ذلك واذا صار الثاني اماما خرج الاول من الامامة ٥ قال فان لم
يستخلف الامام ولا القوم حتى خرج الامام المحدث من المسجد فسدت صلوة القوم وتوضا الامام وبنى على
صلوته في هذه الرواية المشهورة وذلك لان الامام لم يستخلف في الحال فالقياس ان يبطل الصلوة لانه خرج من
الامامة بالحدث فبقي الموتمون لا امام لهم فبطلت صلوتهم وانما استحسنوا ما دام في المسجد لان بقاع المسجد
كالبقعة الواحدة بدلالة جواز الصلوة في اخر المسجد بصلوة الامام ولان ابا بكر كبر عند باب المسجد ومشى الى الصف
فلم يبطل ذلك صلوته فما دام في المسجد فكانه في مكانه فاذا خرج من المسجد لم يحصل في حكم المسجد
ففسدت الصلوة على اصل القياس وقد قال ابو حنيفة وابو يوسف ان الصفوف اذا كانت متصلة خارج المسجد فخرج
الامام واستخلف رجلا من الصفوف الخارجة بطلت صلوة القوم وقال محمد لا تبطل وجه قولهما ان خارج المسجد
لم يجعل في حكم المسجد بدلالة ان الامام لو كبر يوم الجمعة وحده في المسجد وكبر القوم بتكبيره من خارج المسجد
لم تنعقد الجمعة واذا لم يجر مجرى المسجد صار كانه خرج وليس هناك صفوف وجه قول محمد ان الصفوف
المتصلة بالمسجد تجعل الموضع كالمسجد بدلالة ان من صلى في الصحرا جاز استخلافه ما لم يتجاوز الصفوف فصار
الاستخلاف من الصفوف في حكم المسجد كذلك ٥ واما فساد صلوة الامام اذا لم يستخلف فقد اختلفت الرواية
فيه فذكر ابو عصمة ان صلوة الامام لا تفسد وذكر الطحاوي انها تفسد وجه رواية ابي عصمة ان الامام غير
مفتقر الى غيره فاذا خرج ولم يبق له امام لم تبطل صلوته كالمنفرد وجه رواية الطحاوي ان الامام من جملة الجماعة
فاذا خرج من ان يكون اماما صار في حكم الموتمين فتبطل صلوته كما لو تقدم الامام ٥ ولو قدم الامام رجلا حين
احدث والمقدم على غير وضو فلم يقم مقامه ولم ينو ان يوم القوم حتى قدم غيره صح الاستخلاف وبنوا على
صلوتهم وذلك لان المقدم من اهل الامامة وانما لا يصح تقدمه للحدث فاذا امر غيره فكان الامام هو الامر
فيجوز ٥ واذا احدث وليس معه الا رجل واحد فهو امام نفسه قدمه المحدث او لم يقدمه لان الامامة قد
تعينت فيه الا ترى انه لا يستحق لها غيره فلم يحتج الى التقديم ٥ واذا كان امام جماعة فدخل معه رجل في الصلوة
قبل ان يخرج من المسجد صح دخوله وان كان بعد انصرافه ما لم يخرج من المسجد روى هذا
ابن سماعة عن ابي يوسف وقال بشر المريسي لا يصح دخوله وجه قولهم ان الامام لم يخرج من الامامة ما دام في
المسجد بدلالة انه يصح ان يستخلف وان صلوة القوم لم تبطل فيصح دخوله معه كما لو كان في مكانه وجه
قول بشر ان المحدث لا يجوز له ان يبقى على الصلوة واذا لم يكن مصليا لم يصح الاقتدا به في الصلوة ٥ وان قدم
الامام امراة تصلي معه فسدت صلوتهم جميعا الرجال والنسا والامامة المقدمة في قول ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد بن الحسن وقال زفر صلوة المراة والنسا جايزة وجه قولهم ان الامام اذا قدم المراة صارت امامة للقوم
واقتدا الرجال بالنسا لا يصح ٥ واما فساد صلوة النسا فلانهم دخلوا في تحريمة كاملة واذا انتقلوا الى تحريمة ناقصة
لم يجز وكانهم خرجوا من فرض الى فرض اخر ولان من لا يصح استخلافه في حق بعض الموتمين لا يصح استخلافه
في حق انفسهم كالمحدث وجه قول زفر ان المراة يجوز ان توم النسا في الابتدا فكذلك في حال البقا ٥ واذا
صلوا في غير مسجد فاحدث الامام فمجاوزة الصفوف بمنزلة الخروج من المسجد وذلك لان مكان الصلوة في الصحرا صار
كالمسجد بفعل الصلوة فيه فمجاوزته بمنزلة الخروج من المسجد ٥ فان مشى الامام بين يديه وليس بين يديه ستر ولا سترة
لم تفسد صلوتهم حتى يجاوز من بين يديه مقدار الصفوف التي خلفه لان مشيه في مقدار الصفوف لا يخرجه من حكم

الامامة اذا حصل في احدى الجهتين فهي الاخرى مثلها وان كان بين يديه حايط او سترة فاذا تجاوزها بطلت صلوته
لان تلك السترة تجعل حدا ونهاية في حكم المسجد بدلالة ان المار لا يجوز له ان يمر بين الامام وبينها فصار كالامام اذا
خرج من المسجد روي هذه الجملة عن ابي يوسف ٥ واذا ظن الامام انه قد احدث فانصرف ثم علم انه لم يحدث ولم
يخرج من المسجد رجع فبنى في قول ابي حنيفة وابي يوسف واحدى الروايتين عن محمد وروي عن محمد ان صلوته
فاسدة في الوجهين جميعا خرج او لم يخرج وان علم بذلك بعد الخروج من المسجد فسدت الصلوة في قولهم جميعا اما
اذا علم قبل الخروج فلان بقاع المسجد كالبقعة الواحدة ولم يحصل انصرافه على جهة الرفض للصلوة فكانه لم يزل من
ذلك وهو بعد في مكانه وجه قول محمد انه انصرف من الصلوة من غير عذر فكانه انصرف ولم يظن ان
الحدث معه ٥ واما اذا خرج ثم علم فلان خارج المسجد لم يجعل في حكم المسجد وقد حصل المشي بغير عذر فتبطل
صلوته ٥ فان ظن الامام انه افتتح الصلوة على غير وضو او ان في ثوبه نجاسة فانفتل وتحول عن القبلة
ثم علم ان ذلك لم يكن فسدت صلوته في قولهم وكذلك لو كان متيمما فراى سرابا ظنه ما فانصرف وذلك لان
الانصراف وقع على جهة الرفض للصلوة ولم يقع على وجه الاستصلاح والبنا لان البنا في هذه المواضع لا يصح واذا
رفض صلوته لم يجز له ان يبني عليها كما لو سلم ٥ فان سلم في ركعتين ساهيا وهو يظن انه قد اتم الصلوة
ثم ذكر فرجع بنا عند ابي حنيفة وابي يوسف واحدى الروايتين عن محمد وهذا فصل ظن الحدث وقد مضى لان انصرافه
لم يقع على طريق الرفض فما دام في المسجد فكانه في مكانه ٥

باب الحث على الجماعة

قال الشيخ رحمه الله الجماعة عندنا سنة لا ينبغي تركها ولا يرخص لاحد في التاخر عنها
الا لعذر ومن الناس من قال الجماعة واجبة والدليل على انها سنة انها لو وجبت في الادا لوجبت في القضا كساير
شرايط الصلوة ولان النبي عليه السلم قال صلوة الجماعة تفضل على الفذ بسبع وعشرين درجة فجعل الجماعة من صفة
التفضيل وهذا المعنى ينفي وجوبها ٥ وانما قلنا انها سنة موكدة لما قدمنا من هذا الحديث وروي ان النبي عليه السلم
قال لقد هممت ان امر رجلا يصلي بالناس الخبر فاما اذا كان هناك عذر فالاعذار تسقط الفروض فالسنن اولى
قال ولا تجب الجماعة عند ابي حنيفة على الاعمى وان وجد قايدا وقال ابو يوسف ومحمد تجب عليه اذا وجد
قايدا وجه قوله انه لا يمكنه المجي الى الجماعة بنفسه فهو كالزمن لهما انه يقدر على التوجه وانما لا يهتدي
فهو كالضال للطريق ٥ وقال محمد لا تجب الجمعة على المقعد ولا المقطوع اليدين والرجل من خلاف ولا المفلوج
الذي لا يستطيع المشي فان لم يكن بهم الا زمانة وكذلك المقطوع الرجل والشيخ الكبير الذي لا يقدر على
المشي ليس عليه جمعة ولا جماعة وذلك لانهم لا يقدرون على اتيانها الا بمشقة زايدة على العادة فصار كالمريض
قال واذا ادعلي واحد فهي جماعة في غير جمعة لما روي عن انس قال اقامني رسول الله واليتيم وراه فدل على ان
الصبي في الجماعة كالبالغ وان سهى او نام او شغل ان يشهدها في جماعة جمع باهله وان صلى وحده اجزاه لما
روي ان النبي عليه السلم خرج يصلح بين حيين من احيا العرب فجا وقد قدم الناس عبد الرحمن بن عوف فمال الى بيته
فجمع باهله ٥ واما قوله ان صلى وحده اجزاه فلما بينا ان الجماعة من صفات الفضيلة فتركها من غير عذر لا يمنع الاجزا

باب من احق بالامامة

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله ٥ احق القوم بالامامة اقراهم لكتاب الله واعلمهم بالسنة فان كان فيهم رجلان او اكثر كذلك فاكبرهم سنا واسبقهم صلاحا
والاصل في هذا ان الواجب تقديم من يودي تقديمه الى كثرة الجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال صلوة الرجل
مع الاثنين افضل من صلوته مع الواحد وصلوته مع الثلثة افضل من صلوته مع الاثنين وكلما كثرت الجماعة فهو افضل عند
الله وتقديم الافضل يودي الى رغبة الناس في الايتمام به وقد روي عن النبي عليه السلم انه قال يوم القوم اقراهم
لكتاب الله فان كانوا في القراة سوا فاعلمهم بالسنة فان كانوا في ذلك سوا فاقدمهم هجرة فان كانوا في ذلك
سوا فاكبرهم سنا فاعتبر النبي عليه السلم في التقديم الافضل فالافضل وقد قال اصحابنا ان الاولى في التقديم الاعلم
بالسنة اذا كان يحسن من القراة ما يجزي به الصلوة وذلك لان الصلوة تحتاج الى السنن ما لا تحتاج الى القراة
لان القدر الذي يجزي به الصلوة يكفي في الامامة والعالم بالسنة ينتفع به من اول الصلوة الى اخرها فكان اعتبار
العلم بالسنة اولى وانما امر رسول الله صلى الله عليه بتقديم اقراهم لان الناس في ذلك الزمان كانوا يتلقنون
القران باحكامه فكل من كثر قرانه كثر علمه ولهذا حفظ عمر بن الخطاب البقرة في اثنتي عشرة سنة فاما الان
فانهم يحفظون القران ولا يعلمون ما فيه فكان العالم بالسنة اولى فان استووا في السنة فاقراهم فهذا انا
اولى للخبر فان استووا في ذلك فاكبرهم سنا اولى لان الناس يقدمون الاسن ويوثرون الاقتدا به
فان استووا في ذلك فاقدمهم ورعا اولى ٥ فاما الهجرة فقد سقطت بعد الفتح فلذلك لم يعتبر في زماننا
فاما في زمن رسول الله صلى الله عليه فكان التقدم في الهجرة فضيلة فلذلك اعتبرها رسول الله صلى الله عليه ٥ وقد
قال اصحابنا ان العالم بالسنة اذا كان غيره اورع منه فتقديم العالم اولى اذا كان يجتنب الفواحش الظاهرة لان
الامام يوتمن في الصلوة والعالم بالسنة اقدر على حفظ الامانة فكان اولى ممن زاد عليه ورعه وقال
ابو يوسف اكره ان يكون الامام صاحب بدعة او صاحب هوى ٥ واكره للرجل ان يصلي خلفه لان الناس
يكرهون تقدم من كانت هذه صفته وقد بينا ان الاولى ان يقدموا من لا يكره الناس تقدمه ٥ فاما الفاسق

يجوز الصلوة خلفه وتكره وقال مالك لا يجوز لنا ما روي مكحول ان النبي عليه السلم قال لا تكفروا اهل ملتكم بالكباير والصلوة خلف كل امام
والجهاد مع كل امير والصلوة على كل ميت ولان الفاسق محكوم بجواز صلوته لنفسه وكل من حكمنا بجواز صلوته في نفسه حكمنا
بجواز الاقتدا به كالعدل ۵ وقال ابو يوسف فان كان اقراهم لكتاب الله يطعن عليه في دينه لم يقدم لان تقديمه انما
هو لايثار الناس الصلوة خلفه فاذا طعنوا في دينه زال ذلك المعنى ۵ قال معلى عن ابي يوسف قال ابو حنيفة لا باس ان
يؤم الاعمى وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه انه استخلف ابن ام مكتوم على الصلوة فدل على جواز امامته وقد قالوا
ان غيره اولى لان الاعمى لا يجتنب النجاسات في ثيابه ولا يتوجه الى القبلة بنفسه ۵ ولا باس ان يؤم ولد الزنى واكره
امامة العبد وكذلك قال يعقوب وقال محمد احب الي ان يؤم غيرهم اما ولد الزنى فلانه عدل في نفسه ولا ذنب
له في معصية ابويه فصار كغيره من الناس والذي روي من قول النبي عليه السلم ولد الزنا شر الثلثة فيحتمل انه شرهم نسبا
اذ لا يثبت نسبه من ابيه وقد قيل انه في رجل بعينه وقد انكرت عايشه هذا الخبر على الاطلاق وتلت قوله تعالى ولا تزر
وازرة وزر اخرى وانما قال محمد ان غيره اولى لانه يستخف به في العادة ويحتقر فيكره الناس تقديمه فيؤدي
الى تقليل الجماعة ۵ واما العبد فان تقدمه جايز لما روي عن ابي سعيد مولى ابي اسيد قال عرست فاحدثت وليمة
ودعوت جماعة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه فيهم ابو ذر فاجابوني فلما حضرت الصلوة تقدم ابو ذر فقالوا انه
انت تؤمه في بيتك فقدموني فصليت بهم وانما كره تقدمه لان الناس يكرهون الصلوة خلفه لنقصان قدره ومنزلته عندهم
فيؤدي ذلك الى تقليل الجماعات ۵ واما الاعرابي فقد ذكر في الاثار عن ابرهيم انه يجوز تقدمه اذا كان عالما بامر
الصلوة وذلك لقوله تعالى ومن الاعراب من يؤمن بالله واليوم الاخر ولان الاعرابي قد يكون عالما بالسنن فهو كغيره
من الناس وانما قالوا غير الاعرابي اولى لان الغالب في الاعراب الجهل بالسنن قال الله تعالى الاعراب اشد كفرا ونفاقا الاية
وقال ابو حنيفة لا يؤم الغلام حتى يحتلم او يبلغ ثماني عشرة سنة وهو قول زفر وقال ابو يوسف حتى يحتلم
او يبلغ خمسة عشر سنة وان لم يحتلم وهو قول محمد اما امامة الصبي فلا تجوز عندنا وقال الشافعي يجوز
لنا ان الصبي لا تجب عليه الصلوة والمراعى ان يكون متنفلا بها والمفترض لا يجوز ان يصلي خلف المتنفل فلا يجوز
خلف الصبي ولانه لا يعتد به في عدد المؤتمين في الجمعة فلا تجوز امامته فيها كالمراه ۵ واما اذا احتلم فلان العبادات
تجب عليه بالاحتلام بدلالة قوله عليه السلم وعن الصبي حتى يحتلم واذا وجبت العبادات صار كالرجل ۵ واما اذا تاخر الاحتلام
فقال ابو حنيفة حد بلوغه بالسن ثمانية عشر سنة وفي الجارية سبعة عشر وقالا خمسة عشر وروي عن ابي حنيفة
في الغلام تسعة عشر ومعناه انه طعن فيها وروي عن محمد انه قال بالرفق في الغلام خمسة عشر وفي الجارية سبعة عشر
وجه قول ابي حنيفة ان الاصل في البلوغ الاحتلام لقوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستاذنوا فظاهر
الاية يقتضي تعلق الحكم بالاحتلام الا ما قام عليه الدليل ولذلك قوله حتى يحتلم ولان العادة جرت بان بلوغ الغلام
والجارية يختلف والعادة ان يتقدم بلوغ الجارية والتسوية بينهما في زمان البلوغ يخالف العادة والعادة امر
مقطوع به فلا يترك بالظن ولان خمسة عشر ليست بسبب لتعلق الزكوة بها فلم تكن مدة البلوغ كاربعة عشر وانما
قدر ابو حنيفة رضي الله عنه ذلك بثمانية عشر لما روي عن النبي عليه السلم انه قال ايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة
الاسلام واقل ما يمكن الصبي ان يحج فيه بنفسه اذا كان له سبع سنين او ثمان وقد ثبت له عشر حجج ثم البلوغ فدل على
ان البلوغ يكون بثمانية عشر وجه قولهما ما روي في حديث ابن عمر قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه يوم احد وانا
ابن اربع عشرة سنة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمسة عشر سنة فاجازني الجواب
ان هذا الخبر مضطرب روي عنه انه قال عرضت يوم بدر وانا ابن ثلث عشرة سنة فردني وبين بدر والخندق اكثر من
سنتين وقيل ان بين احد والخندق اكثر من سنة ولان الاجازة المذكورة انما هي للقتال وذلك يتعلق بالجلادة
والقوة لا بالبلوغ بدلالة ان الشيخ الهم لا يجاز لعدم القوة والغلام المراهق يجاز اذا كان مقاتلا وروي ان
سمرة ورافع عرضا على النبي عليه السلم فاجاز سمرة ورد رافعا فقال زوج امه اجزت سمرة ورددت ابني ولو صارعه
لصرعه فامرهما فتصارعا فصرعه رافع فاجازه رسول الله صلى الله عليه فدل على ان الاجازة في القتال تقف على الجلادة وقول
ابن عمر انه ردني ولم يرني بلغت يعني حد القتال وذلك لا تعلق له بالبلوغ فاما الذي روي عن محمد فهو غلط لان
بلوغ الجارية يتقدم في العادة فلا يجوز ان تقدره بالزيادة على بلوغ الغلام ويجوز ان يكون محمد ذكر بلوغ الغلام
من مذهبه وبلوغ الجارية على مذهب ابي حنيفة فاشتبه على السامع ذلك فنقله

باب مقام الامام والماموم كيف يصلون

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله اذا كان مع الامام رجل واحد
او صبي يعقل الصلوة قام عن يمينه وذلك لما روي عن ابن عباس قال بت عند خالتي ميمونة فانتبه رسول الله صلى الله عليه
في بعض الليل فسمعته يقول نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي القيوم ثم نام ثم انتبه فقال ها نايما وقام
الى شناق القربة فحلها وتوضا وقام يصلي فقمت فوقفت عن يساره فاخذ بيده واتى فادارني عن يمينه فدل
على ان الواحد اذا كان معه اثنان قاما خلفه وروي عن ابن مسعود انه صلى بعلقمة والاسود فاقام احدهما عن
يمينه والاخر عن يساره لنا ما روي عنه عليه السلم انه قال الاثنان فما فوقهما جماعة وروي في حديث انس قال اقامني
رسول الله صلى الله عليه واليتيم وراه واقام ام سليم خلفنا ۵ قال وكذلك ان كان احدهما صبيا لحديث انس حين اقامه
واليتيم وراه واقام ام سليم خلفهما فدل على ان الصبي مقامه في الصف ۵ وان كان رجل وامراه اقام الرجل عن يمينه

45

والمراه خلفه وان كان رجلان وامراه اقام الرجلين خلفه والمراه وراهما لا تصف النسا مع الرجال صفوف النسا
خلف صفوف الرجال لما روينا من حديث انس واقام ام سليم خلفهما ولقوله عليه السلم اخروهن من حيث اخرهن
الله وقوله عليه السلم خير صفوف النسا اخرها وشرها اولها ۵ ومن صلى من الرجال خلف صفوف النسا فصلوته
فاسده وكذلك ان كانت صفوف الرجال خلف صف من النسا فسدت صلوة الرجال كلهم والاصل في فساد صلوة
الرجال خلف صفوف النسا قوله اخروهن والامر بتاخيرها نهي عن الصلوة الى جانبها وخلفها والنهي يقتضي
فساد المنهي عنه ولانه قام منها مقام الايتمام في صلوة يدان ارکانها اشتركا فيها كما لو صليا خلف امام فاحدث
فقدمها واقتدا بها الموتم وانما قلنا ان الصف يقطع صلوة الصفوف التي خلفه لما روي عن النبي صلى الله عليه انه
قال ليس مع الامام من بينه وبين الامام نهر او طريق او صف من نسا ۵ وان صلت امراه في صف الرجال
افسدت صلوة من عن يمينها وشمالها وخلفها حيالها لان كل واحد منهم قام منها مقام الايتمام فاما من كان
عن يمينها فقد حال بينها وبينه غيره فصار كما لو حال بينهما جدار فلا يفسد صلوته ۵ وقد قالوا ان المراه منهيه
عن ان تتقدم على الرجل والرجل منهي عن التاخر عنها فان تاخر فسدت صلوته وان تقدمت المراه لم تفسد
صلوتها لان النهي في حق الرجل مختص بصلوته والنهي في حق المراه غير مختص بها بدليل ان كل واحد منهما
منهي وقد خص النبي عليه السلم الرجال بالخطاب بقوله اخروهن ولم يخاطبهن بالتاخر ۵ قال واذا لحق
الرجل والامام في الصلوة فينبغي ان يقوم حيث يكون اقرب الى الامام فان كان ذلك سوا قام عن يمين
الامام وكلما قرب من الامام كان افضل لقوله عليه السلم خير صفوف الرجال اولها وشرها اخرها وقال عليه السلم
ليليني منكم اولو الاحلام والنهى واذا استوت المواضع فعن يمين الامام اولى لان النبي عليه السلم كان يستحب
في الامور التيامن ۵ وينبغي للقوم اذا قاموا الى الصف ان يتراصوا ويسدوا الخلل ويسووا بين مناكبهم
لما روي عن النبي عليه السلم انه قال تراصوا والصقوا المناكب بالمناكب والكعاب بالكعاب ۵ وينبغي
لمن جا الى الصلوة ان يجي وعليه السكينة والوقار لقوله عليه السلم اذا اتيتم الصلوة فلا تاتوها وانتم تسعون
فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا ۵ قال وان كان الامام راكعا فليصل ما ادركه وليقض ما فاته لان
المدرك للركوع مدرك للركعة فوجب ان يشارك الامام فيها ويقضي ما سبقه به ۵ ۵

باب الذكر في الصلوة

قال الشيخ رحمه الله
ذكر الله تعالى في الصلوة كلها في مواضعه المسنون منها حسن مرغب فيه وليس بفرض وتعمد تركه مكروه وتركه لا يفسد
الصلوة عمدا كان او سهوا الا ان الواجب في الصلوة من الاذكار التحريمة والقراة وما سواها مسنون عندنا وترك المسنون
مكروه وهذه الاذكار [illegible] وكذلك تسبيحها وتكبيرات الركوع
والسجود تركها لا يفسد الصلوة [illegible] والدليل على ذلك قوله عليه السلم ارجع حتى
تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تطمئن قائما [illegible]
[illegible] واما التشهد فهو مسنون عندنا وقال الشافعي [illegible] واجب وكذلك الخلاف في الصلوة على النبي عليه السلم
وقد مضى ذلك ۵ واذا عرض شي في صلوته فذكر الله [illegible]
[illegible] فسدت صلوته [illegible]
[illegible] ۵ [illegible]
اعلاما لمن يستاذن انه في الصلوة [illegible] وقال ابو يوسف لا يفسد التسبيح الصلوة على كل حال
وجه قول ابي حنيفة ومحمد ما روي [illegible] في الصلوة فشمته معوية بن الحكم فرمقه الناس بابصارهم
فقال واثكل امياه فضربوا بايديهم على افخاذهم [illegible] فما كهرني ولا ضربني ولكن علمني
فقال ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شي من كلام الناس انما هي التسبيح والتكبير وقراة القران ومعلوم ان يرحمك
الله [illegible] انه لا يصلح في الصلوة ولان الصلوة تشتمل على افعال
واذكار [illegible]
ان تفسدها ۵ وجه قول ابي يوسف [illegible]
الامام عند سهوه فهذا الذكر انما يقصد به اصلاح صلوته فكانه سبح في موضع التسبيح [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

ممنوع عليه وقد قال الله تعالى ان ابراهيم لاواه حليم قيل في التفسير كان يتاوه في صلوته ولان التاوه من ذكر الجنة والنار كالتضرع
بمسالتها الجنة ومن ذكر النار كالتضرع بالاستعاذة منها وذلك لا يفسد صلوته ٥ واما ان كان من مصيبة او
وجع فالتاوه منها كالتصريح بذكرها ولو صرح بذكرها فسدت صلوته اما ابو يوسف فقد قال اذا لم يبن الحروف
فهو كالتنحنح والتنفس الذي لا يخلو عنه الانسان فلا يفسد صلوته ٥ واذا بين الحروف فهو كلام يحترز عنه
فيفسد الصلوة ٥ واما محمد فقد قال في الانين اذا لم يقدر على دفعه من التوجع لم يفسدها لانه لا يمكنه التحفظ
منه فصار كالتنحنح ٥ وقال لو تكلم عامدا في الصلوة لا نبأ في القران فانه لا يفسد صلوته وما اشبه حديث الناس
فانه يفسدها وقال الشافعي كلام العامد(?) لا يفسد الصلوة وقد بينا ذلك ٥ ولا ينبغي ان يسلم على المصلي فيشغله
عنها ولا ينبغي للمصلي ان يرد بالاشارة ولا غير ذلك اما السلام عليه فان ذلك يشغل قلبه عن صلوته فلا ينبغي ان
يتعرض لذلك ٥ واما رد السلام فلا يجوز قولا ولا اشارة لما روي عن ابن مسعود انه قال خرجنا الى الحبشة
وبعضنا يسلم على بعض في صلوته فلما قدمت رايت النبي عليه السلام في الصلوة فسلمت عليه فلم يرد علي فاخذني
ما قدم وما حدث فلما سلم قال يا ابن ام عبد ان الله يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا يتكلم في الصلوة
وقوله لم يرد علي يدل على انه لم يرد عليه بالقول ولا بالاشارة ولانه لو رد بالقول كان متكلما ولو رد بالاشارة فقد
قال كفوا ايديكم في الصلوة والذي روي ان رسول الله صلى الله عليه خرج الى قبا وهو قائم(?) يصلي فجاءت الانصار فجعلوا يسلمون
عليه فقيل لبلال هل كان يرد عليهم قال كان يشير بيده فيحتمل ان يكون اشار يعلمهم انه في الصلوة ويكفهم عن السلام
قال واذا اتى المصلي في قراءته باية فيها ذكر الموت فوقف عندها او تعوذ بالله من النار او استغفر [illegible]
وهذا في التطوع حسن لما روي في حديث حذيفة انه صلى بصلاة رسول الله صلى الله عليه بالليل ركعتين وقرا في احديهما
البقرة وفي الاخرى النساء فما مر باية فيها ذكر الجنة الا وقف وسالها ولا ذكر النار الا استعاذ منها ٥ وقد
قالوا ان الامام في الفرايض لا يفعل هذا لانه لا يخلو اما ان يسكت في القراءة المسنونة فيقف عند ذكر
الجنة والنار فيطول على المومنين القيام وقد قال صل بهم صلوة اضعفهم وان قصر عن مسنون القراءة
فاستيفاء القراءة المسنونة افضل من الدعاء ٥ قال وينبغي للماموم ان يستمع القراءة وينصت وان قرا الامام
اية ترغيب او تخويف او قول الكفار فينبغي ان يستمع وينصت لقوله تعالى واذا قرئ القران فاستمعوا له
وانصتوا وقيل نزلت فيمن كان يخلف الامام ٥

باب ما يعتبر من فرض المصلي في الصلوة

قال الشيخ رحمه الله واذا افتتح الصلوة متيمم فراي الماء استقبل الصلوة لان الوضوء يجب
عليه بسبب سابق التحريمة الا ترى انه لا يجوز تركه مع القدرة عليه فاذا زال العذر في حال الصلوة استند
ذلك الى الابتداء فصار كمن ياخذ من صلوته مع الحدث فتبطل صلوته وكذلك العريان اذا وجد ثوبا لان فرض
الستر متقدم على التحريمة فاذا قدر على الستر استند الى الابتداء فكانه ادى الصلوة عريانا مع القدرة
على الستر وكذلك الماسح على خفيه اذا انقضى وقت مسحه لان غسل رجليه يجب عليه بسبب متقدم على
التحريمة وانما كان يخفف له في ترك ذلك للعذر فاذا زال العذر بانقضاء الرخصة وجب غسل الرجل
بسبب متقدم فمنع من جواز ما مضى من الصلوة وكذلك الامي اذا تعلم السورة لان فرض القراءة كان
عليه قبل الدخول الا ترى انه كان لا يجوز تركه لو قدر عليه فاذا قدر في الثاني استند ذلك الى حال الابتداء
فصار كمن يصلي بغير قراءة وهو قادر على القراءة وكذلك من تذكر ان عليه صلوة قبل التي دخل فيها لان فرض الترتيب
واجب مع الذكر ولو تذكر هذه الصلوة ابتداء منع ذلك من الافتتاح وانما حكمنا بجواز ذلك للنسيان فاذا قدر
وتذكر قبل سقوط الفرض فكانه تذكر في الابتداء وعلى هذا اذا افتتح يومي لمرض ثم زال ذلك لان فرض الركوع
والسجود كان سابقا للتحريمة فاذا وجب عليه استند الوجوب الى ما تقدم فكانه يصلي بالايماء مع القدرة وكذلك
اذا خرج وقت الجمعة استانف الظهر لما قدمنا ان من شرط الجمعة بقاء الوقت وان حدثت هذه المعاني بعد
ما قعد قدر التشهد او بعد ما سلم في سجود السهو استقبل عند ابي حنيفة وعندهما لا يستقبل وقد
بينا ذلك في باب التيمم وليس هذا عندهم كالامة اذا اعتقت في خلال الصلوة وراسها مكشوف انها تاخذ
القناع وتبني لان هذا الفرض لزمها في الحال ولم يستند الى معنى سابق بدليل انها كانت تفتتح الصلوة
مكشوفة راسها في الابتداء واذا لزمها الفرض في الحال وقد فعلته لم يجب عليها الاستقبال ٥ واذا صلى
على غير طهارة وهو لا يعلم او توضا بماء نجس او كانت عورته مكشوفة في الصلوة او صلى فريضة قبل
وقتها وهو لا يعلم حتى خرج منها فعليه الاعادة لانه انتقل من شك الى يقين فكان عليه ان ياخذ باليقين كالحاكم
اذا حكم بالاجتهاد ثم ظهر له النص ولان الصلوة لا تجوز على هذا الوجه حال النسيان والجهل لا يكون عذرا فيه ٥

باب لزوم الفرض بخروج الوقت

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله
الاصل في هذا الباب ان وجوب الصلوة يتعلق باخر الوقت واول الوقت سبب في الاداء هكذا كان يختار الشيخ ابو الحسن
رحمه الله وينسبه الى علمائنا وكان ابن شجاع يقول ان الوجوب يتعلق باول الوقت وجوبا موسعا ويتضيق باخر
الوقت وعلى هذا اهل العراق(?) موقته يتسع وقتها لاداء امثالها وجه قول ابي الحسن ان المكلف في اول الوقت
مخير في فعل الصلوة وتركها لا الى بدل وهذا صفة النفل ولا يجوز ان يقال انه يتركها الى بدل وهو العزم على
فعل في اخر الوقت لان العزم لو قام مقام الفعل لساواه في جهة المصلحة ولو كان كذلك لسقط به الفرض فلما علمنا ان
الفرض لا يسقط بالعزم دل على انه لا يقوم مقامه ولا يجوز ان يقال ان ما يفعله في اخر الوقت بدل عما لان هذا البدل
متروك في اول الوقت بالفعل وبدله من غير عذر فدل على انه لا يجب فيه وان بدله يفعل في وقت ثاني فدل على وجوبه
في الحال والخلاف في الوجوب في وقت معين ولان كل صلوة جاز تاخيرها عن الوقت بغير عذر فليست بواجبة كصلوة
يوم عرفة في وقت الظهر وجه قول ابن شجاع ان المودى في اول الوقت يقع موقع الفرض فلو لم يكن الوجوب قد
حصل لم يقع المفعول موقع الواجب الا انه خير بين الفعل في اول الوقت وما بعده فلذلك لم ياثم بتركه وتاخيره وهذا
ليس بصحيح لان وقوع الفعل موقع الاجزاء لوجود سببه لا يدل على الوجوب كالزكوة قبل الحول والمكفر قبل الموت
حيث جاز ٥ وقد اختلفت الحكاية عن ابي الحسن فيما يفعل المصلي في اول الوقت فحكي عنه انه يقع واجبا وكان الوجوب
عنده يتعلق بحضور اخر الوقت او باختيار المكلف الفعل وليس يمتنع ان يجب على الانسان الفعل ويتعين وجوبه
بدخوله كما يتعين عليه وجوب النافلة بالشروع فيها وقد حكي عنه ان المفعول في اول الوقت مراعى لا يوقع انه واجب
ولا نفل فان حضر اخر الوقت والمكلف من اهل الوجوب حكمنا ان الفرض ما كان قدمه وصار المفعول واجبا
وان حضر الوقت وليس هو من اهل الوجوب حكمنا ان المقدم نافلة وحكي عنه ان المقدم في اول الوقت نافلة
الا ان الله تعالى يسقط بها الفرض في اخر الوقت وهذا غير ممتنع كمن تصدق بجميع ماله بعد وجوب الزكوة لا ينوي
بذلك الزكوة سقط عنه الفرض بنية النفل وهذا اضعف الاقوال عن ابي الحسن رحمه الله

فصل ثم اختلف
اصحابنا في حكم اخر الوقت فقالوا الوجوب متعلق بمقدار التحريمة من اخر الوقت وحكي عن زفر ان الوجوب
يتعين اذا بقي من الوقت مقدار ما يودي فيه الصلوة والصحيح ما حكي عن زفر وجب ان يكون قولهم جميعا لانه
اذا بقي هذا القدر من الوقت تعين عليه وجوب الفعل ولحقه الماثم بالتاخير فدل على ان الفرض قد وجب عليه
وكيف يقول ان الفرض لا يجب حتى يبقى مقدار التحريمة وهو منهي عن تاخير العصر وغيرها الى ذلك الوقت وكيف
يوجب الله تعالى اربع ركعات في مقدار التحريمة لانه تكليف ما لا يطاق وانما اراد اصحابنا بقولهم ان الفرض يتعين
في مقدار التحريمة اي انه ما بقي هذا القدر من الوقت يلزمه في القضا وجب الصلوة بادراكه في الحايض اذا
ادركت الوقت وطهرت ويتعين في فرض المسافر اذا نوى الاقامة فيه واذا ثبت هذا ٥ قال ابو الحسن رحمه الله
لا فصل في هذا ان يعتبر اخر الوقت قليل بقي منه او كثير اذا كان مقدار ما تفتتح فيه الصلوة ٥ فان كانت
امراة حايض طهرت في اخر وقت الظهر او مسافر اقام او صبي بلغ او كافر اسلم او مجنون او مغمى عليه افاقا
فعليهم جميعا صلوة الظهر ويصلي المقيم اربعا وان كانت طاهرا حاضت في اخر الوقت او مقيم سافر او رجل ارتد
في اخر وقت الظهر فلا قضا على الحايض والمرتد لصلوة الظهر ويصلي المسافر ركعتين وكذلك ان جن في اخر
الوقت او اغمي عليه فمضت عليه ست صلوات فلا قضا على المجنون ولا المغمى عليه وذلك لان من ادرك مقدار
التحريمة من الوقت فقد ادرك التحريمة في الوقت الذي يتوى(?) فيه الاداء فهو كمن ادرك قدر اربع ركعات ولان هذا
الادراك يحتاج اليه للايجاب والايجاب يعتبر فيه قدر التحريمة وما بعد ذلك بنا عليه كالدخول في صلوة النافلة ٥
واما اذا حاضت في اخر الوقت او جن فقد سقط عنه الفرض لانا لو قلنا ان وقت الوجوب مقدار التحريمة فلم
تحصل مكلفة في ذلك الوقت فلا يلزمها الصلوة وان كان الوقت يتعين في مقدار اربع ركعات فقد زال
التكليف في بعضها فلم يدرك التكليف وقت الوجوب فلا يصح ان يجب عليها بعض الصلوة دون بعض ٥

باب قضا الصلوة الفائتة

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله
واذا نسي الرجل صلوة ثم ذكرها فعليه قضاها وقضاء ما وقت تركها وقت اذا ذكرها الا في الاوقات التي بينت لك ان
صلوة الفرض لا تجوز فيها وذلك لقوله عليه السلم من نام عن صلوة او نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها لا وقت
لها غير ذلك ٥ فان كان في الوقت الذي لا يجوز لم يصل حتى يخرج ذلك الوقت لان النبي عليه السلم نهى عن الصلوة في هذه
الاوقات الثلثة فيستعمل حينئذ الاخبار في تفصيل الاوقات التي تجوز فيها الصلوة وخبر القضا في وجوب
القضا في الجملة حتى يودي الى استعمال الخبرين ٥ قال ولا يصلي صلوة وهو ذاكر لفائتة الا ان يخشى
فوات التي هو فيها فان لم يخش فوتها وصلى الصلوة التي هو فيها لم تجزه صلوته والاصل في هذا ان الترتيب عندنا
واجب في الفوايت ما لم تكثر وقال الشافعي هو غير واجب لنا ما روي في حديث الخدري قال حبسنا يوم الخندق
حتى مضى هوي من الليل فكفانا الله سبحانه من نزلت هذه الاية وكفى الله المومنين القتال قال ثم امر بلالا فاذن
واقام فصلى الظهر كاحسن ما يصليها في وقتها ثم اقام للعصر ثم اقام للمغرب ثم اقام للعشا وفعله عليه السلم
بيان للفوايت كفعله للصلوات في اوقاتها بيان لها وروى ابن عمر ان النبي عليه السلم قال من نسي صلوة خلف الامام في صلوة
فتذكر ان عليه صلوة قبلها مضى في هذه ثم يصلي تلك ثم يعيد هذه وهذا الخبر روي مسندا وموقوفا
فان كان مسندا فهو نص وان كان موقوفا فلم ينقل عن غير ابن عمر خلافه من الصحابة ولان الترتيب مع بقاء
الوقت واجب بالوقت والفعل الا ترى انه لا يصلي العصر قبل الظهر للوقت ويسقط الوقت يوم عرفة
فلا يجوز تقديم العصر على الظهر فدل على ان الترتيب يجب بالوقت والفعل واذا فات الوقت سقط ترتيب
الوقت وبقي ترتيب الفعل ٥ قال اصحابنا اذا كثرت الفوايت سقط الترتيب فيها وقال زفر

لا يسقط ... ان الفوائت المتكررة لا يجب فيها الترتيب كقضا ايام رمضان وقد ادعى اصحابنا على زفر الاجماع فقالوا انه مخالف
اذا رجع الى نفسه وتذكر لا وجدها و[illegible] في عمره صلوة متعمدا فلو وجب الترتيب عند كثرة الصلوات
لم يصح لاحد صلوة ابدا وهذا لا يجوز ووجه قول زفر ان الترتيب شرط من شرايط الصلوة فهو كالركوع والسجود
فلا فرق بين كثرته وقلته واذا ثبت وجوب الترتيب في قليل الصلوات وسقوطه في كثيرها احتجنا الى بيان
القدر الفاصل بين القليل والكثير قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا صارت الفوائت ست صلوات ودخل
وقت السابعة سقط الترتيب وقال محمد اذا دخل وقت السادسة سقط ووجه قولهما ان الترتيب يسقط
بدخول الفوائت في حد التكرار والسادسة لا تجب باول الوقت وانما تجب باخره فاول الوقت ليس
فيها فرض متأكد فلا يسقط الترتيب واذا خرج الوقت فقد وجبت السادسة وتكررت احدى الصلوات
فسقط الترتيب فيها ووجه قول محمد ان السادسة في اول الوقت كالثانية في اخره ٥ قال اصحابنا يسقط
الترتيب في قليل الصلوات وسقوطه في كثيرها احتجنا الى بيان القدر وقد بيناه ٥ وقالوا يسقط الترتيب
بالنسيان وقال مالك لا يسقط لنا ان المنسية غير واجبة بدلالة ان الله تعالى لو اخترم الناسي لم يؤاخذه
بها والترتيب انما يجب بين صلوتين واجبتين فاما بين الواجب وغير الواجب فلا كما بين الفرض والنفل ٥
قال اصحابنا اذا حضر اخر الوقت سقط الترتيب ووجب عليه ان يقدم صلوة الوقت وقال مالك لا يسقط
الترتيب لنا انه اذا صلى صلوة الوقت يكون ادى احدى الصلوتين فائتة والاخرى في وقتها واذا قدم الفائتة
اداهما فائتتين ولان يؤدي احديهما في وقتها اولى ٥ وقد قال اصحابنا ان الواجب في اول الوقت ان يقدم
الفائتة فان صلى صلوة الوقت لم يجزه والواجب في اخر الوقت ان يصلي صلوة الوقت فان صلى الفائتة اجزته
والفرق بينهما ان النهي عن صلوة الوقت في اول الوقت لمعنى يختص بها الا ترى انه لو تشاغل او عمل عملا
اخر لم ينه عنه وانما نهي عن صلوة الوقت خاصة والنهي اذا اختص المنهي اقتضى الفساد واما في اخر
الوقت فالنهي عن الصلوة الفائتة لا يختص بها وانما منع منه حتى لا يؤدي الى تاخير صلوة الوقت عن الوقت بدليل
انه لو تشاغل او اشتغل بشي اخر كان منهيا عنه والنهي اذا لم يكن لمعنى في نفس المنهي عنه لا يوجب الفساد
كالبيع عند النداء يوم الجمعة ٥ قال فان صلى بعد ذكره للفائتة خمس صلوات اعادهن وان صلى بعدها شيئا
لم يعده في قول ابي حنيفة واعاد عند ابي يوسف الخمس الاول مع الفائتة وهو قول محمد وجه قول
ابي حنيفة هو انه اذا صلى بعدها اكثر من يوم وليلة فقد تكررت الصلوات فلم تجب الاعادة بترك الترتيب
مع وجود ما ينافي الترتيب ولانه اذا اعاد الصلوة بعد مضي اكثر من يوم وليلة جاز ان يعيدها غير مرتبة
وقد اداها في اوقاتها غير مرتبة فلا معنى للاعادة ووجه قولهما ان هذه الصلوات كانت اعادتها واجبا
مرتبا لو لم يكن زادت على الخمس فاذا ادت لا يسقط عنه الترتيب كما لو صلى بغير طهارة ولان افتتاحها وقع
فاسدا فاذا صار الى حال يسقط فيها الترتيب لم يصح الفاسد كمن افتتح الصلوة في اول الوقت وهو يتذكر
ما قبلها وطولها حتى انتهى الى اخر الوقت لم يجزه عن الواجب وان صار الى حال لو ابتدا بها جازت ٥ قال
فان صلى وهو ذاكر للفائتة وهو يرى انها تجزيه والفائتة واجب اعادتها بالاجماع اعاد التي صلى وقال زفر
لا اعادة عليه وهذا كمن ترك صلوة الظهر ثم صلى العصر او صلى الظهر على غير وضوء وهو لا يعلم ثم تذكر ذلك
فصلى العصر وهو ذاكر وجه قولهم ان الظهر يجب اعادتها بالاجماع والترتيب واجب بين الصلوتين فاذا
ظن ان الثانية تجزيه فقد استند ظنه الى غير اصل فلم يتعلق به حكم وهذا عندنا محمول على ان المصلي
ليس من اهل الاجتهاد فامره محمول على مذهبنا فان كان مجتهدا فصلى وهو يرى سقوط الترتيب فصلوته
ماضية ووجه قول زفر ان الترتيب مختلف فيه وفي وجوبه فاذا صلى وهو يظن ان ذلك يجزيه فقد استند
ظنه الى اصل صحيح فصار ذلك عذرا في سقوط الاعادة ٥ واما ان صلى صلوة وهو ذاكر لصلوة قبلها
ووجوب اعادتها مختلف فيه وهو يعتقد ان ذلك يجزيه لم يلزمه اعادة الثانية مثاله اذا صلى الظهر على غير
وضوء ثم صلى العصر وهو ذاكر للظهر ثم توضا واعاد الظهر ثم صلى المغرب وهو ذاكر للعصر يعتقد ان ذلك
يجزيه فعليه اعادة العصر وليس عليه اعادة المغرب لان وجوب اعادة العصر مختلف فيه وظنه ان الترتيب لا يجب
مستندا الى اصل فصار ذلك شبهة وهذا كما قالوا فيمن وطي جارية ابنه وظن انها تحل له ان الحد يسقط
عنه ولو وطي جارية اجنبي فظن انها تحل له لم يسقط عنه الحد فدل على افتراق الظن اذا استند الى اصل او لم يستند

باب فساد صلوة المأموم بفساد صلوة الامام قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

وهذا الباب مبني على ان صلوة المؤتم متعلقة بصلوة الامام مبنية عليها والدليل على ذلك انه يؤدي افعاله بمقتضى تحريمة
الامام فكانت مبنية عليها كتحريمة نفسه اذا انفرد لما ادى الافعال بمقتضاها كانت مبنية عليها ولان سجود السهو
يلزمه لسهو امامه ولو علم بحدث امامه فسدت صلوته ولو كانت صلوته غير متعلقة بصلوته لم يلزمه السجود
لسهوه كالمنفرد ٥ قال رحمه الله واذا فسدت صلوة الامام بمعنى دخل عليه دون المأموم فصلوة المأموم
فاسدة الا ان يكون المأموم قد اكمل فرضه وهذا مثل ان يحدث الامام عامدا او يتكلم او يرى الماء وهو متيمم
او ينقضي وقت مسحه وهو لابس الخف فان صلوته تبطل وصلوة المأموم لما بينا ان صلوة المؤتم مبنية على

[illegible]

تحريمة الامام وبطل ما بني عليها كما يبطل صلوة الانسان ببطلان تحريمته ٥ فاما اذا اكمل المأموم فرضه [illegible] مثل ان
يكون الامام مسبوقا قد استخلف فقعد قدر التشهد في صلوة الامام الاول ثم لحقه الفساد اي فساد
كان فان صلوة المأموم تامة اذا كان قد ادرك اول الصلوة هذه رواية الاصول وقال ابو يوسف في الاملاء صلوة
المأموم ايضا فاسدة وجه المشهور ان الامام اذا احدث بطل الجزء الذي يصادفه الحدث من صلوته
وتعذر بناء ما بعده من فروض الصلوة عليها فبطله والصلوة لا يتفرد بعضها عن بعض فبطل ما مضى لتعذر فعل
ما بقي ٥ فاما المأموم فقد بطل من صلوته الجزء الذي بطل من صلوة الامام بمعنى لا يوجد في المؤتم فلم تبطل صلوته
وجه الرواية الاخرى ان صلوة الامام بطلت في حال بناء المؤتم على صلوته فصار كما لو بطلت بالحدث في خلال
الصلوة ٥ قال واذا كان الفساد لاحقا لهما جميعا مثل طلوع الشمس قبل السلام ورؤية الماء اذا راياه جميعا
معا وما لم يكن من فعلهما فان صلوتهما تفسد عند ابي حنيفة اكملا الفرض او لم يكملا اذا كان قبل السلام
وهي تامة عند ابي يوسف ومحمد وقد بينا ان الفساد في المسايل المعدودة يستوي في اول الصلوة واخرها
عنده ٥ قال فان كان الامام اكمل فرضه والمأموم مسبوق فلحق الامام قبل السلام ما دخل عليه دون المأموم
فصلوة الامام تامة وصلوة المأموم ايضا تامة الا ان يكون الامام احدث متعمدا او قهقه فان صلوة المأموم
تفسد وتصح صلوة الامام عند ابي حنيفة ولا تفسد صلوة المأموم عند ابي يوسف ومحمد بما دخل على الامام
اذ لم تفسد صلوة الامام وجه قول ابي حنيفة في ذلك ان المعنى الطاري اذا كان قطعا للصلوة لم تبطل
صلوة المؤتم كالكلام والمشي والعمل المنافي للصلوة وان كان الخروج على وجه الافساد ابطل صلوة المأموم
كالقهقهة والحدث وتفسير الفرق بينهما ان كل موضع لم يجز للامام ان يدخل في صلوة اخرى الا بعد طهارة فخروجه
على وجه الافساد وكل موضع جاز ان يفتتح صلوة اخرى من غير طهارة فخروجه منها على وجه القطع ٥
ووجه قول ابي حنيفة ان الامام اذا احدث بطل الجزء الذي يصادفه الحدث من صلوته ويبطل ما يقابله من
صلوة المؤتم الا ان الامام لم يبق عليه فرض من فروض الصلوة فلم يفسد ما مضى من صلوته والمؤتم قد بقي عليه
فروض لا يقدر ان يبنيها على ما تقدم فبطلت صلوته ٥ واما اذا تكلم فالكلام قطع للصلوة وليس بافساد
فهو كالسلام ووجه قولهما ان المعنى المفسد لم يوجد من جهة المأموم وانما وجد من جهة الامام فاذا لم
يفسد صلوة من وجد منه فلان لا تفسد صلوة غيره اولى ٥

باب اختلاف فرض المأموم والامام بما يصح معه صلوة المأموم او لا يصح قال الشيخ

لا يجوز ان يؤم العريان اللابسين وذلك لان الستر شرط من شرايط الصلوة فاذا عدم من الامام وما يقوم مقامه
لم يجز لمن معه ذلك الشرط ان يقتدي به كمن صلى بغير طهارة فاقتدى به المتوضي ٥ ولا المستحاضة ولا من
به سلس بول او استطلاق بطن او رعاف لا ينقطع لا يجوز للاصحاء الذين ليس بهم ذلك وذلك لان الامام
قد وجد منه الحدث فلم يجز للمتطهر ان يقتدي به كمن ليس بمعذور ولان هذا الحدث لو وجد من المؤتم
ابطل صلوته لانه لا يقدر على الاحتراز منه فمن يقدر على الاحتراز منه اولى ان يؤثر في صلوته ولان
المؤتم يؤدي صلوته بطهارة نفسه وطهارة امامه بدليل انه لو علم بحدث امامه لم يجز اقتداؤه به فاذا وجد
الحدث تحقيق طهارة الامام فكانه وجد من المؤتم ولا عذر به فلم تصح صلوته ٥ ولا يؤم الامي القاري
ولا الاخرس المتكلم لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله وهذا نهي عن تقدم من لا يحسن القران والنهي
يفيد الفساد ولان القراءة شرط من شرايط الصلوة عدم من جهة الامام وما قام مقامه فلا يجوز لمن يقدر
على ذلك الشرط ان يقتدي به كمن صلى بغير طهارة فاقتدى به طاهر ٥ ولا يؤم الاخرس الامي لان الاخرس
لا ياتي بالتحريمة وهي شرط وركن والامي ياتي بها فصار كالامي مع القاري لما عجز الامام عن القراءة وهي شرط
لم يجز للقادر عليها ان يقتدي به ٥ قال ولا يؤم المومي من يركع ويسجد وقال زفر يجوز ان يؤم
لنا قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه ولانه لم يشارك امامه في الركوع ولا بنا على ركوع
الامام فصار كانه شاركه بعد الركوع فلا يعتد له بالركعة وجه قول زفر هو ان الايماء قائم مقام الركوع
واذا وجد من الامام ما يقوم مقام الشرط لاجل العجز جاز الاقتداء به كالمتيمم اذا صلى بالمتوضين ٥ ولا تؤم
المراة الرجل في جمعة ولا غيرها لقوله صلى الله عليه اخروهن فامر بتاخير النسا وهذا نهي عن تقديمهن والنهي
يفيد الفساد ٥ فان ام احد هولاء بعض من ذكرنا من الائمة فسدت صلوتهم وصلوة الامام جايزة الا الامي
خاصة اذا ام القاري فان صلوة الامي ايضا فاسدة في قول ابي حنيفة وجايزة عند ابي يوسف ومحمد اما
صلوة الراكع خلف المومي والطاهر خلف المستحاضة والمكتسي خلف العاري فالامام قد ادى فرض نفسه
وانما بطلت صلوة المؤتم لانه يبنيها على تحريمة ناقصة فلا يؤثر ذلك في صلوة الامام ٥ فاما الامي اذا ام
القاري فصلوتهما فاسدة عند ابي حنيفة لانه يقدر على ان يقتدي بالقاري فيصير مؤديا صلوته بقراءة
على اصلنا ان قراءة الامام قراءة للمؤتم فاذا قدمه فقد ترك القراءة وهذا محمول على انه قد علم ان خلفه
قاريا وكان ابو الحسن يقول ان القاري والامي متساويان في فرض التحريمة ويختلفان في القراءة فاذا اقتدى
القاري به صحت تحريمته وقد التزم الامام تصحيح صلوته فصار ملتزما للقراءة التي تصح صلوة المؤتم بها

وقد تركها بطلت صلوته ولا يقال كيف يلزمه فرض القراءة وهو لا يقدر عليها لأنه هو الذي ألزم نفسه ما لا يقدر عليه
يلزمه وإنما لم يلزمه الله تعالى ذلك ابتداء وهذا كمن نذر الحج لزمه بالتزامه وإن لم يلزمه من الله تعالى ٥ ولا
يقال لو صح دخول المؤتم للزمه القضاء إذا أفسدها وقد قالوا في القارئ إذا دخل في صلوة الأمي متطوعا فأفسدها
لم يلزمه القضاء وذلك لأنه لما دخل فيها أوجبها بغير قراءة فكأنه نذر أن يصلي بغير قراءة فلا يلزمه القضاء عند زفر
ولا رواية عن أبي حنيفة وجه قولهما أن الأمي أدى فرض نفسه وقدرة غيره عليه لا يؤثر في صلوته كالمومي
والعريان إذا أمّا غيرهما ٥ وإن كان المأموم عريانا أو أميا أو به سلس بول والإمام صحيح لا بأس فصلوتهم جميعا
جائزة لأنهم بنوا صلوة ناقصة على غيرها كاملة فصار كالمتنفل خلف المفترض ٥ قال ويؤم العريان العراة وإن صلوا
وحدانا أعجب إلي فإذا أمّ قام وسط الصف وإنما جازت إمامته لأنه مساو للمأمومين في النقص فقد بنوا صلوة
على مثلها ويكره ذلك لأنه إن تقدم شاهدوا عورته وإن وقف وسطهم ترك سنة مقام الإمام ٥
وإنما يقف وسطهم لأنه أستر له وأبعد من مشاهدتهم عورته ٥ ولا بأس أن يؤم المومي الذين يومون وكذلك
المستحاضة تؤم من في معناها مستحاضة كانت المؤتمة أو بها سلس بول لأنهما تساويا في نقصان طهارتيهما
والطهارة في الفرض يجوز اقتداء أحدهما بالآخر قال ويؤم الماسح على خفيه الغاسلين لأن المسح طهارة كاملة لا يقف
على الضرورة فهو كالغسل ولأنه مسح لا يقف على ضرورة كمسح الرأس ٥ مسئلة ويؤم المتيمم المتوضئين عند
أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يؤمهم عند محمد وجه قولهما أن التيمم مسح أقيم مقام غسل فهو كمسح الخفين ولأنها
طهارة لم يتعقبها حدث كالوضوء وجه قول محمد أنها طهارة ضرورة فهي كطهارة المستحاضة ٥ ويؤم القاعد
الذي يركع ويسجد من القيام وهو استحسان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز وجه قولهما ما روي
أن النبي عليه السلم أمر أبا بكر في مرضه أن يصلي بالناس ثم وجد خفة فخرج وجلس عن يسار أبي بكر وافتتح القراءة
من الموضع الذي بلغ إليه أبو بكر فكان أبو بكر يصلي بصلوته والناس يقتدون بأبي بكر ولا يقال قد روي عنه عليه السلم أنه قال لا يؤمن
أحد بعدي جالسا قوما يصلون قياما لأن هذا قاله حين سقط من بغلته فجحش جنبه فصلى قاعدا وصلوا عنده
قعودا فقال ذلك يعني على تلك الهيئة وعندنا لا يجوز أن يصلي القادر خلفه قاعدا كما فعلوا ولأن المشاركة
عدمت بين الإمام والمأموم وهذا لا يمنع من الاقتداء بها كالمومي خلف الراكع وجه قول محمد أنها صلوة لا
تجوز في غير حال عذر كصلوة المومي ٥ قال ومن لم يجد إمامه في أول الصلوة فاستخلف فيها بعدما دخل فيها بإمام
غيره فسدت صلوته وصلوة الإمام الأول والقوم جميعا ٥ أما فساد صلوة المستخلف فلأنه دخل في تحريمة
كاملة وبنى عليها صلوة ناقصة فلا يجوز أن يبني أحد الفرضين على الآخر مع اختلافهما ٥ وأما المؤتمون فلأنه لا يجوز
أن يقتدوا بهذا الإمام في أول الصلوة كذلك لا يجوز أن يقتدوا به في حال البقاء ٥ وأما الإمام الأول فلم يخرج من
الإمامة ما لم يجد المؤتمين فبطلت صلوته كما بطلت صلوتهم باب ٥ الرجل
يشك فيما فاته من صلوته قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله وإذا شك الرجل في صلوتين
تركهما من يومين الظهر والعصر لا يدري أيتهما أولى فعليه أن يتحرى الصواب فيقضي الأولى منهما في نفسه ثم يقضي الأخرى
فإن أراد أن يأخذ بالثقة واليقين صلى الظهر ثم العصر ثم الظهر وقال أبو يوسف ومحمد لسنا نأمره بذلك وليس عليه
إلا أن يتحرى وقال عمرو عن محمد قال أبو يوسف يتحرى وأحب إلينا أن يصلي الظهر ثم العصر ثم الظهر ٥ قال أبو الحسن رحمه الله
وجملة هذا أن عندنا وجوب الترتيب في الفوائت فإذا فاته ظهر من يوم وعصر من يوم آخر فالترتيب واجب بينهما لأنه
لم يحصل بين الصلوتين ست صلوات قال وقال الطحاوي في مختصره إذا كان بين الفائتين ست صلوات سقط الترتيب وفي
مسئلتنا بينهما خمس صلوات فالترتيب واجب وشرائط الصلوة يعتبر فيها اليقين إذا قدر عليه والاجتهاد إذا تعذر
اليقين فإذا لم يعلم المتقدم من الفائت اجتهد كما يجتهد في ركعات الصلوة إذا شك فيها وإذا لم يكن له رأي أخذ
باليقين كما قالوا فيمن شك في ركعات صلوته ولا رأي له أنه يبني على اليقين واليقين هاهنا أن يعيد إحدى الفائتين
مرتين فيتيقن بالترتيب وجه قولهما أن الشك في شرائط الصلوة يعتبر فيه الاجتهاد ولا يجب الرجوع إلى
اليقين كالشاك في القبلة لا يصلي إلى الجهات الأربع وهذا ليس بصحيح لأن من صلى إلى جهة كان فعلها لا يجوز
وهو الصلوة إلى غير القبلة وفي مسئلتنا يكون متنفلا بإحدى الصلوات وذلك ليس بمحظور ٥ ومن أصحابنا من قال
لا خلاف في هذه المسئلة لأن أبا حنيفة قال أحب له أن يأخذ بالاحتياط وقالا لا يجب عليه ذلك فأجاب أبو حنيفة
في الاستحباب ولم يجيبا فيه ونفيا الوجوب وأبو حنيفة لا يوجبه إذا كان له ظن ٥ ولم يذكر في الأصول إذا
شك في ثلث صلوات واختلف أصحابنا المتأخرون في ذلك فمنهم من قال إذا ترك الظهر من يوم والعصر من يوم
آخر والمغرب من آخر لا يدري أيها أول فقد سقط الترتيب ومنهم من قال لا يسقط فمن أسقطه قال لأن ما بين
الفوائت إذا زاد على ست صلوات لم يجب الترتيب مع وجودها تنافيه ومن أوجب الترتيب اعتبر أن يكون الفوائت
ستا وإن كان ما بينها ستا وهي أقل من ست لم يسقط الترتيب لأن الفرض لم يدخل في حد التكرار فعلى طريقة هذا
القائل يجب أن يصلي الظهر ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر فيصلي سبع صلوات
حتى يؤدي الترتيب بيقين ٥ وأصل ذلك أن يعتبر ما يلزمه في الفائتين إذا انفردتا ثم يأمره به ثم يأتي بالثالثة
ثم يفعل بعد الثالثة ما كان يلزمه أن يفعل في الصلوتين ٥ فإن ترك مع ذلك العشاء فعليه أن يصلي سبع صلوات

كما ذكرنا في المغرب ثم يصلي العشاء ثم يصلي بعدها سبع صلوات كان يلزمه قبلها لأنه لا يسقط الفرض بيقين إلا على
هذا الوجه وعلى هذا القياس يبني المسائل فإن قيل إذا كانت الاحتياط في إعادة الصلوتين مرتين فلم قال أبو حنيفة رحمه الله
إنه يصلي الظهر مرتين ولم يقل يصلي العصر ثم الظهر ثم العصر الجواب أن الفرض يسقط بيقين في الوجهين جميعا
وإنما ذكر أحد الوجهين لينبه به على الآخر ومن أصحابنا من قال إنما خص الظهر لأنها أول ما ذكر في الشرع وهو
أن جبريل لما صلى بالنبي عليه السلم لبيان المواقيت ابتدأ بالظهر مسئلة وإذا نسي الرجل صلوة من يوم ولا يدري
أي صلوة هي فإن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا قالوا يعيد صلوة ذلك اليوم وقال الثوري يصلي ذلك المغرب
والفجر ويصلي أربع ركعات ينوي بها الظهر أو العصر أو العشاء وقال بشر المريسي يصلي أربع ركعات يقعد في الثانية
والثالثة والرابعة ينوي بها ما عليه وجه قولهم أن اعتبار الترتيب والنية يستحق في الفائتة ألا ترى أن الظهر
لا يجزي بنية العصر ولا يجزي العصر بنية الظهر فالواجب أن يسقط فرضه بيقين وذلك لا يحصل إلا بإعادة خمس صلوات
وجه قول الثوري أن الفجر والمغرب يختلف عددها فلا يقع أحدهما عن الأخرى فلا بد من فعلهما وأما الثلث صلوات
فعددها متفق فإذا صلى أربع ركعات ينوي إحدى الثلث صلوات فقد استوفى فرضه وهذا ليس بصحيح لأن الواجب
أن تعين النية للصلوة فإذا نوى الظهر أو العصر لم يجزه ذلك ألا ترى أن من أخر الصلوة إلى آخر الوقت ثم صلى
ينوي ما عليه لم يجزه حتى يعين الصلوة وإن لم يكن عليه إلا صلوة الوقت ٥ وأما قول بشر فليس بصحيح لأن الفائتة
إن كانت أربع ركعات فقد قعد في الثالثة وهو منهي عن ذلك وإن كانت المغرب أو الفجر فقد ضم إلى الفرض
غيره وهو مكروه ٥ قال عمرو سألت محمدا عن رجل نسي سجدة من صلوة مفروضة فلم يدر أي صلوة هي قال فإنه
يعيد خمس صلوات وهو قول أبي حنيفة وذلك لأنه إذا ترك سجدة من صلوته بطلت فصار كترك السجدة من
جميع الصلوة قال قلت في قول أبي حنيفة وقولك نسي خمس صلوات من خمسة أيام لا يعرف أيتهن هي قال يصلي
صلوات خمسة أيام قلت فإن نسي أكثر من خمسة أيام عشرة أو أكثر قال فكذلك وهذا الذي قاله يدل على أن المعتبر
ليس هو ما قال الطحاوي أن يكون بين الفائتتين ست صلوات وإنما المعتبر أن يكون الفوائت ستا ٥ وأما
قوله إذا ترك عشر صلوات من عشرة أيام فكذلك فهذا لا يجوز على قول أبي حنيفة لأن من أصله أن الفائتة
الواحدة إذا صلى بعدها ست صلوات فما زاد سقط فيها الترتيب مع الذكر حتى لا يوجب الترتيب مع وجود ما
ينافيه فمع النسيان أولى وإنما هذا يتفرع على قولهما لأن عندهما يجب عليه أن يعيد الفائتة وخمس صلوات بعدها
باب سجدة التلاوة قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله سجدة التلاوة
عند أصحابنا جميعا واجبة في أربع عشر موضعا من القرآن والأصل في سجدة التلاوة قوله تعالى إنما يؤمن بآياتنا الذين
إذا ذكروا بها خروا سجدا فجعل السجود من صفة الإيمان وروى أبو صالح عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
إذا قرأ ابن آدم السجدة فسجد اعتزل الشيطان يبكي ويقول يا ويله أمر هذا بالسجود فسجد فله الجنة
وأمرت بالسجود فأبيت فلي النار ٥ فأما وجوبها فعندنا أنها واجبة وقال الشافعي هي مسنونة لنا قوله تعالى
فما لهم لا يؤمنون وإذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون فذمهم على ترك السجود وإنما يستحق الذم بترك
الواجب وقال تعالى واسجد واقترب وهذا أمر والأمر يقتضي الوجوب ولأنها سجدة تفعل في الصلوة
بالشرع كسجدة الصلوة ٥ وأما الكلام في المواضع المختلف فيها من السجدات فعندنا في الحج سجدة واحدة
وهي الأولى وقال الشافعي الأولى والثانية لنا أن الثانية ذكر فيها ركوع وسجود وذلك أمر بالصلوة دون السجدة
ولأن السجدة الواحدة في السورة لا يجتمع معها سجدة أخرى كسائر السور والفصل الثاني سجدة ص عندنا
سجدة تلاوة وقال الشافعي هي سجدة شكر وروى محمد في الآثار عن ابن عباس أن النبي عليه السلم قال في سجدة ص سجدها
داود للتوبة ونحن نسجدها شكرا قال وهو قول أبي حنيفة وهذا معناه أن سببها الشكر وإن كانت سجدة
تلاوة والخلاف يتعين فيها أن التالي في الصلوة هل يسجدها أم لا فعندنا يسجدها وعندهم لا يسجد والدليل
على ما قلناه ما روي أن عثمان تلى سورة ص في صلوته فسجد ولأنها سجدة تفعل في الخطبة فتفعل في الصلوة
كسائر السجدات ٥ واختلف السلف في موضع السجود في سورة حم فقال مسروق كان أصحاب عبد الله يسجدون
في الأولى وقال ابن عباس وابن المسيب موضع السجود وهم لا يسأمون وهذا قول أصحابنا والدليل عليه أن تمام
الكلام يقع بذلك والسجود عند تمام الكلام أولى ٥ وأما سجود المفصل فعندنا أنها ثلث سجدات
وهو قول ابن مسعود وأبي هريرة وقال ابن عباس وزيد لا سجود في المفصل وهو قول مالك لنا ما روي ابن مسعود
أن النبي عليه السلم تلا سورة والنجم وسجد فسجد معه المسلمون والمشركون وروى أبو هريرة أن النبي عليه السلم سجد
في إذا السماء انشقت واقرأ باسم ربك والذي روي عن ابن عباس أن النبي عليه السلم لم يسجد في المفصل بعد الهجرة
فقد روي أن أبا هريرة تلا في الصلوة إذا السماء انشقت واقرأ وسجد فقيل له فعلت ما لم يفعله أصحابك فقال صليت
مع رسول الله صلى الله عليه فسجد وأبو هريرة متأخر الإسلام ٥ وإذا تلا شيئا من ذلك في صلوة فرض أو تطوع
أو غيره من غير صلوة والتالي لها طاهر أو محدث أو جنب أو حائض أو نفساء أو كان التالي مشركا أو صبيا أو مجنونا
أو سكرانا فذلك كله سواء ٥ أما التلاوة في الصلوة فإنما يسجد لها لأن النبي عليه السلم قرأ السجدة في صلوته
فسجد ولأن السجدة من حكمها أن تفعل عقيب التلاوة إلا لعذر ٥ فأما وجوب السجدة مع اختلاف صفة

التالي فلان السجود يجب لاظهار الخضوع عند التلاوة وتعظيما لها وهذا المعنى موجود وان كان التالي ليس من اهل الوجوب
قال ويلزم السجدة من تلا او سمع ان كان ممن تلزمه الصلوة او قضا الصلوة فان كان ممن لا يجب عليه صلوة ولا قضا صلوة
مثل النفسا والحايض والكافر والصبي والمجنون فلا سجود عليهم لان سجود التلاوة معتبر بسجدات الصلوة فمن جاز
ان تلزمه الصلوة جاز ان تلزمه السجدة ومن لم تلزمه الصلوة لم تلزمه السجدة والحايض لا يلزمها فرض الصلوة فلا
يلزمها فرض السجدة والجنب بخلاف ذلك لان فرض الصلوة يلزمه ويوديها بعد الاغتسال فلذلك لزمه فرض السجود ٥
قال ولا تجوز سجودها الا بما تجوز به سجدة الصلوة من طهارة من الاحداث والانجاس والمكان الذي يسجد فيه او قيامه
او قعوده روي ذلك عن معلى وعلي عن ابي يوسف لما بينا انها معتبرة بسجدات الصلوة فيعتبر فيها شرايط الصلوة ٥ ولا
يتيمم لها الا ان لا يجد الماء او يكون مريضا لانه لا يخشى فوتها فصارت كصلوة الفرض ٥ ولا يسجد لغير القبلة اذا
تلاها على الارض ولا يجزيه الايماء بها لانها معتبرة بسجدات الصلوة فاعتبر فيها التوجه الى القبلة ولا يجزي فيها الايما
مع القدرة على السجود ٥ فان اجتهد واخطا القبلة لان هذا يجوز في الصلوة الفريضة فكذلك يجوز في السجدة
ويجزيه الايما اذا تلاها على الراحلة وهو مسافر او كان مريضا لا يستطيع السجود وقال بشر المريسي لا يجزيه
على الراحلة اذا قدر على السجود وهو القياس وجه القياس انها سجدة واجبة عندنا فاعتبرت بسجدات الفرض
من الصلوات فلم تجز على الراحلة مع القدرة على النزول وانما استحسنوا لان وجوبها متعلق بفعله وهو التلاوة
فصارت كالنافلة التي تتعلق بفعله ٥ ولم يذكر في الاصل اذا تلاها على الراحلة ثم نزل ثم عاد فركب هل يجزيه ان
يومي بها ام لا وذكر ذلك في اختلاف ابي يوسف وزفر قال ابو يوسف يجزيه وهي رواية ابن سماعة عن محمد وقال
زفر لا يجزيه وجه قولهما انها وجبت بالايما فاذا اداها على الوجه الذي وجبت عليه اجزته كما قالوا فيمن دخل في
صلوة النفل قاعدا او عند طلوع الشمس فافسدها ثم قضاها عند غروب الشمس جاز لانها لزمته على وجه ناقص فاذا
اداها كما وجبت جاز وجه قول زفر هو انه لما نزل انتقل فرضها الى ذمته ووجبت عليه بغير ايما فصار كما لو تلاها على
الارض ثم ركب لا يجزيه على الدابة ٥ وينبغي ان يكبر اذا انحط لسجودها ويكبر اذا رفع راسه وعن ابي يوسف انه لا يكبر
اذا انحط روى الحسن عن ابي حنيفة مثله لنا انها معتبرة بسجدة الصلوة فيكبر لها عند الانحطاط وعند الرفع وجه
قول ابي يوسف ان التكبيرة عند الانحطاط تفعل للانتقال وفي سجدة التلاوة ليس بمنتقل من ركن الى ركن فلم يلزمه
تكبيرة الانتقال ٥ ويسبح فيها لانها معتبرة بسجدة الصلاة ومن سنة تلك التسبيح كذلك هذه ٥ قال ولا يسلم لان
سجدة الصلوة لا سلام فيها وهذه معتبرة بها ولان السلام انما يفعل للخروج من التحريمة وسجدة التلاوة لا تحريمة لها ٥
وان تكلم في السجدة او قهقه فيها اعادها لما بينا انها معتبرة بسجدات الصلوة وهناك تفسد بهذه المعاني كذلك هذه ٥
واما اذا سبقه الحدث فان سجدته لا تفسد لكنه يتوضى ويبني لانه يفعل في السجدة الصلاتية هكذا كذلك هذا
قال ولا وضوء عليه بالقهقهة فيها لان القياس يمنع وجوب الوضوء بالقهقهة الا انا استحسنا للاثر وقد ورد في
الصلوة دون هذه السجدة ولان سجدة التلاوة لم تثبت حرمتها لاختلاف الناس فيها فهي كصلوة الجنازة اذا قهقه
فيها ٥ وان سجدت امراة الى جنبه لم يفسد عليه وان نوى ان يومها لان القياس يقتضي ان لا يفسد صلوة الرجل بو
قوفها الى جنبه وانما تركوا القياس في الصلوة الكاملة فما سواها على اصل القياس باقية ولانه ذكر مفرد كصلوة
الجنازة ٥ وان رعف في السجدة او احدث فعليه ان يتوضا ويعيدها لانه لو رعف في سجدة الصلوة لتوضا واعاد
كذلك هاهنا ٥ قال واذا قرا سجدة واحدة فاعادها مرارا في مجلس واحد فعليه سجدة واحدة والقياس ان يجب
عليه لكل سجدة لان التلاوة سبب للوجوب كالنذر وانما استحسنوا لان جبريل كان يقرا على النبي عليه السلم ويقراه هو
على اصحابه فلا يكرر السجود فدل على ان تكرار التلاوة في مجلس واحد لا يتعلق به الا سجدة واحدة وروى
ان ابا موسى كان يلقن الناس القران في مسجد الكوفة ويزحف الى كل واحد منهم ولا يسجد للتلاوة اذا كررها
الا مرة واحدة وكذلك روي عن ابي عبد الرحمن السلمي المعلم للحسن والحسين وقد اخذ التلاوة عن الصحابة فالظاهر
انه اخذ منهم حكمها ولان سببي الوجوب قد اجتمعا في مجلس واحد فسجدة واحدة فاقتصر على سجدة واحدة كالتالي
السامع ٥ فاما اذا تلاها في مجلسين لزمته سجدتان على اصل القياس وكذلك ان تلا في مجلس واحد من سجدتين
مختلفتين لان القياس يقتضي تكرار السجود بتكرار التلاوة وانما تركوا القياس في الاية الواحدة لما بينا فما سواه على
اصل القياس ٥ قال ولو تلا اية السجدة فسجد ثم اعاد التلاوة في مجلسه لم يسجد لان سببي الوجوب قد اجتمعا في
مجلس واحد فصار كما لو تلاها مرتين ثم سجد ٥ وان تلاها في غير صلوة ثم قام الى الصلوة في مكانه ذلك واعادها
اجزته سجدة واحدة وان كان سجد حين تلاها ثم قام الى الصلوة فاعادها سجد اخرى قال الشيخ وجملة هذا
ان كل سجدتين اجتمعتا في مجلس واحد واحدهما افضل فالافضل يجزي عن الانقص والانقص لا يجزي عن الافضل
والمتلوة في الصلوة افضل من المتلوة في غيرها والجزا عن نفسها وعن التي في غير الصلوة ٥ واما المفعول في غير
الصلوة فهي انقص ولا تقوم مقام المتلوة في الصلوة فعليه ان يعيدها ٥ وكل سجدة وجبت عليه بتلاوة في الصلوة
فان خرج من الصلوة قبل ان يسجدها سقطت عنه لانها صارت من شرايط الصلوة حين وجد سببها فيها ومن سنن الصلوة
لا تفعل خارج الصلوة ٥ قال وان تلا سجدة في الركعة الاولى فسجدها ثم اعادها في الركعة الثانية فلا سجود عليه عند
ابي يوسف وقال محمد يسجدها استحسانا وجه قول ابي يوسف ان التحريمة تجمع افعال الصلوة فصير كالمجلس

وجه قول محمد ان السجدة من موجب التلاوة وكل ركعة يتعلق بها تلاوة لا ينوب عنها تلاوة في غيرها فكذلك
ما يتعلق بها سجود لا ينوب عنه غيره ٥ وكل سجدة لزمته في الصلوة بسماع من غيره فلا يسجد عليه حتى يخرج من
الصلوة الا ان يكون سمعها من امامه قال الشيخ رحمه الله وجملة هذا ان المؤتم اذا سمع السجدة من الامام لزمته
متابعته فيها لقوله عليه السلم انما جعل الامام ليؤتم به فاذا سجد فاسجدوا ٥ واذا سمعها الامام من المؤتم لم يسجد
واحد منهما في الصلوة اما المؤتم فلانه محجور عليه لمتابعة امامه واما الامام فلو سجدها لصار تابعا للمؤتم
وهذا لا يجوز ٥ واما بعد الخروج من الصلوة فلا يسجدها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي ان
يسجد وجه قولهما ان هذه سجدة تلاها احد المشتركين في الصلوة فكانت من سننها كما لو تلاها الامام
واذا كانت من سنن الصلوة لم تفعل خارج الصلوة كساير سننها وجه قول محمد ان هذه السجدة لما تعذر
فعلها في الصلوة كان مقتضاها ان يفعل بعدها كالمسموعة في الصلوة من اجنبي ٥ واما اذا سمع المصلي ذلك
من اجنبي فانه يسجدها بعد الفراغ من صلوته في قولهم جميعا لان سببها لم يوجد في الصلوة فلم يجز فعلها
فيها كالمنذورة واذا تعذر فعلها في الصلوة وجب فعلها بعد الخروج منها ٥ فان سجدها في الصلوة لم يجزه
ولم تفسد صلوته في رواية الاصول وروى ابن سماعة عن ابي حنيفة وابي يوسف ان صلوته تفسد وقال
محمد لا تفسد وانما لم يجزه لانه منهي عن فعلها في الصلوة فاذا فعلها وقعت ناقصة وقد وجبت عليه كاملة
فلا يجزيه مع النقصان وانما فسدت صلوته في احدى الروايتين لان مقتضاها ان تفعل في غيرها فاذا اشتغل
بها في صلوته صار رافضا لصلوته فبطلت كمن صلى النفل في خلال الفرض وجه الرواية الاخرى انها من
جنس ما يفعل في الصلوة وهي مادون الركعة فلا يفسد صلوته ٥ واذا قرا الرجل سجدة وهو راكب ثم اعادها
بعدما سار فان كان يصلي فعليه سجدة واحدة وان كان في غير صلوة فعليه سجدتان لان الصلوة تجمع الاماكن
فيجعلها في حكم مكان واحد بدلالة جواز صلوته والمتلو في مكان واحد يجزي عنه سجود واحد وان تكرر ٥ واما
اذا كان في غير الصلوة فليس هناك معنى يجمع الاماكن فصارت كل سجدة متلوة في مكان اخر فيجب بها سجدة
اخرى ٥ قال واذا تلاها بالفارسية فعليه ان يسجدها وعلى من سمعها في قول ابي حنيفة فهمها الذي
سمعها او لم يفهمها يعني اذا اخبر انها سجدة لان من اصله ان القران اذا نقل الى الفارسية فهو قران
فالتلاوة بالعربية والفارسية سوا وقال ابو يوسف على من فهمها ان يسجد وليس على من لم يفهم السجود
وهذا ليس بصحيح لانه ان جعلها قرانا وجبت سوا فهم او لم يفهم كالتلاوة بالعربية يسمعها العجمي لان السجود
يجب لحرمة التلاوة والحرمة موجودة ولان سبب الوجوب يعتبر فيه العلم به ولا يعتبر فهمه كساير
اسباب الوجوب ٥ قال واذا تلا الامام السجدة على المنبر يوم الجمعة فانه يسجدها ويسجد من سمعها
رواه محمد في كتاب الجمعة عن ابي حنيفة لما روي ان النبي عليه السلم تلا سجدة ص على المنبر فسجد وسجد معه الناس
ولانه لو تلا في الصلوة سجدها والذي احوال الخطبة ان يكون كالصلوة ٥ واذا وجبت السجدة على الرجل
في الاوقات التي يجوز فيها الصلوة فسجد عند قيام الظهيرة او عند طلوع الشمس او عند غروبها لم يجزه لان
السجود في هذه الاحوال ناقص للنهي عنه وقد وجب الشي عليه كاملا فلا يجزيه ان يوديه ناقصا ٥ قال
فان تلاها عند قيام الظهيرة فسجدها اجزته لانها وجبت عليه ناقصة فاذا اداها على الوجه الذي وجبت
به اجزاه ٥ فان تلاها في تلك الساعة وسجدها عند الغروب جاز لانها وجبت عليه ناقصة فاذا اداها
ناقصة جاز ٥ واذا قرا سجدة في الصلوة فان شا ركع بها وان شا سجد تقوم ركوع الصلوة مقامها وان شا سجد
لها ذكر هذا التفسير ابو يوسف في الاملا عن ابي حنيفة والاصل فيه ما روي عن ابن مسعود انه قال في سجدة
الاعراف ان شا سجدها وان شا ركع ولان المقصود اظهار الخشوع بها وهذا المعنى موجود فيها ولانه اذا
نوى ان يقوم ركوع الصلوة مقامها قامت الركعة بسجودها مقام سجدة التلاوة وسجدة التلاوة تتداخل ٥ قال
الحسن عن ابي حنيفة اذا كانت السجدة في اخر السورة او قريبا من اخرها مثل سورة الاعراف وبني اسرايل والنجم واذا
السما انشقت واقرا باسم ربك فركع حين فرغ من السورة اجزته سجدة الركعة من سجدة التلاوة فان خرج الى سورة
اخرى لم يجزه ان يركع بها لما روي عن ابن مسعود وروي ان ابن عمر كان اذا تلا اذا السما انشقت في غير الصلوة سجد
واذا تلاها في الصلوة ركع ولم يسجد وقول الحسن اجزته سجدة الركعة من سجدة التلاوة يدل على ان الركوع وما
بعده من السجود يقوم مقام سجود التلاوة فيقع التداخل فيه فاما اذا خرج الى سورة اخرى فقد تجاوز محل السجود
فاستقلت السجدة الى ذمته فلا يجزيه الركوع منها وقد روي عن ابي يوسف انه قال اذا قرا بعد اية السجدة مقدار ما
تجزي في الصلوة ثلث ايات ثم ركع لم يجزه الركوع بها لان هذا القدر ثبت حكمه بنفسه فيقطع ما بين التلاوة والسجدة
فلم يجز الركوع بها ٥ وقد ذكر في الاصل اذا تلاها في الصلوة واراد ان يركع بها مكان السجدة فالقياس ان يجزيه ولا
يجزيه استحسانا وجه القياس جواز الركوع قوله تعالى وخر راكعا واناب عبر بالركوع عن السجود ولان المقصود
اظهار الخضوع عقيب التلاوة وهذا موجود في الركوع وجه الاستحسان ان السجود لا يقوم الركوع مقامه
كسجود الصلوة ومن اصحابنا من قال هذا غلط من الكاتب والصحيح العكس ان القياس يمنع وفي ذلك كان الاستحسان
ومنهم من قال الصحيح ما في الكتاب والقياس يقتضي جوازه ولو استحسن فيستحسن خلاف ذلك

باب تكبير التشريق قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله

تكبير التشريق سنة ماضية نقلها أهل العلم وأجمعوا على العمل بها والأصل في ذلك قوله تعالى واذكروا الله في أيام معلومات وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما من أيام أحب إلى الله تعالى العمل فيهن من هذه الأيام فأكثروا فيهن من التهليل والتسبيح ولا خلاف في ذلك وإنما الخلاف في وقت التكبير وروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس في رواية أنهم ابتدؤوا بالتكبير من صلوة الفجر يوم عرفة وعن زيد بن ثابت أنه ابتدأ من صلوة الظهر يوم النحر واختلفوا في القطع فقال ابن مسعود إلى صلوة العصر من يوم النحر وقال علي يمضي إلى صلوة العصر من آخر أيام التشريق وعن مكحول قال يبتدي في الظهر من يوم عرفة إلى الفجر من آخر أيام التشريق أما الابتدا فمن صلوة الفجر يوم عرفة في المشهور من قول أصحابنا وعن أبي يوسف أنه يبتدي عقيب الظهر من يوم النحر لنا قوله تعالى واذكروا الله في أيام معلومات قيل في التفسير هي أيام العشر فظاهرها يقتضي أن يكبر في جميعها إلا ما قام عليه الدليل ولأنه يوم يختص بركن يقع في الحج فهو كيوم النحر وجه قول أبي يوسف قوله تعالى فإذا قضيتم مناسككم فاذكروا الله وقضا المناسك ضحى النهار من يوم النحر وأول صلوة يلي ذلك صلوة الظهر وأما مكحول فيقول إن التكبير لما اختص بالأيام التي وضعت لأركان الحج وجب أن يبتدي به في وقت الركن وأول ذلك بعد الزوال من يوم عرفة وأما القطع فقال أبو حنيفة يكبر وقت العصر يوم النحر ويقطع وقال أبو يوسف ومحمد عقيب العصر من آخر أيام التشريق لأبي حنيفة أن التكبير لا يجوز إثباته إلا بتوقيف أو اتفاق وقد أجمعوا على هذا المقدار الذي قلناه واختلفوا فيما بعده ولأن ما بعد يوم النحر لا يختص بركن يقع في الحج فصار كسائر الأيام وجه قولهما ما روى محمد بن علي عن جابر أن النبي عليه السلام كبر في الصبح يوم عرفة وقطع آخر أيام التشريق ولأن السلف اختلفوا فيه ولأن يكبر وليس عليه التكبير أولى من أن يتركه وهو واجب عليه وأما الكلام فيمن يجب عليه التكبير قال أبو حنيفة لا يكبر إلا في أدبار الصلوات المكتوبات وذلك على أهل الأمصار المقيمين الأحرار البالغين المكلفين الذكور إذا صلوا صلوة من صلوات هذه الأيام في جماعة مستحبة وقال أبو يوسف ومحمد كل من صلى فريضة من صلوات هذه الأيام كبر عقيبها والدليل على اختصاص التكبير بالمقيمين في الأمصار قوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع وإذا اختص التكبير بالمصر اختص بالمقيمين الأحرار الرجال كالجمعة وإنما اعتبر الصلوات المكتوبات خلاف ما قال مجاهد والشعبي أنه يكبر عقيب النافلة لأن هذا ذكر زايد فلا يتعلق بالنافلة كالقنوت ولأن النفل لا يفعل في الجماعة والتكبير لا يشرع عند أبي حنيفة إلا في صلوة الجماعة وجه قولهما أنه ذكر مسنون متعلق بالصلوة كسائر الأذكار المسنونة قال ولا يكبر في دبر صلوة عيد ولا تطوع ولا وتر في قولهم أما النافلة فقد بيناها وأما العيد والوتر فلأنها ليست بمفروضة فهي كالنافلة ولأن التكبير لو كان سنة العيد وقد صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحضرة الصحابة لنقلت نقل استفاضة فلما لم ينقل دل على أنه ليس بسنة ويكبر عقيب الجمعة في قولهم لأنها صلوة مفروضة من صلوات هذه الأيام ولأنها قائمة مقام الظهر فصارت في حكمها وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المسافر إذا أمّ المسافرين في المصر فلا تكبير عليهم وذلك لأن الإقامة شرط في التكبير كما هي شرط في إتمام الصلوة والمسافر إذا صلى بمسافرين في المصر لم يتم كذلك لا يكبر وليس كذلك إذا صلى المسافر خلف مقيم لأنه يصير في حكم المقيمين في الإتمام فكذلك في التكبير قال وينبغي أن يكبر عقيب السلام قبل الكلام وقبل الاستدبار للقبلة وقبل أن يكون منه ما لو كان في الصلوة قطعها لأن التكبير وإن لم يكن مبنيا على التحريمة ففي حكمه أن يفعل مع بقا حكم التحريمة بدلالة أن الأمة فعلته على هذا الوجه فإذا وجد ما يقطع حكم الصلوة منع من التكبير فالتكبيرات أن يقول الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد وعن ابن عمر الله أكبر كبيرا الله أكبر وأجل الله أكبر ولله الحمد لا إله إلا الله له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وما قلناه أولى لأنه فعل الأمة في سائر الأمصار والأعصار ولأن التكبيرات المتوالية لا تفعل إلا للتكبيرات الأذان قال فإن نسي التكبير حتى قام فذكر قبل أن يخرج من المسجد فإنه ينبغي له أن يكبر لأن حكم الصلوة باق ما دام في المسجد ألا ترى أنه لو تذكر شيئا من صلوته عاد فيها وإن نسي الإمام أن يكبر كبر القوم وقال أبو يوسف صليت بهم يوم عرفة فنسيت التكبير فكبر أبو حنيفة وذلك لأن التكبير أخص بالصلوة من التلبية ألا ترى أنه لا يكبر إلا عقيب الصلوة والتلبية لا تختص بالصلوة فيقدم ما اختص بالصلوة أولى قال ومن نسي صلوة من أيام التشريق فذكرها في أيام التشريق من تلك السنة قضاها وكبر لأن التكبير مختص بهذه الأيام كالرمي فلما كان حكم الرمي باقيا في هذه الأيام كذلك التكبير فإن خرجت الأيام لم يكبر لأن وقت التكبير فات فلا يفعل بعده ومنه كرمي الجمار لا يفعل بعد الأيام فإن تذكر في أيام التشريق صلوة من غيرها قضاها ولم يكبر لأن القضا معتبر بالمقضي فإذا لم يكن في الأصل تكبير فكذلك في القضا ومن ترك صلوة من هذه الأيام فذكرها في أيام التشريق من قابل لم يكبر في المشهور من قولهم وعن أبي يوسف أنه يكبر لنا أن اختصاص التكبير بأيام التكبير كاختصاص الرمي ومن ترك رميا من سنة لم يقضه في السنة الثانية كذلك التكبير

كتاب الجنائز قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله

إذا احتضر الإنسان وجّه كما يوجه في القبر على شقه الأيمن ولقن الشهادة وذلك لأن هذه الحال تقرب من الموت فوجب أن يوجه في القبر وأما تلقين الشهادة فلما روي عن النبي عليه السلام أنه قال لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله

فإذا قضى غمض وشد لحياه لأن النبي عليه السلام دخل على أبي سلمة وقد شق بصره فغمضه ولأنه إذا لم يغمض ولم تشد لحياه انفتحت عيناه وفمه ويقبح لك منظره قال ويستحب أن يؤخذ في جهازه ولا يؤخر ذلك لما روي عن النبي عليه السلام أنه قال عجلوا بموتاكم فإن يك خيرا قدمتموه إليه وإن يك شرا فبعدا لأهل النار ولا بأس بإعلام الناس بموته لأن النبي عليه السلام قال في المسكينة التي كانت في ناحية المدينة إذا ماتت فآذنوني ولأن الإعلام يحث على طاعة وهو الصلوة عليه فصار كالحث على ساير العبادات

باب غسل الميت قال الشيخ رحمه الله

الأصل في وجوب غسل الميت أن الملائكة غسلوا أبانا آدم وقالوا لولده هذه سنة موتاكم وغسل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمين وغسلوه حين مات وهو فعل المسلمين قال بشر ومعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال يجرد الميت ويوضع على تخت ويطرح على عورته خرقة أما تجريده فلأن الغسل بعد موته كالغسل في حال الحيوة فكما أن المغتسل الحي يتجرد فكذلك الميت ولأنه أمكن من الغسل لإزالة النجاسة والذي روي أن النبي عليه السلام غسل في قميصه فهو على طريق التعظيم له أخص بذلك بدلالة ما روي أنهم اختلفوا هل ننزع القميص عنه أم لا فوقعت عليهم سنة فما منهم إلا من ضرب ذقنه صدره ثم سمعوا قائلا يقول من ناحية البيت غسلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في قميصه وإنما يوضع على تخت لأنه فعل المسلمين ولأن الماء ينزل عنه فيكون أقرب إلى النظافة وأما وضع الخرقة على عورته فيجب أن يوضع من السرة إلى الركبة لأن عورة الميت لا يجوز النظر إليها كعورة الحي وقد روي أن النبي عليه السلام قال لعلي لا تنظر إلى فخذ حي ولا ميت ثم يوضأ وضوءه للصلوة ولا يمضمض ولا يستنشق وإنما يبدأ بالوضوء لأن النبي عليه السلام قال للنسوة اللاتي غسلن ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها ولأن المغتسل في حال الحيوة يقدم على غسله الوضوء كذلك بعد الموت وقالوا إن غسل الميت يفارق غسل الجنب من وجوه منها أنه لا يمضمض ولا يستنشق لأن المضمضة والاستنشاق لا يتأتى فيه ولأن ذلك يؤدي إلى المثلة لأن ما يصب فيه ربما يصل إلى جوفه وربما يخرج من أنفه وفمه ولا يؤخر غسل رجليه لأن الجنب يؤخر غسل رجليه لأن الماء المستعمل يجتمع عندهما وهذا لا يوجد في الميت لأن الماء لا يجتمع عند رجليه قالوا ولا يمسح رأسه لأن المقصود من غسله النظافة والمسح لا يوجد فيه من الميت هذا المعنى ويبدأ بميامنه للخبر الذي قال ابدأن بميامنها وروي أنه عليه السلام كان يستحب أن يبتدي في الأمور بالميامن ثم يغسل رأسه ولحيته بالخطمي لأن المقصود منه النظافة وإزالة الدرن ولا يسرح شعره لأن تسريح الشعر يفعل للزينة وقد احتجنا إلى دفنه فلا معنى فيه ثم يضجع على شقه الأيسر فيغسل بالماء القراح حتى ينقيه ويرى أن الماء قد خلص إلى ما يلي التخت لأن السنة أن يبدأ بالجانب الأيمن حتى يغسله فوجب أن يضجعه على شقه الأيسر حتى يغسل الأيمن وقد أمرت قبل ذلك بالماء فأغلي بسدر فإن لم يكن سدر فحرض فإن لم يكن واحد منهما أجزأك الماء القراح ثم تضجعه على شقه الأيمن فتغسله بالماء القراح حتى تنقيه وإنما اعتبر الماء الحار لأنه أبلغ في إزالة الدرن والسدر والحرض يراد لذلك وقد قال أصحابنا إنه يجوز السدر والخطمي ومن الناس من كره الخطمي لأن لا يجد السدر والمقصود منهما جميعا النظافة فأحدهما كالآخر ثم تقعده وتسنده إليك وتمسح فإن سال منه شيء مسحته ثم تضجعه على شقه الأيسر فتغسله بالماء القراح حتى تنقيه وترى أن الماء قد خلص إلى ما يلي التخت وذلك لأنه لا يؤمن أن يكون في بطنه شيء فينفصل إلى الأكفان فوجب الاستظهار بمسح بطنه وقوله فإن خرج منه شيء مسحته ليس معناه أنه يقتصر على المسح في النجاسة وإنما يعني أنه يغسلها حتى لا يتعدى إلى الغسل وقالوا إنه لا يجب إعادة الغسل ولا الوضوء لخروج ما يخرج منه وقال الحسن بن صالح يعاد غسله مرتين حتى يصير خمسا وقال ابن سيرين يعاد إلى سبع وقال الشافعي يعاد الوضوء أما إعادة الغسل فلا يجب لأن الحدث في حال الحيوة لا يوجب الغسل فهو بعد الموت مثله وأما الوضوء فلا يجب إعادته لأن الخارج لو كان حدثا لكان الموت حدثا لأنه يزيل التمييز وإنما قدروا الغسل بثلث مرات لأن النبي عليه السلام قال أما أنا فأحثي على رأسي وساير جسدي ثلث حثيات من ماء فإذا فعلت ذلك فقد طهرت قال ثم تنشفه بثوب لأنه قبل التنشيف يخاف ابتلال الثوب والكفن وهو مثله ولا يؤخذ من شعره ولا من ظفره لأن ذلك للزينة والميت لا يقصد به الزينة وروي أن ذلك ذكر لعائشة فقالت علام تنصون ميتكم ولأنا قال إن في إزالة الشعر والظفر نظافة لأن الحي يفعل ذلك به حتى لا يجتمع الوسخ فيه بعد ما يغتسل وذلك لا يوجد في الميت قال وهذا سبيل كل ميت مات بعد الولادة إلا الشهيد فإنه لا يغسل إذا لم يرتث وإن ولد ميتا لم يغسل أما الشهيد فيأتي الكلام في بابه وأما المولود ميتا فلما روى أبو هريرة أن النبي عليه السلام قال إذا استهل المولود غسل وصلي عليه وورث وإن لم يستهل لم يصل عليه ولم يورث وإنما الغسل يفعل للموتى فمن لا يعلم موته بعد حياته لا يثبت في حقه الغسل وروي عن أبي حنيفة أنه قال إذا استهل المولود سمي وغسل وورث وورث منه وإذا لم يستهل لم يسم ولم يغسل ولم يورث وأما إن وجد الأكثر من الإنسان غسل وإن وجد الأقل منه أو النصف سواه لم يغسل لأن الأكثر من الإنسان يتعلق به ما يتعلق بالكامل بدلالة من كان ناقص الأعضاء في الأصل وأما الأقل فلا يثبت له حرمة الجملة بدلالة أنه لا يثبت له القسامة ولأن الغسل للصلوة ومن أصلنا أن ما نقص عن الأكثر لا يصلى عليه ولا يغسل الرجل النساء ولا النساء الرجال لأن الناس في ساير الأعصار يغسل الرجال الرجال والنساء النساء ولأن الرجل لا يحل له الاطلاع على بدن المرأة لأنها عورة بعد الموت كما لا يجوز له ذلك حال الحيوة إلا أن تكون معتدة من الميت عدة وجبت بالموت ولم تحدث في عدتها منها ما يوجب وقوع الفرقة ولا الحرمة بها والأصل في ذلك ما روي عن عائشة أنها قالت لو استقبلنا من أمرنا ما استدبرنا ما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أزواجه وروي أن أبا بكر الصديق وصى أن تغسله امرأته أسماء قال أصحابنا في أم الولد لا تغسل مولاها وقال زفر لها ذلك

لنا ان موته سبب لزوال الملك عنها كعتقه ولذلك انها عده عن ابن صحيح كالزوجه ولان وجوب العده التي تثبت بالموت كبقا النكاح انها من احكامه ٥ وان ارتدت بعد موته او قبلت ابنه او وطيت بشبهه لم تغسله في رواية ابن زياد عن ابي يوسف عن ابي يوسف لانها صارت اجنبيه الحاله لو كان حيا لم تغسله كانقضا العده وروي ابن ابي مالك عنه انها تغسله لان هذه المعاني تؤكد تحريم الموت وذلك لا يمنع الغسل قال فان كان الميت صبيا مثله لا يجامع ولا يشتهي فلا باس بان تغسله النسا وكذلك الصبيه لان من لا تشتهي فليس بعوره ولا يمنع من غسله بعد الموت كحال الحيوه ٥ قال والمحرم وغير المحرم في ذلك سوا يعني انه يطيب ويغسل ويغطى وجهه وراسه بما روي عن النبي عليه السلم انه قال خمروا وجوه موتاكم ولا تشبهوا باليهود ولان الاحرام عباده يدخل فيها بفعله فتنقطع بموته كالصلوه واذا انقطعت صار كالحلال ٥ والخصي والمجبوب كالفحل لان الجب قطع عضو فلا يبيح له النظر كسائر الاعضا ولان الشهوه قائمه وان تعذر الفعل ٥ وان ماتت امراه في سفر ولم يكن هناك غير الرجال يمموها لان الغسل قد تعذر اذ النظر اليها لا يجوز الا ترى ان غسل الميت يفعل لحق الله تعالى وترك النظر الى العوره يجب لحق الله تعالى واذا اجتمع المامور به والمنهي عنه لحق الله كان اعتبار النهي اولى واذا سقط الامر بالغسل صار كانهم لم يجدوا ما فينتقل الفرض الى التيمم فان كان فيه الرجال ذو رحم يممها بيده لانه لا يجوز له ان يمس بدنها ووجهها حال الحيوه ٥ وان كان اجنبيا لف على يده خرقه ويممها لانه لا يجوز له مسها من غير حايل ٥ قال وكذلك الرجل اذا مات بين النسا وليس فيهن رجل ولا فيهن زوجه يممنه على ما وصفت لك ٥ واذا كان مع النسا رجل من اهل الذمه علمنه الغسل فغسله وان كان مع الرجال امراه ذميه فكذلك لان الذمي يجوز له النظر الى بدن المسلم ويجوز له ان يغسله في حال الحيوه الا انه لا يعرف سنن الغسل فوجب ان يعلم ٥ قال ابو حنيفه يغسل الصبي والصبيه لا يغسل الرجل الا انهما اذا كانا لا يعقلان الصلوه لم يوضيا عند غسلهما اما الغسل فانه يفعل للصلوه على الميت والصبيان عليهم واما الوضو فلا يثبت في حقهم في حال الحيوه اذا كان لا يعقل الصلوه فلا يثبت بعد موتهم ٥ قال وان كان جماعه موتى والاكثر مسلمون غسلوا وكفنوا وصلي عليهم ونوى بالدعا المسلمون وان كان الاكثر كفارا لم يصل عليهم ولم يغسلوا لان الغلبه اذا كانت للمسلمين وجب اجرا احكام الاسلام عليهم الا ان يتعين انه كافر لمن وجدناه ميتا في دار الاسلام فان قيل المقصود بالدعا الصلوه ويمكن ان يخص المسلم بالدعا دون الكافر وان كانت الغلبه للكفار قلنا اظهار الصلوه عليهم في الجماعه موالاه لهم ولا يجوز لنا ان نظهر موالاه من كان الغالب فيهم الكفر كما لا يظهر موالاه اهل الحرب وان كان فيهم مسلم ٥ ولا باس ان يغسل المسلم الكافر ذي رحم منه من الكفره ويكفنه ويدفنه ولا يصلي عليه لما روي ان ابا طالب لما مات جا علي الى النبي صلى الله عليه فقال ان عمك الضال قد مات فقال اذهب فواره ولا تحدثن شيا حتى تاتيني قال فواريته ثم اتيته فدعا لي بدعوات ما كنت احب ان يكون لي بهن حمر النعم وروي ان الحرث بن ابي ربيعه ماتت امه وكانت نصرانيه فتبع جنازتها ومعه جماعه من اصحاب رسول الله صلى الله عليه ولانه يجوز له ان يغسله في حال الحيوه فكذلك بعد موته وكذلك يكسوه في حياته فيكفنه بعد موته ٥ واما الصلوه فهي موالاه واستغفار ودعا فلا يستحقه كافر في حال حيوته كذلك بعد موته ٥ قال وليس على من غسل ميتا غسل ولا وضو وذلك لان الميت اما ان يكون طاهرا او نجسا ومس الاشيا النجسه لا يوجب الوضو ولا الغسل والذي روي ان النبي عليه السلم قال من غسل ميتا فليغتسل ومن حمل جنازته فليتوضا يعني حتى يصلي عليها ٥ واذا غسل الميت غسله واحده او غمسه في ما جار اجزاه لان الغسل لا يجب فيه التكرار كغسل الجنابه ٥ وان كان غريقا فاخرج او ميتا جرى عليه وادي او بثق او اصابه مطر حتى وصل الى جميعه فان ابا يوسف قال لا يجزي من الغسل لان الغسل الميت عباده علينا فمتى لم يوجد فيها فعل ادمي قد تعبدنا به لم يسقط عنا الفرض ٥ قال ولو غسله اهله او غيرهم لا ينوون غسل الميت اجزاهم لان الغسل في حال الحيوه لا يعتبر فيه النيه فكذلك بعد الموت ٥ وان كان الغاسل جنبا او حايضا اجزى الغسل لانهم لو غسلوه في حال الحيوه هكذا جاز كذلك بعد موته ولان بدن الجنب والحايض طاهر فصار كغيرهما وقد روى عن ابي يوسف انه قال اكره للحايض ذلك لانها لو فعلت الغسل لنفسها لم يجز فكذا لغيرها ٥

باب تكفين الميت

قال الشيخ رحمه الله من وجب غسله وجب تكفينه من جميع ماله قبل الدين والوصايا والميراث لان الغسل والتكفين من احكام الموت وليس في واحد منهما موالاه وليس احدهما في الاعتبار الا كالاخر وانما وجب تقديمه من المال لان الميت محتاج اليه لمنفعته التي يختص بها كما ينفقه على نفسه حال حيوته ومن لم يكن له مال فتكفينه على من يجب عليه نفقته الا المراه عند محمد فانه قال كفنها لا يجب على زوجها وانما اعتبر الكفن بالنفقه لان من يلزمه نفقته في حال حياته فانه يلزمه كسوته ايضا والكسوه للميت كفنه فاما المراه فقد انقطع ما بين الزوج وبينها بالموت فصار كالاجنبي قال ومن لم يكن له من ينفق عليه فكفنه في بيت المال لان نفقته وكسوته تجب في بيت المال في حياته كذلك بعد موته ٥ واكثر ما يكفن فيه الرجل عندنا ثلثه اثواب ازار ورداء وقميص فان ادرج في ثلثه اثواب فحسن والذي يكفن به المراه خمسه اثواب لفافه وازار ودرع وخمار وخرقه ٥ فاما الرجل فلما روي ان النبي عليه السلم كفن في ثلثه اثواب بيض سحوليه ولان غايه ما يتجمل به في حيوته ثلثه اثواب ازار وقميص ورداء فكذلك بعد موته والدليل على انه لا يكره القميص خلافا لما قال الشافعي ما روي عن ابن المغفل ان النبي عليه السلم كفن في قميصه ولانه يستتر به عورته في حال حيوته كذلك بعد موته ٥ واما المراه فلما روي في حديث ام عطيه ان النبي عليه السلم ناولهن في كفن ابنته ثوبا ثوبا حتى ناولهن خمسه اثواب اخرهن خرقه يربط بها الثديان ٥ والغلام الذي قد راهق بمنزله الرجل وكذلك الجاريه اذا بلغت هذا الحد لانها تشتهي كما تشتهي المراه وكذلك الغلام يشتهي

كما يستتر الرجل فيدفن كل واحد منهما عوره ٥ قال ادني ما يكفن فيه الرجل ثوبان لانه ادنى ما يستتر به حال حيوته ازار ورداء فكذلك بعد الموت والمراه في ثلثه اثواب لانه ادنى ما تستتر به في حال حيوتها كذلك بعد موتها قال معلي عن ابي يوسف ان كفنت في ثوبين وترك الدرع والخمار اجزي لان المقصود سترها وهذا المعنى يقع في الثوبين ٥ وان كان صبي لم يراهق كفن في خرقتين ازار ورداء وان كفن في ازار واحد اجزى لان بدنه ليس بعوره بدلالة انه لا يشتهي فنقصت حرمته في الستر قال وان كان سقطا لف في خرقه لانه لا حرمه له كامله فلم يحمل سائر التكفين ٥ ويكفن المحرم كما يكفن الحلال يعني انه يغطي وجهه وراسه لما بينا ان الاحرام قد انقطع بموته كالحلال ٥ ولا يكفن الشهيد ولا يغسل وينزع عنه السلاح والفرو والجلود فان احبوا ان يزيدوا في ثيابه شيا فعلوا وانما يريد بقوله ان الشهيد لا يكفن معنى انه لا يبتدى بكفنه في غير ثيابه وانما يلف فيها لما روي عن النبي عليه السلم انه قال زملوهم بثيابهم وكلومهم فانهم يبعثون يوم القيامه تشخب دما اللون لون الدم والريح ريح المسك ٥ قال وينزع عنه السلاح والفرو والجلود لان هذه الاشيا لا يجوز ان يبتدا بها التكفين كذلك لا يجوز ان يترك عليه وان احبوا ان يزيدوا في ثيابه شيا فعلوا لان الشهيد قد يكون عليه ما لا يكون في سنه التكفين فجاز ان يبلغ السنه ٥ وقد قال في الاصل لا باس ان ينقصوا لان الشهيد قد يكون عليه من الثياب ما فيه تركه بالورثه للزيادة وحقه فجاز ان ينقصوا منه ٥ قال ومن لم يكفن ولف في خرقه لان حرمته لم تكمل فصار كالاعضا ٥ قال وان نبش الميت وهو طري وقد اخذ كفنه كفن ثانيه من جميع المال لان الكفن الاول انما قدم لحاجه الميت اليه فكذلك الثاني لان الحاجه باقيه ٥ قال فان كان قسم الميراث فهو على الوارث دون الغرما واصحاب الوصايا لانا كفناه من جمله المال لان التركه على حكم الميت فاذا قسمت زال حكمه عنها وانتقلت الى الغرما واصحاب الوصايا وهم اجانب ولا يلزمهم كفنه ٥ واما الوارث فقد انتقلت تركته اليه فصارت ما لا له فكان الميت لا مال له فيكون كفنه على وارثه ٥ ومن لم يكن له مال ولا من تفرض عليه نفقته فنفقته في بيت المال لو كان حيا كذلك بعد موته ٥ وان نبش وقد تفسخ واخذ كفنه كفاه ثوب واحد يجعل السنه في مال الميت لان الميت اذا تفسخ خرج من حكم الادمي بدلاله انه لا يصلي عليه فانتقصت حرمته فكذلك نقص كفنه ٥ قال وينبغي ان يقدم في اجمار اكفان الميت وترا لان الكفن بعد الموت كالزينه في حال الحيوه فيجب ان يجمر وقد روي ان النبي عليه السلم قال اذا اجمرتم الميت فاجمروه وترا ٥ قال فاذا فرغ من غسله بسطت اللفافه وهي الرداء طولا ثم يبسط الازار فوقها وهو المئزر فان كان له قميص البسه اياه وان لم يكن لم يضره ذلك لان الرداء في حال الحيوه يستعمل طولا والازار عرضا كذلك بعد الموت ٥ ثم يوضع الحنوط في راسه ولحيته وساير جسده ويوضع الكافور على مساجده لان الحنوط طيب للميت والحي يستعمل الطيب في راسه ولحيته فاما المساجد فهي الجبهه واليدان والركبتان يوضع عليها الكافور لفضيلتها وشرفها وان لم يكن لم يضره لان المغتسل في حال الحيوه قد يتطيب وقد لا يتطيب ٥ ولا باس بساير الطيب في الحنوط غير الزعفران والورس فانه لا يقرب من الرجل وذلك لان ما جاز ان يتطيب به في حال حياته جاز ان يطيب به بعد مماته ٥ قال بشر سالت ابا حنيفه هل يحشى فم الميت وسمعه وانفه بالقطن ويوضع على وجهه قال ان فعلت فحسن وان تركت فحسن قال وسالته هل يحشى دبر الميت فقال لا باس وذلك لان هذه المنافذ يحشى بالقطن حتى لا يخرج منها ما يلوث الكفن فان كان الغالب خشيه ذلك فعل وان لم يخش جاز تركه ٥ ثم يعطف الازار عليه من شقه الايسر على راسه وساير جسده ثم يعطف من قبل شقه الايمن كذلك ثم يعطف عليه الرداء وهي اللفافه وذلك لان الافضل ان يكون الظاهر من كفنه الجانب الايسر فكذلك بعد الموت فان خفت ان ينتشر عنه الاكفان فليعقد فان انتشار الكفن يودي الى كشف العوره فوجب ان يحتاط من ذلك ٥ ويبسط اللفافه ايضا للمراه والازار اذا القي فوق الخمار لان الكفن بعد الموت معتبر باللبس في حال الحيوه ٥ وتربط الخرقه فوق الاكفان عند الصدر فوق الثديين والبطن حتى لا ينتشر عنها الكفن لان المقصود من الخرقه ان يربط الثدي حتى لا ينتشر الكفن فوجب ان يكون الرباط فوقهما وقوله فوق الكفن يريد به الكفن الذي تحت اللفافه ٥ قال ابو الحسن رحمه الله وفي موضع الخرقه اختلاف عن اصحابنا يعني انه قد روي انها تربط تحت الثديين وهذا لا معنى له الا ان يريد انها تربط تحت الثدي وفوقه ٥ ويسدل شعر المراه من الجانبين جميعا فوق الدرع وتحت الازار واللفافه والخمار لانه اذا القي من ظهرها انتشر الاكفان واذا كان على صدرها كان اجمع له ولان شعر المراه ترسله على ظهرها في حياتها للزينه وبعد الموت لا تقصد فيه الزينه ٥ قال ويوضع الحنوط والكافور من المراه موضعه من الرجل لان النبي عليه السلم قال لهن عطيه واجعلوا الكافور في مساجدها قال والكفن الخلق والجديد سوا لما روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال كفنوني في ثوبي هذين فان الحي الى الجديد احوج وروي عن النبي عليه السلم انه قال اذا ولي احدكم اخاه فليحسن كفنه ٥ والكتان والبرود والقصب في ذلك سوا لان ما جاز ان يلبسه في حال الحيوه جاز ان يكفن به وقال ابن رستم عن محمد يكفن المراه بالحرير والابريسم والمعصفر ويكره ان يكفن الرجل في ذلك لان الرجل لا يلبس ذلك في حال حيوته فكذلك لا يكفن فيه والمراه يجوز ان تلبس ذلك في حياتها فجاز ان تكفن فيه ٥ قال واحب الاكفان الينا الثياب البيض لما روي عن النبي صلى الله عليه

انه قال البسوا من الثياب البيض فانها خير ثيابكم وكفنوا فيها موتاكم وروي ابن عباس ان النبي عليه السلام قال خلقت الجنة بيضا
وان احب الثياب الى الله البياض فليلبسه احياؤكم وكفنوا فيه موتاكم

باب حمل الجنازه

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله واذا حمل الميت اسرع به دون الخبب لما روي عن النبي صلى الله عليه
انه قال عجلوا بموتاكم فان كان خيرا قدمتموهم اليه وان كان شرا القيتموه عن رقابكم ولان المشي اذا كان الخبب اضر بمن
يتبع الجنازه وان كان دون الخبب اسرعوا بالميت وليس فيه ضرر بمن يتبع الجنازه فيفعل ٥ ويمشي من تبعه خلف
الجنازه فان مشى ناس امامها كانوا اسيا ولا ينبغي ان يتقدم الناس كلهم امام الجنازه وان كانوا كلهم خلفها فلا باس
وذلك لما روي ان عليا رضي الله عنه كان يمشي خلفها فقيل له ان ابا بكر وعمر يمشيان امامها فقال انهما سهلان يسهلان
على الناس وانهما ليعلمان ان فضيلة المشي خلفها على المشي امامها كفضل صلوة المكتوبه على النافله ٥ وروي ان
ابا سعيد الخدري سئل عن ذلك فقال المشي خلفها افضل فقيل اتقوله عن نفسك او عن رسول الله صلى الله عليه فقال عن رسول الله
وروي عن النبي عليه السلام انه قال الجنازه متبوعه وليست بتابعه ليس معها من تقدمها ولانه اذا تاخر عن الميت شاهد
الجنازه وتذكر الموت فهو اوعظ له ٥ قال وتحمل الجنازه من جوانبها الاربع فيبتدئ الذي يريد حملها بالمقدم الايمن
من الميت فيحطه على عاتقه الايمن ثم المؤخر الايمن على عاتقه ثم المقدم الايسر على عاتقه الايسر ثم المؤخر الايسر
على عاتقه الايسر وقال الشافعي يقوم من يحمل الجنازه بين العمودين وقد روي عن ابن مسعود في حمل الجنازه من جوانبها
الاربع وهو فعل الناس في سائر اعصارهم والذي روي ان النبي عليه السلام حمل جنازه سعد بن معاذ فوقف بين العمودين
يحتمل ان يكون لضيق الطريق او لغيره من الاعذار وانما بدا بالجانب الايمن لان المسنون ان يبتدي بالميامن وانما
بدا بالمقدم الايسر ليكون فراغه خلف الجنازه ولو بدا بالمؤخر الايسر صار فراغه امام الجنازه والمشي خلف الجنازه
افضل ٥ قال ويكره ان يتقدم الراكب امام الجنازه وروي عن ابرهيم ذلك لانه اذا تقدم عليها كذلك تاذى
به حاملوها ومن معها بغباره واذا تاخر عنها لم يتاذ به احد فهو اولى ٥ واذا وضعت الجنازه على الارض فلا
باس ان يقعد من تبعها ويكره ان يقعد قبل ذلك لان الميت كالمتبوع ويكره للتبع ان يقعد قبل جلوس المتبوع ٥
قال ويكره للانسان ان يقوم بين عمودي السرير من مقدمه او موخره لما بينا ان السنه في حمل الجنازه التربيع ٥٥
قال وكره ابو حنيفه ان يضع مقدم السرير وموخره على اصل العنق لان حمل الميت يجب ان يخالف بين حمله
وحمل غيره ٥ ولا باس بالركوب في الجنازه وان مشيت فهو لك افضل لانه سير الى الصلوه فيجوز راكبا وماشيا
والمشي افضل كالجمعه ٥ وقال ابو حنيفه ويكره النوح في الجنازه وفي منزل الميت ويكره الصياح فاما البكا
فلا باس به في منزل الميت لما روي ان النبي صلى الله عليه بكى على ابنه ابرهيم وقال العين تدمع والقلب يخشع
ولا نقول ما يسخط الرب وانا عليك يا ابرهيم لمحزونون ولانه عليه السلام نهى عن صوتين احمقين فاجرين صوت
النائحه والمغنيه ٥ وان كان مع الجنازه نائحه او مغنيه فينبغي ان تزجر عن ذلك فان لم تنزجر فلا باس ان يمشي
معها لانها فاعله للمعصيه فيجب ان تزجر عنها ٥ فان لم تمتنع فلا يترك اتباع الجنازه وهي سنه لذلك ٥
قال ابو حنيفه رحمه الله لا ينبغي للنسا ان يخرجن في الجنازه لما روي ان النبي عليه السلام راى النسا في الجنازه فقال اتحملن فيمن
يحمل قلن لا قال ايدلين فيمن يدلي قلن لا قال اتصلين فيمن يصلي قلن لا قال فانصرفن مازورات غير ماجورات ٥ قال ابو حنيفه رحمه الله لا ينبغي
ان يقوم للجنازه من مرت به الا ان يريد ان يشهدها لان اجتياز الميت عليه كاجتياز الحي فكما لا يقوم للاحيا كذلك
للموتى ٥ ولا ينبغي ان تتبع الجنازه بنار لما روي ان النبي عليه السلام شهد جنازه فراى امراه معها مجمر فصاح بها حتى
غابت في اطام المدينه وعن ابرهيم قال اكره ان يكون اخر زاده من الدنيا النار ولان هذا من افعال اهل الكتاب
ويكره ان يحمل الصبي على الدابه اذا مات لان حمله على الدابه يشبه حمل المتاع والواجب اكرامه بحمله فوق اعناق
الرجال فوجب ان يفرق بينهما ٥ وقال الحسن عن ابي حنيفه والصبي الرضيع والفطيم او من فوق
ذلك قليلا لا باس ان يحملوه في طبق يسقط يتداولونه ٥ ولا باس ان يحمله انسان وهو على دابه حمار او
غيره فالحمل وجهه ان يريد به ان يكون حامله راكبا والثاني ان يحمل الميت راكبا كالمتاع ٥ قال وينبغي لمن
حضره ان يطيل الصمت ويكره رفع الصوت بالذكر وغيره في الجنائز ٥ ومن اراد ان يذكر الله تعالى ذكره في نفسه
لما روي الحسن عن قيس بن عباده قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه يكرهون رفع الصوت تشبها باهل الكتاب
وقال عليه السلام من تشبه بقوم فهو منهم

باب الصلوه على الجنازه

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله الصلوه على الميت واجبة في الجمله ويسبع الاجماع على تركها ومتى فعلها قوم من الناس سقطت
عن الباقين والاصل في وجوب الصلوه على الميت ان الملايكه صلت على ادم وقالت لولده هذه سنة موتاكم وقال
عليه السلام صلوا على كل بر وفاجر وانما كانت فرضا على الكفايه لانها من احكام الموت فاذا قام بها طائفه سقطت فرضها عن
الباقين كالتكفين والدفن ٥ قال ويصلى على كل مسلم مات بعد ولادته صغيرا كان او كبيرا ذكرا كان او انثى حرا كان او عبدا
الا البغاه وقطاع الطريق وذلك لان النبي عليه السلام صلى على الموتى مع اختلاف احوالهم وقال على كل بر وفاجر ولان الصلوه
من احكام الموت وكل مسلم يصلى عليه الا من خصه الدليل واما البغاه فلا يصلى عليهم عندنا وقال الشافعي يصلى عليهم والدليل
على قولنا ما روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه لم يصل على قتلى النهروان وغيرهم ممن خالف ولم ينقل ذلك عليه
احد من الصحابه ولانهم باينوا الجماعه بالحرب والدار فصاروا كاهل الحرب ٥ واما قطاع الطريق فقد باينوا جماعة المسلمين

وخرجوا عن طاعة امامهم وقطعوا سبيلهم فصاروا في المبالغه في العداوه كالبغاه ٥ قال وكذلك من قتل غيلة
بالخنق رواه ابو يوسف عن ابي حنيفه قال ابو يوسف وكذلك كل قاتل غيلة يقتل على متاع ياخذه وذلك لانه ممن
يسعون في الارض بالفساد فحكمهم حكم قطاع الطريق لان قتلهم على وجه الحد فيجرون مجرى قطاع الطريق في منع
الصلوه عليهم ٥ قال ابو يوسف وكذلك المكابرون في المصر بالسلاح لانا علمنا ان حكم قطاع الطريق يجري على من
كابر في المصر ٥ ولا يصلى على من يولد ميتا لان النبي عليه السلام قال اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه
ولان هذه صلوه تتعلق بالموت ولا يعلم حيوته فلم نعلم تعلق موته ٥ وقد قال في المولود اذا مات حين يخرج ولادته انه
ان مات بعدما خرج اكثره صلوا عليه لان حكم الاكثر حكم الجميع فكانه مات بعد الولاده وان مات قبل ان يخرج اكثره
لم يصل عليه وكانه مات في البطن ٥ قال ولا يصلى على بعض الانسان اذا وجد الا ان يوجد الاكثر وذلك لان الصلوه
على الميت لا تجوز اكثر من مره فلو صلينا على البعض لصلينا ايضا على الباقي اذا وجدناه اذ ليس الابعاض بالصلوه
اولى فيودي الى تكرار الصلوه عليه ٥ واما اذا وجد الاكثر فانه يصلى عليه لانه لا يودي الى تكرار الصلوه والذي روي
ان يدا القاها طائر من وقعة الجمل فعرفت بالخاتم فصلوا عليها فقد اختلفت الروايه فيه روي انها القيت
بمكه وروي باليمامه ففعلهم ليس بحجه لانهم بقيه اهل الرده واصحاب مسيلمه وان كان بمكه فلا يدرى من
فعل ذلك بعد خروج الجيش منها حتى يكون حجه ٥ ومن خرج ميتا لم يرث ولم يورث ولم يغسل ولم يسم فان خرج
حيا ثم مات فعلوا به ذلك كله وكذلك اذا استهل والاستهلال ان يكون منه ما يدل على حيوته من بكا او
تحريك يد او رجل او ان يطرف بعينه ٥ اما من ولد ميتا فلانه لم يعلم حيوته فلم يثبت له حكم الغسل الذي يتعلق
بالموت ٥ وقد قال ابو حنيفه انه لا يسمى لان التسميه من علامات الحيوه ولم يوجد ولا يرث ولا يورث لانا اذا لم
نعلم حيوته لم يصح انتقال الملك فاما الغسل فقد ذكر ابو الحسن انه لا يغسل وذكر الطحاوي ان الجنين الميت
يغسل ولم يحك خلافا وقال محمد في السقط الذي قد استبان خلقه يغسل ويكفن ويحنط ولا يصلى عليه وروي
معلى عن يعقوب عن ابي حنيفه في المولود يولد ميتا انه لا يغسل وجه الروايه التي اسقط فيها الغسل هو
ان الغسل يفعل للصلوه فاذا سقطت الصلوه عنه سقط عنه غسله واما الروايه الاخرى فلانه يثبت له حرمه
الادميين الا ترى ان الاستيلاد به يثبت لامه وبه تنقضي العده والغسل يفعل بالادمي وان لم يصل عليه
كالبغاه ولان الاعضا اذا وجدت غسلت وان لم يثبت لها حرمة النفس فالسقط اولى ٥ واما اذا انفصل حيا
ثم مات فالصلوه عليه واجبه لقوله عليه السلام اذا استهل المولود صلي عليه واذا وجبت الصلوه فالغسل يحتاج اليه لها
فاما الاستهلال فهو ان يظهر منه ما يدل على حيوته من صوت او حركه لانه اذا علم ذلك كان حيا ثم ميتا والصلوه تتعلق
بالموت والذي روي ان النبي عليه السلام قال اذا استهل المولود صارخا صلي عليه فان الغالب ان الاستهلال يقع بالصوت
فذكر ذلك لانه دلاله على الحيوه وهذا المعنى موجود في الاضطراب والحركه ٥ قال ولا يصلى على الميت الا مره واحده
لانه لو جاز الصلوه على الميت بعد اداء الفرض لصلي على النبي عليه السلام بعد دفنه ولكان المسلمون الصلوه على ابي بكر وعمر
فلما لم يفعلوا ذلك دل على ان الصلوه لا تفعل على الميت اكثر من مره اذا سقط بها الفرض ولان الصلوه الاولى تسقط
الفرض فلو جوزنا الثانيه كانت نافله والتنفل بالصلوه على الميت لا يجوز والدليل عليه ان من صلى عليها مره لا يثني
ويلزم اذا سبق غير الولي فصلى ان للولي ان يصلي لان صلوه غير الولي لا يسقط بها الفرض لانه يستحق التقدم
فوقع ما فعله مراعى فجاز للولي ان يصلي الصلوه التي يسقط بها الفرض ولهذا صلى النبي عليه السلام على من مسكينه
لانه كان وليا للمسلمين واولى بهم من انفسهم فلم يعتد بصلوه غيره عليها فان قيل لو اقتصر على الصلوه
التي صليها غير الولي جاز فدل ذلك ان الفرض قد سقط بها قلنا ذلك المفعول مراعى فان اعاد الولي سقط
حكم الاول وصار الفرض الثاني وان ترك الولي الصلوه زالت المراعاه وسقط الفرض بالاولى ٥ قال ولا يصلى
على صبي وهو على دابه ويصلي ايدي الرجال حتى يوضع لان الميت يجعل كالامام للقوم لم يجز ان يكون مجموعا
وهم على الارض ولو كان كالماموم فكذلك ٥ ولا ينبغي ان يرجع من تبع الجنازه حتى يصلى عليها وذلك لان اتباع
الجنازه انما يفعل للصلوه فلا يجوز الرجوع قبل ذلك وقد روى ابو هريره ان النبي عليه السلام قال من شيع جنازه حتى
يصلى عليها فله قيراط ومن مكث حتى تقضى فله قيراطان كل قيراط مثل احد ٥ ويصلى على كل بر وفاجر من
اهل القبله لم يبلغ بمعصيته الى مباينه جميع المسلمين فصار كالزاني والسارق وقد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالصلوه على ماعز وقال علي رضي الله عنه لا تعلى ... احد من اهل القبله حين رجمها اصنعوا بها كما تصنعون بموتاكم ٥

باب التكبير على الجنازه وما يقال فيها قال الشيخ رحمه الله

والتكبير على الجنازه ان يكبر الامام اربع تكبيرات ويتبعه الماموم وقد اختلف في عدد التكبير فروي عن ابن عباس وانس وجابر
بن زيد ثلث تكبيرات وعن جمهور الصحابه عمر وزيد بن ثابت وابن ابي اوفى وابن عمر والحسن بن علي والبرا بن عازب وابي هريره
وعقبه بن عامر وابن الحنفيه اربع تكبيرات وعن ابن مسعود وزيد بن ارقم خمس تكبيرات وعن علي رضي الله عنه انه صلى على سهل
بن حنيف فكبر عليه ستا وكبر على ابي قتاده سبعا ٥ والاصل في ذلك قوله عليه السلام في صلوه العيد اربع كتكبير
الجنائز لا تسهوا وروي انه عليه السلام صلى على النجاشي فكبر اربعا وهي اخر صلوه صلاها وروي ان عمر قال انكم معاشر اصحاب محمد

امة يقتدي بكم ... بعدكم فاذا اختلفتم في شيء كان من بعدكم اشد اختلافاً فاجمعوا على شيء يرجعون اليه في صلوة الجنازة فاجمعوا على الرجوع
الى آخر جنازة صلاها رسول الله فكانت اربع تكبيرات وعن ابن مسعود انه قال كل ذلك قد كان ولكني رايت الناس قد اجمعوا على اربع تكبيرات
ولان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة واكثر اعداد الصلوة اربع تكبيرات ٥ قال ويكبر ويحمد الله عز وجل بما هو اهله وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه يكبر الاولى ويقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره لان هذا موضع الاستفتاح الصلوة قال ثم يكبر الثانية
فيصلي على النبي عليه السلام لان ذكر الله تعالى يليه ذكر النبي عليه السلام بدلالة ما روي في تفسير قوله تعالى ورفعنا لك ذكرك قال لا اذكر
الا وتذكر معي قال ثم يكبر الثالثة ويدعو للميت ولاموات المسلمين لان المقصود من هذه الصلوة الدعا للميت والاستغفار
له وانما تقدم ذكر الله تعالى وذكر نبيه امام الدعا فاذا فرغ منهما فعل المقصود ٥ قال ثم يكبر الرابعة ولا يدعو بعدها
لان التكبيرة الرابعة لا ذكر بعدها فصار ما بعدها كمن فرغ من التشهد فلا معنى لتوقفه عن السلام ٥ قال ثم يسلم
التسليمتين عن يمينه ويساره لان هذه الصلوة لما دخل فيها بالتحريمة خرج منها بالسلام كالفرض ولان السلام تحية للحاضرين
فيجب ان يفعله عن يمينه ويساره ٥ قال ولا يجهر بشيء مما يقوله في صلوته لان السنة في الادعية في الصلوة الاخفا كسائر
الصلوات والذي روي ان النبي عليه السلام جهر بالذكر فيها فانما فعل ذلك تعليماً ٥ ويرفع يديه في اول تكبيرة وهي الاولى ولا
يرفعهما فيما بعدها اما التكبيرة الاولى فلحديث ابن عباس ان النبي عليه السلام قال لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن عند افتتاح الصلوة
وفي العيدين ولم يذكر الجنازة ٥ فاما بعد الاولى فلان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والركعة الثانية لا ترفع فيها اليد ٥
قال وليس فيما ذكرت من الثنا على الله تعالى ولا في الصلوة على رسوله عليه السلام ولا في الدعا للميت شيء موقت ويقول من ذلك ما خف وتيسر
عليه وذلك لما روي ان عائشة سئلت عما كان يقوله رسول الله في صلوة الجنازة فقالت كان يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا
وشاهدنا وغائبنا وصغيرنا وكبيرنا وذكرنا وانثانا اللهم من احييته منا فاحيه على الاسلام ومن توفيته منا فتوفه على
الايمان وروي انه كان يقول اللهم اغفر لاحيائنا وامواتنا واصلح ذات بيننا والف بين قلوبنا واجعل قلوبنا على قلوب اخيارنا
اللهم ان كان زاكياً فزكه وان كان خاطئاً فاغفر له وارحمه واجعله في خير مما كان فيه واجعله خير يوم جا البعث ٥
وروي عن ابي هريرة انه قال يقول اللهم عبدك او ابن عبدك كان لا يشرك بك شيئاً وانت اعلم به ان كان محسناً
فزده احساناً وان كان مسيئاً فتجاوز عنه اللهم لا تحرمنا اجره ولا تفتنا بعده ٥ وعن سعيد بن المسيب انه
قال اللهم عبدك وابن عبدك وابن امتك نزل بك افقر شيء هو الى رحمتك وانت اغنى شيء عن عذابه اللهم
ان كان يشهد ان لا اله الا انت فاغفر له فلما اختلفت الرواية في المنقول عن النبي عليه السلام وعن السلف علمنا انه
ليس في ذلك ذكر معين ٥ وقد قال ابو حنيفة ان دعوت ببعض ما جاءت به السنة والاخبار فحسن
وان دعوت بما حضر فحسن قال ولا قراءة في صلوة الجنازة وقال الشافعي لا يجوز الا بالفاتحة لنا ما روي عن
ابن مسعود انه قال ما وقت رسول الله صلى الله عليه في صلوة الجنازة قولاً ولا قراءة كبر ما كبر الامام واختر
من اطيب الكلام ما شئت ولان الفاتحة لو وجبت هاهنا لتكرر وجوبها كسائر الصلوات ٥ وقال ابو حنيفة اذا صلى على
صبي قال اللهم اجعله فرطاً واجعله ذخراً واجراً ولان الصبي لا يحتاج الى الدعا والاستغفار وانما ينفع الدعا لابويه ولمن حضر
قال عمرو قلت لمحمد يطيل التكبيرة الاولى على الثانية والرابعة على الاولى قال كل ذلك سوا ليس منه شيء موقت لان التكبيرات يفصل
بينها بالذكر فياتي من القيام بقدر ما يفرغ من الذكر ولا ينتقضه

باب اين يقوم الامام من الميت وكيف توضع الجنائز

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله يقوم الامام اذا
صلى على ميت بحذاء الصدر من الرجل والمراة لا اختلاف بين اصحابنا الا الحسن بن زياد فانه روى عن ابي حنيفة انه قال بحذاء صدره فان
كانت امراة فبحذاء وسطها الا انه يكون الى راسها اقرب وقد ذكر في الاصل انه يقوم بحذاء الصدر وفي المجرد ما حكاه عن
الحسن وعن ابي يوسف قال يقوم من المراة بحذاء وسطها ومن الرجل مما يلي الراس قال الطحاوي وهذا قول ابي حنيفة فاما الرواية
التي اعتبر الوسط فقد روى سمرة بن جندب ان النبي عليه السلام صلى على امراة ماتت في نفاسها فقام وسطها واذا ثبت هذا السنة المقام
في المراة فكذلك في الرجل لانهما لا يختلفان في الاحكام في الصلوة ولان النظر الى عورة المراة اشد فاذا وقف منها هذا
الموقف فالرجل اولى ولان الميت كالامام للقوم فوجب ان يقف المصلي عليه متوسطاً ٥ واما الرواية التي قال بحذاء
الصدر فلان الصدر هو الوسط اذا سقطت الاطراف لم يعتد بها ولان الصدر موضع الاعتقاد للايمان فهو اشرف
من غيره فالوقوف حياله اولى واما قول ابي يوسف فلما روي عن انس بن مالك انه قدم اليه جنازة امراة فقام بحذاء وسطها
ثم لم يلبث ان جي بجنازة رجل فوقف مما يلي راس السرير فقيل له يا ابا حمزة هكذا كان رسول الله يصلي على الرجل والمراة
قال نعم ٥ واذا اجتمعت جنائز رجال ونسا وصبيان وضع جنائز الرجال مما يلي الامام ثم الصبيان الذكور ثم النسا ثم
الاناث من الصبيان على حسب ما يصفون في الصلوة خلف الامام والاصل في هذا ان الجنائز اذا اجتمعت فالامام
مخير ان شا صلى عليها كلها دفعة واحدة وان شا على كل جنازة صلوة واحدة وذلك لما روي ان النبي عليه السلام صلى يوم
احد على حمزة ثم جعل الشهدا تسعة تسعة فصلى عليهم وروي ان جنازة ام كلثوم بنت علي وابنها زيد وضعتا فصلى عليهما
والامام سعيد بن العاص وفي الناس ابن عباس وابو هريرة وابو سعيد وابو قتادة فدل على جواز الجمع بين الجنازتين وان
افرد كل واحد بالصلوة جاز لان كل ميت تجب الصلوة عليه على الانفراد فاذا اداها كذلك وجب ان يجوز ٥ واما وضع الجنائز
اذا اجتمعت فانه يجعل الرجال مما يلي الامام والصبيان بعدهم والنسا مما يلي القبلة قال الحسن والقسم تجعل النسا مما يلي
الامام وقد روي ان ابن عمر صلى على تسع جنائز رجال ونسا فجعل الرجال مما يلي الامام ولانهم يصفون بعد الموت كما يصفون

في حال الحيوة ومعلوم ان الرجال في حال الحيوة اقرب واما المخالف فقال بان الرجال يجب ان ... الى القبلة
كما يصطفون في حال الحيوة ٥ قال واذا كان حر ومملوك فكيف ما وضعت اجزاك لانهما لا يختلفان في المقام في حال
الحيوة كذلك بعد الموت وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يضع افضلهما مما يلي الامام واشبههم وقال ابو يوسف
احسن ذلك عندي ان يكون اهل الفضل مما يلي الامام لقوله عليه السلام ليليني منكم اولو الاحلام والنهى فكذلك بعد
الموت ٥ قال ابو يوسف قال ابن ابي ليلى اذا اجتمعت الجنائز وضع رجل خلف راس الاول اسفل من راس الاخر وقال
ابو حنيفة لو وضعوها هكذا فحسن وان وضعوا راس كل واحد عند راس صاحبه فحسن وان جعلوها صفاً
واحداً فحسن وذلك لانهم اذا وقفوا في حال الحيوة جاز ان يكونوا صفاً واحداً وجاز ان يكونوا صفوفاً والذي قال
ابن ابي ليلى لان النبي عليه السلام وصاحبيه دفنوا على هذه الصفة فالوضع للصلوة كذلك ٥ قال واذا كبر الامام على جنازة
ثم جي باخرى مضى على صلوته الاولى فاذا فرغ استانف على الثانية لان التحريمة وقعت للاولى فلا يجوز ان
يصلي على الثانية بغير تحريمة ولانه اذا كبر بقيته التكبيرات حصلت الصلوة على الثاني ثلث تكبيرات وهذا لا يجوز
وان كبر عليها تكبيرة زايدة ادى بتحريمة صلوة الجنازة خمس تكبيرات وهذا لا يجوز ٥ فان كان لما وضع كبر التكبيرة
الثانية ينويها فهي للاولى ايضاً ولا تكون للثانية وذلك لانه لم ينو الخروج من الاولى فنيته للثانية لا تصح كمن
صلى الظهر ثم نوى في خلالها الظهر والعصر ٥ قال وان كبر التكبيرة الثالثة وحدها وهي الثانية وقد خرج من
الصلوة على الاولى لانه لما كبر في خلالها ينوي صلوة اخرى خرج منها كمن كبر في خلال الظهر ينوي صلوة
اخرى وهي العصر ٥ قال واذا جا الرجل وقد كبر الامام التكبيرة الاولى ولم يكن حاضراً مع القوم فانه ينتظر في
قول ابي حنيفة ومحمد حتى يكبر الثانية فيكبر معه فاذا فرغ الامام من التكبير كبر التي فاتته قبل ان ترفع
الجنازة وكذلك ان جا وقد كبر الامام اثنتين او ثلاثاً وقال ابو يوسف يكبر حين يجي ولا ينتظر الامام فان كان الامام
انما كبر واحدة لم يقض الجائي شيئاً وان كبر اثنتين قضى واحدة لانه يقضي تكبيرة الافتتاح ووجه ... ذلك وجه
قولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة ثم الامام اذا سبق المؤتم بركعة لم يجز قضاؤها قبل الدخول مع الامام ولانه
يقدر ان يدخل بتكبير الامام فلم يجز ان يتقدم على تكبيره امله التكبيرة الاولى ووجه قول ابي يوسف
ان المسبوق ياتي بتكبيرة يستانف بها الامام ثم يتبع الامام فيما يفعله اصله سائر الصلوات قال فان كان الرجل واقفاً
مع القوم في الصف او حيث يجزيه الدخول مع الامام وكبر الامام الاولى ولم يكبر معه فانه يكبر ويدخل ما لم يكبر
الامام الثانية فان كبر الامام الثانية قبل ان يكبر هذا الواقف كبر معه الثانية وقضى الاولى في قول ابي حنيفة
ومحمد وذلك لان الامام اذا كبر وهو واقف فهو كالمدرك للتكبيرة بدلالة ان تكبيرة الافتتاح في سائر الصلوات
يفعلها المؤتم بعد الامام ويكون ذلك ادا لا قضا فكذلك تكبيرة الجنازة فاذا كبر الامام الثانية فقد انقضى فعل
الاولى فصارت فائتة فلا يجوز ان يقضيها وانما تشترط في القضا ما لم ترفع الجنازة لان الصلوة على الجنازة لا تجوز
الا مع حضورها كما بينا لا الابتدا مع غيبتها ٥ فان كبر الامام اربعاً والرجل حاضر فانه يكبر ما لم يسلم الامام ويحتج
الرابعة ويقضي الثلاث قبل ان يسلم وذلك لان الرجل اذا كان حاضراً فهو كالمدرك للتكبير ... الامام ٥ واما اذا سلم الامام
فلا يكبر لانه خرج من الصلوة فلا يجوز الدخول في صلوته ٥ قال الحسن عن ابي حنيفة ان جا وقد كبر الامام
اربعاً ولم يسلم فلا يدخل معه وقد فاتته وهذا صحيح على اصل ابي حنيفة ان المؤتم يدخل بتكبير الامام ولا
ياتي بتكبيرة لم يدركها فاذا فرغ الامام من التكبيرات قبل حضور هذا الرجل لم يجز له التكبير وقد روي عن ابي
يوسف انه يكبر وهذا صحيح على اصله ان المسبوق يبتدي بتكبيرة فاذا كبر مع الامام فقد ادرك الامام في الصلوة
شاركه فيها فيقضي ما فاته

باب ما يفسد الصلوة على الجنازة

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله كره اصحابنا الصلوة على الجنازة عند طلوع الشمس وغروبها وعند قيام الظهيرة ... عقبه
... قال نهانا رسول الله صلى الله عليه ان نصلي في ثلث ساعات وان نقبر فيهن موتانا ومعلوم انه لم يرد الدفن فلم يبق الا
ان يكون اراد الصلوة ولان في هذه الاوقات لا يجوز فيها ... نفل وصلوة الجنازة واجبة وقد قال اصحابنا ان صلوا في
هذه الاوقات لم يعيدوا لان صلوة الجنازة تتعين على المصلي بالفعل لانها من فروض الكفاية فصارت كالنافلة وكمن
دخل في صلوة نافلة في هذه الاوقات لم يجب عليه قضاؤها كذلك هنا قالوا ولا بأس بها في هذه الاوقات يعني بعد
صلوة الفجر وبعد العصر على الجنازة لان الواجبات لا تكره في هذين الوقتين اذا لم يقف وجوبها على فعله وصلوة الجنازة تجب
بالحاجة الى فعلها كالفائتة ٥ ومن صلى على جنازة راكباً او قاعداً من غير عذر لم يجزه لانها صلوة ... القيام
فيها من غير عذر ... [illegible]
... صلوة الجنازة ... [illegible]
... [illegible] ... في صلوة جنازة

اعاد الصلوة بعد الوضوء لان القياس نفي وجوب الوضوء من القهقهة وانما ورد الخبر به في صلوة كاملة فما سوى
ذلك فيه على اصل القياس ٥ وان صلوا عليها الى غير القبلة اجزاهم في الخطا ولم يجزهم في العمد ويعني بالخطا مع الاجتهاد
لان صلوة الفرض تجوز على هذا الوجه فكذلك صلوة الجنازة ٥ وان كان في ثوب المصلي اكثر من قدر الدرهم نجاسة
لم تجز الصلوة وكذلك ان افتتح الصلوة على مكان نجس لانها صلوة فمن شرطها طهارة الثوب والمكان كالفرض
قال واذا ذكروا بعد الصلوة على الميت انهم لم يغسلوه غسلوه واعادوا الصلوة عليه لان غسل الميت انما يراد
للصلوة فاذا عدم لم يعتد بالصلوة عليه كما لو عدمت طهارة الامام واذا لم يعتد غسل وصلي عليه ٥ قال وان ذكروا
ذلك بعد ان دفنوه لم ينبشوا عنه ولم يعيدوا الصلوة عليه قال ابن سماعة عن محمد يخرجونه ما لم يهيلوا التراب عليه
فاذا اهالوا التراب لم يخرجوه وصلوا عليه في قبره وذلك لان النبش مثلة والمثلة ممنوع منها لحق الله تعالى والغسل
مامور به لحق الله فاذا اجتمع المامور به لحق الله تعالى والمنهي عنه لحقه كان اجتناب المنهي عنه اولى ٥ واما اذا وضعوه
في قبره ونصبوا اللبن اخرجوه لان ذلك ليس بنبش فلا نه على ايديهم بعد والذي قال انهم لا يعيدون الصلوة
فلانهم لو اعادوها لفقد الطهارة لصلوها بلا طهارة فلا معنى للاعادة والذي حكى ابن سماعة عن محمد انهم يصلون على
القبر فلانهم صلوا على الميت بغير طهارة مع امكان الطهارة فلم يعتد بتلك الصلوة والان قد تعذرت الطهارة
فجاز ان يصلى عليه ٥ قال فان دفنوه بعد الغسل ونسوا الصلوة عليه صلوا على القبر ما لم يمض ثلثة ايام وقال
ابن رستم عن محمد يصلى عليه حتى يعلم انه لم يتمزق فاذا اشك فيه لم يصل عليه وذلك لان الميت في الغالب يتغير في ثلثة
ايام فيخرج عن الصفة التي كان عليها اصلا فلا يصلى عليه كما لا يصلى عليه بعد مضي سنين والذي ذكر محمد ليس بخلاف
لانا نشك بعد الثلث انه على حاله او قد تغير والذي يروى ان النبي عليه السلم صلى على قتلى احد بعد اربع سنين
فيجوز ان يكون دعا ويجوز ان يكون علم انهم لم يتغيروا وانما جازت الصلوة على القبر لصلوته عليه السلم على قبر
المسكينة ٥ واذا صلى الامام على غير طهارة اعاد واعادوا والدليل على اعتبار طهارته قوله عليه السلم لا صلوة الا بطهور
ولانها صلوة واجبة كسائر الصلوات واذا ثبت ان الطهارة شرط فيها لم يعتد بها مع عدم طهارة الامام ٥
وان كان الامام على طهارة والقوم على غير طهارة اجزى الامام ولم يعد القوم الصلوة لان عدم طهارة المؤتم
لا تؤثر في صلوة الامام فاذا صحت صلوة الامام سقط الفرض بها فلم تجز اعادته بعد ذلك ٥ قال ومن حضر
الصلوة على الجنازة فاحدث او كان محدثا تخاف فوت الصلوة ان توضى اجزاه التيمم عندنا لان صلوة الجنازة اذا
فاتت لا تقضى عندنا فلو امرناه بالوضوء مع خوف الفوت لا مرناه بما لا للصلوة ولا بما يقوم مقامها فلا معنى له
واذا اسقطنا الامر بالوضوء وهو مخاطب بالصلوة جاز له التيمم كالمريض وقد روى الحسن عن ابي حنيفة ان الولي
اذا كان على غير طهارة لم يجز له ان يتيمم لانه لا يخشى الفوت ٥ قال والميت اذا لم يجد ماء يمموه وصلوا عليه
لان غسل الميت كغسل الجنب فيقوم التيمم مقام الماء فيه ٥ واذا صلى نساء وحدهن على جنازة قامت التي تؤمهن
وسطهن لما روي ان عائشة كانت اذا صلت بالنساء وقفت وسطهن ولان بدن المراة عورة فاذا تقدمت لم تؤمن
الاطلاع على عورتها ٥

باب من اولى بالصلوة على الميت

قال الشيخ رحمه الله قال ابو حنيفة رحمه الله يصلي على الجنازة امام الحي فان الذي يصلي بالاحيا هو الذي يصلي على الموتى وهو قول
ابرهيم وقال الحسن عن ابي حنيفة يصلي الامام ان حضر او القاضي او الولي فان لم يحضر احد منهم فينبغي ان يقدموا امام الحي
فان لم يكن امام الحي فاقرب الناس اليه وقال محمد ينبغي للولي ان يقدم امام المسجد ولا يجبر على ذلك وهو قول ابي حنيفة
وقال ابن سماعة عن ابي يوسف الصلوة على الميت الى الاوليا دون امام الحي وجملة هذا ان السلطان اولى بالصلوة
اذا حضر لما روي ان النبي عليه السلم قال لا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه وروي ان الحسين
لما مات دفع الحسين في ظهر سعيد بن العاص وقال لولا السنة ما قدمتك ٥ واما امام الحي فتقدمه على طريق الافضل
وليس بواجب كتقدم السلطان هكذا فسره ابن شجاع لانهم رضوا بتقدمه عليهم في حال حيوتهم فكذلك بعد موتهم ولا
يجب ذلك لان السلطان انما قدم لان التقدم عليه فيه افساد امر العامة والمسلمين وهذا المعنى لا يوجد في امام الحي ٥
قال ثم اجمع اصحابنا بعد امام الحي ان الاقرب فالاقرب من ذوي الانساب احق وذلك لان الاقرب اولى به في حال الحيوة
كذلك بعد الموت فان كان نسا واخوة القرابة فاسنهم لان النبي صلى الله عليه امر بتقديم الاسن في الصلوة ٥ وليس لاحدهما
ان يقدم غير شريكه الا باذنه لان الولاية ثابتة لهما وانما قدمنا الاسن للسنة فاذا اراد ان يستخلف فقد رضي باسقاط
حقه فلم يجز اسقاط حق شريكه ٥ قال فان كان احدهما اقرب من الاخر فللاقرب ان يقدم من شا لانه لا ولاية للابعد
مع الاقرب فهو كالاجنبي ٥ قال في امراة ماتت وتركت زوجا وابنا منه فالابن اولى بالصلوة ان يتقدم على ابيه وينبغي
ان يقدم اباه اما الزوج فلا ولاية له عليها لان السبب الذي كان بينهما انقطع بالموت فصار بعد موتها كالاجنبي فبقيت
ولاية الابن وهو ممنوع من التقدم على ابيه فلذلك امرناه بتقديمه ٥ قال ابو يوسف وللابن في حكم الولاية ان
يقدم غير ابيه لانه هو الولي وانما منع من التقدم حتى لا يستخف بابيه وذلك لا يوجد في تقديم غيره فجاز ٥ فان كان
لها ابن من غير الزوج فلا حق للزوج ولا باس ان يتقدم ابنها عليه لانه ليس في تقدم ابنها من غيره تقدما على الاب وهو
الولي فجاز له التقدم ٥ قال وسائر القرابات اولى بالصلوة من الزوج وكذلك مولى العتاقة وابن المولى لان الزوج
ينقطع نسبه بالموت وسبب هؤلاء باق وهي القرابة او الولا فلذلك كان اولى ٥ وان تركت ابا وزوجا وابنا

والزوج ابو الابن فليس للابن ان يتقدم اباه لانه الجد وكذلك يستحب لابن الميت ان يقدم جده لانه بمنزلة الوالد وذلك
لان ابن الميت اذا منع من التقدم على جده فلان يمنع من ان يقدم عليه غيره اولى ٥ قال ومولى العتاقة ومولى الموالاة اذا
لم يكن من ابيه احق من الاجنبي لانه اولى بميراثه فصار كالنسب ٥ قال ابو يوسف اذا كان للاب اقرب الى
الميت كابن اخ لاب وام والاقرب غائب بمكان تفوت الصلوة على الميت بحضوره فالابعد اولى ٥ وان كتب الغائب ان
يصلي عليه غيره كان للابعد من الاب والام اولى ان يمنعه قال ابو يوسف وليس له مع الغيبة القريبة حق وذلك
لان في انتظاره الحاق ضرر بالميت وفي ذلك تفوت الصلوة على الميت والولاية تسقط مع ضرر المولى عليه واذا سقط
ولايته انتقلت الى من دونه وان كان مريضا بالمصر فهو بمنزلة الصحيح يقدم من شا لان ولايته لم تسقط الا ترى
انه يقدر ان يصلي مع المرض فهو كالصحيح فاذا قدم غيره لم يكن للمولى الابعد الاعتراض عليه ٥ قال وان
ترك الاخوين من الاب والام كل واحد منهما رجلا فالذي قدمه الاكبر اولى لانهما رضيا بالسن في حقهما ونساوما
فالاكبر اولى بالتقدم كما هو اولى بفعل الصلوة ٥ قال ولا حق للنساء في ذلك ولا للصغار من الذكور اما الصغار
فلانه لا ولاية لهم على غيرهم فلا معنى لتعلق الولاية بهم واما النساء فليس من اهل هذه الصلوة فلا يعتد بهن فيها ٥

باب الدفن

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله الاصل في وجوب
دفن الميت قوله تعالى الم نجعل الارض كفاتا احياء وامواتا ودفنت الملائكة ادم وقالوا لولده هذه سنته موتاكم يا بني ادم ودفن النبي عليه السلم
والناس كلهم فدل انه هو السنة ٥ قال ابو الحسن رحمه الله واذا انتهى بالميت الى القبر فلا يضر ان يدخل القبر اوتر او شفع وذلك
لان نزول القبر انما يحتاج اليه لاخذ الميت فوجب ان يعتبر من يحتاج اليه لذلك ٥ فاذا وضع في القبر قال واضعه بسم الله
وعلى ملة رسول الله ويوضع على شقه الايمن موجها الى القبلة ويستقبل به القبلة عند ادخاله القبر لما روي عن زيد بن علي
عن ابيه عن جده عن علي رضي الله عنهم انه قال مات رجل من بني عبد المطلب فشهد رسول الله جنازته وقال يا علي استقبل به
استقبالا وقولوا جميعا بسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله وضعوه لجنبه ولا تكبوه لوجهه ولا تلقوه لظهره ٥
قال ويلحد للميت ولا يشق لقوله عليه السلم اللحد لنا والشق لليهود ولان الشق فعل اليهود فيجب مخالفتهم ٥
واذا وضع في القبر فان كانت اللفافة عقدت حلت العقدة لانها تعقد حتى لا ينتشر الكفن عنه وقد امن ذلك في
القبر ويجعل على اللحد القصب واللبن ويكره الاجر ورفوف الخشب لما روي ان النبي عليه السلم جعل في قبره
اللبن ولانه اقرب الى البلى ولان الاجر والخشب للتقوية والزينة في ابنية الدنيا والميت لا يحتاج الى ذلك ٥
قال ويسنم القبر ولا يربع لما روي عن ابرهيم قال اخبرني من شاهد قبر النبي عليه السلم وقبر ابي بكر وعمر وهي مسنمة
عليها فلق من مدر وروي عنه عليه السلم انه نهى عن تربيع القبور وتجصيصها ولان التربيع يشبه بنا الاحيا
والتسنيم بخلافه فهو اولى ٥ قال ولا يجصص القبر ولا يطين وكره ابو حنيفة البنا على القبر وان يعلم عليه
بعلامة وقال ابو يوسف اكره ان يكتب عليه كتابا لحديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجصصوا القبور
ولا تبنوا عليها ولا تقعدوا عليها ولا تكتبوا عليها وروي ابو حفص بن حكيم عن ابيه قال نهى رسول الله ان يكتب
على قبور المسلمين او يطين او يجصص ٥ قال ويكره ان يزاد على تراب القبر الخارج منه لان الزيادة عليه تجري
مجرى البنا فيمنع منه ولا باس برش الما على القبر لان ذلك يفعل لتسوية التراب وروي بن خلف بن ايوب
عن ابي يوسف انه كره الرش لانه يجري مجرى التطيين ٥ ويسجى قبر المراة ولا يسجى قبر الرجل اما المراة فلان
بدنها عورة فلا يؤمن ان ينكشف عنها حال انزالها في القبر ولهذا يغطى بالنعش لهذه العلة كذلك في القبر ٥
واما قبر الرجل فلا يسجى لما روي ان عليا رضي الله عنه حضر جنازة يزيد بن المكفف فسجي قبره بثوب فاخذه والقاه
وقال انه ليس بامراة ولانه لا يغطى على سريره كذلك في قبره وقد اختلفت العبارة في ذلك فذكر في بعض المواضع
ما يدل على انه يكره لان عليا انكره وفي بعض المواضع ما يدل على انه ليس بسنة وهذا يقتضي جوازه لانه يفعل
لستر الميت وذلك لا يمنع منه ٥ واذا اهالوا التراب على المراة كشفوا الثوب لانه يراد لسترها وسترها
بالتراب ابلغ ٥ قال وذو الرحم المحرم اولى بادخال المراة القبر من غيرهم لانه يجوز لهم مسها في حال الحيوة
كذلك بعد الموت ويكره للاجانب مسها في الحيوة كذلك بعد موتها قال ولا ينبغي ان يدفن الرجلان في قبر واحد
وان احتاجوا الى ذلك قدموا في اللحد افضلهما ويكون بينهما حاجز من التراب وان كان رجل وامراة جعل الرجل مما
يلي القبلة والمراة وراه ويجعل بينهما حاجز من تراب اما عند عدم الحاجة فيدفن كل واحد في قبر لان النبي عليه السلم
والمسلمين هكذا فعلوا الى يومنا في غير حال الضرورة واما عند الحاجة فيجوز لما روي امر في
قتلى احد بان يدفن الرجلان والثلثة في القبر وقال قدموا اكثرهم قرانا وانما جعل بينهما حاجزا من صعيد لانه
لما لم يمكن التفريق بينهما في قبر فرق بينهما بالصعيد قال فان وضعوه لغير القبلة او على يساره ثم ذكروا
فان ابا حنيفة قال ان ذكروه وقد شرجوا اللبن ازالوا ذلك وان كانوا قد اهالوا التراب لم ينبش لان السنة
التوجه الى القبلة فاذا امكن ذلك من غير نبش فعلوه واما اذا اهيل التراب فلا يمكن الا بالنبش لانه مثلة ٥ قال
وكره ابو حنيفة ان يوطا على القبر او يجلس عليه او يقضى عليه حاجة من غائط او بول او ينام عليه لما روي عن النبي عليه السلم
نهى عن الجلوس على القبور وعن ابن مسعود انه قال لان اطا على جمرة احب الي من ان اطا على قبر ولان الادمي يجب
تعظيمه حيا وميتا وفي المشي على قبره ترك تعظيمه ٥ ويكره ان يصلى عنده لما روي عن النبي عليه السلم انه نهى عن الصلوة الى قبر

وروي انه قال لا تتخذوا قبري مسجدا كما اتخذت بنو اسرائيل قبور انبيائهم مساجد وقد روي الحسن عن ابي حنيفة قال لا ينبغي
ان يصلي بين القبور فان فعلت اجزاك وكان علي وابن عباس يكرهان ذلك وروي نافع انهم صلوا على عايشة وام سلمة
بين مقابر البقيع والامام ابو هريرة وهناك ابن عمر

باب معرفة الشهيد الذي لا يغسل

قال الشيخ رحمه الله اذا قتل الرجل في المعركة او غيرها وهو مقاتل لحق عدوا من الكفار او
قطاع طريق او بغاة او قتل مدافعا عن ماله ونفسه او اهله او عن رجل من المسلمين او اهل الذمة فهو شهيد لا يغسل باي
شي قتل بسلاح او غيره ٥ والاصل في سقوط غسل الشهيد ما روي ان النبي عليه السلام لم يغسل قتلى احد وقال انهم يبعثون
يوم القيامة وجرحهم تشخب دما وقال عليه السلام الشهيد يبعث يوم القيامة وجرحه يشخب دما فجعل العلة التي اسقطت
الغسل في شهدا احد موجودة في كل شهيد ولا يجوز ان يقال انه لم يغسل لتعذر ذلك لانه لو تعذر الغسل مع وجوبه لوجب
التيمم ٥ وقد قال ابو الحسن وابن المسيب ان الشهدا يغسلون لان كل ميت جنب عند موته وانما ترك الغسل خاص لاهل احد
وما ذكرناه دليل عليهما ٥ فاما من قتله المسلمون ظلما فانه لا يغسل لما روي ان زيد بن صوحان اوصى ان لا يغسل وكذلك حجر بن
عدي وعمار بن ياسر ولم يغسل عثمان بن عفان وقد قتل هو كلهم ظلما ولانه مقاتل بحق كمن قاتل المشركين وانما استوى القتل بساير
الالات لان قتله باي آلة وقع لم يجب به الدية فصار كقتيل الكفار ٥ ويصلى عليه وقال الشافعي لا يصلى عليه لما روي عن النبي عليه السلام
انه صلى على قتلى احد ولان الشهيد ان اعتبر بمن عظمت منزلته وجب ان يصلى عليه كالانبيا وان اعتبر بمن نقصت منزلته لم يجز
وهذا في اعلا المنزلة فيصلى عليه ٥ ويصنع في كفنه ما ذكرت لك قبل هذا الباب يعني من الزيادة فيه والنقصان عنه قال وكذلك
من قتل مظلوما فلا يجب به القصاص فان وجب به مال غسل وجملة هذا ان كل مكلف مقتول ظلما لم يتعين من قتله
عوض هو مال ولم يرتث فانه لا يجب غسله ولونه وانما لم يوثر وجوب القصاص لانه ليس بمال والمنفعة اذا لم تكن مالا
لم تسقط معنى القربة كالولاية العتق ٥ واما من وجب بقتله الدية فانه يغسل لان المنفعة التي هي مال تسقط معنى القربة
بدليل العتق على مال لا يجزي عن كفارته قال وهذا كله اذا مات الشهيد قبل ان يرتث والارتثاث عند ابي يوسف ان يحمل على
ايدي الرجال او ياكل او يشرب او يوصي بدينه او ثلثه او يصلي او يبقى يوما وليلة في المعركة حيا يعقل او يمضي عليه وقت صلوة
فيجب عليه قضاؤها فان كان مغمى عليه في ذلك لا يعقل فليس بمرتث وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه ان بقي في المعركة
اقل من يوم لم يكن مرتثا وقال محمد مثل قول ابي يوسف في جميع ذلك الا انه قال ان عاش في مكانه يوما كاملا فهو مرتث
وان كان اقل لم يكن مرتثا ولم يجعل الوصية ارتثاثا وقال في الزيادات ان اوصى بمثل وصية سعد بن الربيع ثم مات لم يغسل وان
كثر ذلك في كلامه حتى طال غسل وقال ابن سماعة عن ابي يوسف ان تكلم بكلمة او شي نحو ذلك لم يغسل وجملته
هذا ان المجروح اذا خرج عن صفة المقتول وصار الى حالة الدنيا لم يوجد فيه معنى الشهادة ووجب غسله بدليل ان النبي عليه السلام
غسل سعد بن معاذ وقد كان ارتث وان مات قبل ان يصير الى حالة الدنيا فليس بمرتث لان المقتول قد يضطرب في مكانه
وقد يتكلم في الغالب فلم يعتد بذلك ٥ واما اذا اكل وشرب او تمرض فقد صار الى حالة الدنيا وكذلك ان اوصى عند
ابي يوسف لان الوصية نظر في مصالحه واذا صلى فقد صحت صلوته وهذا ليس من احكام الاخرة فيغسل ٥ وكذلك ان مضى
وقت صلوة وجبت عليه لان وجوب الصلوة من احكام الحيوة فاما اذا بقي في مكانه لا يعقل فلم يحصل له حكم من احكام الحيوة
للاحيا ٥ قال محمد ان بقي يوما فهو اذا فهو مرتث لانه خرج من حكم المقتول فلم يعتبر قليل الاستراحة فيه وكثيره ولم يجعل
محمد الوصية ارتثاثا لانها من امر الموت واحكام الاخرة ٥ وقال في الزيادات ان اوصى بمثل وصية سعد فليس بارتثاث
لانها التي تتعلق بامور الاخرة واما ان اوصى بامر من امور الدنيا فهو مرتث ٥ قال ومن وجد في المعركة لا اثر عليه غسل
لانه لو كان قتيلا لظهر عليه اثر الضرب فاذا لم يظهر فهو ميت فيغسل ٥ قال وان كان الدم جاريا من عينه
او اذنه لم يغسل لان هذا في الظاهر لا يخرج منه الا بالضرب وان خرج من انفه او ذكره او دبره او فمه غسل وما
يخرج من جوفه من دم لم يغسل وان كان مما يخرج من راسه الى فيه غسل لان خروج الدم من الانف قد يكون
لرعاف وخروجه من الذكر والدبر قد يكون لمرض فلا يدل ذلك على القتل ٥ وان كان الشهيد جنبا غسل عند
ابي حنيفة وعندهما لا يغسل وجه قول ابي حنيفة ان النبي عليه السلام بادر الى جنازة سعد بن معاذ وقال خشيت
ان تسبقنا الملائكة الى غسله كما سبقتنا الى غسل حنظلة وقد كان حنظلة قتل جنبا فدل على ان الملائكة لو لم تغسله
لغسله رسول الله صلى الله عليه ولانه غسل واجب فلا يسقط بالموت كغسل النجاسة وجه قولهما ان الشهادة
اجريت مجرى الغسل والغسل اذا وجد من طريق المشاهدة قام ما وجب بالموت وما وجب بالجنابة فكذلك
الغسل من طريق الحكم ٥ واما الحايض فان قتلت بعد انقطاع دمها غسلت عند ابي حنيفة لان الغسل وجب
عليها قبل موتها كالجنب سواء وان قتلت قبل انقطاع الدم فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انها لا تغسل لان الغسل
لم يكن وجب في حياتها قبل انقطاع الدم عنها فلا يجب بعد موتها وروى الحسن عن ابي حنيفة انها تغسل لان
الموت يقطع حكم الحيض فكان الدم قد انقطع عنها قبل موتها فتغسل ٥ تم باب الصلوة بحمد الله ومنه والصلوة على نبيه

كتاب الزكوة

بسم الله الرحمن الرحيم قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله الزكوة
في اللغة النما يقولون زكا الزرع اذا نما وقد عبر بها في الشريعة عن اخذ جزء من المال وذلك
ليس بزيادة الا انه لما حصل به النما والثواب سمي زكوة فالاسم شرعي فيه معنى اللغة والزكوة

في الشرع كل حق يجب لاجل المال يعتبر في وجوبه الحول والنصاب ٥ والاصل في وجوب الزكوة قوله تعالى واقيموا الصلوة
واتوا الزكوة وقوله خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم وقال عليه السلام بني الاسلام على خمس فذكر اقام الصلوة
وايتا الزكوة ٥ وقد قال اصحابنا ان الزكوة تجب في عين المال وقال الشافعي في احد قوليه تجب في الذمة والعين مرتهنة بها
لنا قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وفي مايتي درهم خمسة دراهم وهذا يقتضي تعلق الوجوب بالعين ولانه
حق يصرف الى الفقرا يعتبر فيه الحول شرعا فلم يتعلق بالذمة ابتدا كاللقطة مسئلة واختلف اصحابنا في كيفية وجوب
وجوب الزكوة فقال ابو الحسن تجب على الفور وذكر الحاكم في المنتقى اذا كان له مايتا درهم فحال عليها حولان لم يزكهما فقد
اسا واثم ولم يحل له ما صنع وعليه زكوة حول واحد فقال محمد من لم يود الزكوة لم تقبل شهادته وروي عنه ان التاخير لا
يجوز وكان ابو بكر الرازي يقول هي على التراخي ويستدل بما قال لو انه اذا اخر الادا حتى هلك المال لم يضمن وذكر
ابن شجاع عن اصحابنا مثله وجه قول ابي الحسن ان الامر المطلق يقتضي الفور وقد امر الله تعالى بالزكوة امرا
مطلقا وجه قول الرازي بجماعة هو انها عبادة من شرعيته لا تفوت بفوات الوقت فلم يكن اصل وجوبها على الفور كقضا
رمضان ولانها عبادة يجوز ادوها قبل وقتها فجاز تاخيرها عن اول حال وجوبها كالكفارات ٥ وقال اصحابنا ان الزكوة
تجب بالنصاب والحول وقال الشافعي في الام والقديم تجب بثلث شرايط الحول والنصاب وامكان الادا وقال
في الاملا الامكان من شرايط الضمان لنا قوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول وما بعد الغاية بخلاف
ما قبلها ولانها حالة لو اتلف فيها المال ضمنها فكانت الزكوة واجبة اصله بعد الامكان ٥

باب زكوة الذهب والفضة

قال الشيخ رحمه الله الاصل في وجوب الزكوة في الاثمان قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله الاية وروي عن
النبي عليه السلام انه قال كل مال اديت زكوته فليس بكنز وقال في الرقة ربع العشر قال ابو الحسن رحمه الله الزكوة واجبة في
الذهب والفضة مضروبة كانت او غير مضروبة حليا كان او غير حلي بدا كان ذلك او غيره نوى التجارة والشري والبيع
او لم ينوا اذا بلغت الفضة مايتين وزنا والاصل في وجوب الزكوة في مضروب ذلك وغيره مضروبه ظاهر قوله تعالى
والذين يكنزون الذهب والفضة والاسم يتناول الجميع ٥ فاما اعتبار النصاب فلما روي في حديث عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام
كتب له في الرقة ليس فيها صدقة حتى تبلغ مايتين فاذا بلغت مايتين ففيها خمسة دراهم وقال لمعاذ حين وجهه
الى اليمن لا تاخذن من الكسور شيا واذا كان الورق مايتي درهم فخذ منها خمسة دراهم والنصب لا تعرف الا من توقيف
وقد قال اصحابنا ان النصاب اذا انقص نقصا يسيرا يدخل بين الموازين لم يجب فيه الزكوة في حق صاحبه لانه
ناقص في ملكه فلا يعتبر حاله في حق غيره وانما اعتبروا الوزن دون عدد الدراهم لان اطلاق الدراهم يقتضي
الوزن الا ترى انه عبارة عن جمله موزونة وعن قدر من الوزن يشتمل على جمله دوانيق وحبات قال
ابو الحسن وهو وزن سبعة يعني ان يكون الدراهم وزن اربعة عشر قيراطا وتكون العشرة سبعة مثاقيل والمايتان
وزن ماية واربعين مثقالا وذلك لان هذا الوزن هو الذي يتعلق الحكم في الشرع باتفاق الفقها به وكانت
الدراهم في الجاهلية ثقالا مثاقيل وخفافا طبرية فلما ضربت الدراهم في الاسلام جمعوا الدرهم الثقيل المثقال والخفيف
الطبري فجعلوها درهمين بوزن سبعة واتفقت الامة على تعلق الاحكام بها فاما الذهب فاذا بلغ عشرين مثقالا
ففيه نصف مثقال والاصل في ذلك ما روي انه عليه السلام قال في كتاب عمرو بن حزم فاذا بلغ الذهب قيمة
مايتي درهم ففيه ربع العشر وكان الدينار مقدار العشرة فقدر نصاب الذهب بعشرين مثقالا واجمعت الامة عليه
وقال ابو حنيفة ليس فيما زاد على المايتين زكوة حتى يبلغ اربعين درهما فيكون فيها درهم وعلى هذا ابدا في كل اربعين
درهما درهم وليس فيما زاد على نصاب الذهب زكوة حتى يبلغ اربعة مثاقيل فيكون فيها قيراطان وعلى هذا ابدا
يجب في كل اربعة ذلك وقال ابو يوسف ومحمد ما زاد على المايتين وعلى عشرين مثقالا ففيه الزكوة بحسابه
وبه قال الشافعي وجه قوله ما روي في كتاب عمرو بن حزم اذا بلغت مايتي درهم ففيها خمسة دراهم وفي كل اربعين
درهما درهم وليس فيما دون الاربعين صدقة وفي حديث عبادة بن نسي عن معاذ ان رسول الله صلى الله عليه امره حين بعثه
الى اليمن ان لا ياخذ من الكسور شيا اذا كانت الورق مايتي درهم اخذ منها خمسة دراهم ولا ياخذ مما زاد شيا حتى يبلغ
اربعين درهما فياخذ منها درهما ولان كل مال له نصاب كان له عفو بعد النصاب لا يجاب الزكوة كالابل ولان كل
حال يعتبر فيها عفو السايمة يعتبر فيها عفو الاثمان كحال الابتدا وجه قولهما ما روي في حديث علي رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام قال وما زاد على المايتين فبحسابه ولانها زيادة على نصاب من جنسه لا تمان فصارت كالاربعين درهما
الجواب ان هذا الخبر لم يرفعه احد على القطع وانما شك الراوي فيه ان قوله وما زاد على المايتين من كلام
رسول الله صلى الله عليه ام من كلام علي فلا يعارض ذلك خبرنا الصحيح على ان النقل ٥ واما قول ابي الحسن نوى بذلك التجارة
والشري او لم ينو فلان وجوب الزكوة في الاثمان يتعلق بملكها ولا يعتبر فيه صفة زايدة على الملك لقوله تعالى
والذين يكنزون الذهب والفضة الاية والكنز هو المال الذي لم يعد للتقلب ولان الاموال انما تعتبر فيها القصد
الى طلب النما وذلك لا يمكن فيها الا بمعنى ينضم الى الملك اما السوم او التجارة والذهب والفضة معدان للنما
يمكن ان يرفه فيها شيا لم يحصل له الربح فصار كالمعد بالنية واما الحلي فقد قال اصحابنا الزكوة فيه واجبة وقال الشافعي
في الحلي معد للبس مباح او لعارية طلب الثواب فلا زكوة فيه لنا ما روي ان امراة مسلمة كانت تلبس اوضاحا لها من ذهب

سألت النبي عليه السلام أكنز هو فقال إذا أديت زكاته فليس بكنز وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأتين أتتا النبي عليه السلام
وفي أيديهما سواران من ذهب فقال لهما أتؤديان زكاتهما قالتا لا فقال لهما أتحبان أن يسوركما ربكما بسوارين من نار
جهنم قالتا لا قال فأديا زكوتهما ولأن كل عين لو لم تكن معدة للاستعمال لا تجب فيها الزكوة فإن الزكوة تجب فيها
وإن كانت معدة للاستعمال كالتبر ولأنه لا يلزم العروض لأنها إذا لم تعد للاستعمال لا تجب فيها الزكوة
حتى يبيعها بنية التجارة ولأنها ملكت قدر النصاب من جنس الأثمان فوجبت فيه الزكوة كالتبر ٥ قال
أبو الحسن رحمه الله إذا اجتمع الصنفان جميعا ضم بعضها إلى بعض وإنما نعني بذلك إذا كان كل واحد منهما أقل من نصاب
أكمل نصاب أحدهما بالآخر وقال الشافعي يعتبر الكل واحد منهما نصاب بانفراده لنا قوله تعالى والذين يكنزون الذهب
والفضة ولم يفصل بين من ملك منهما نصابا أو نصابين ولأن كل عينين إذا بيع إحديهما بالأخرى اعتبر فيها التقابض في
المجلس جاز أن يضم أحدهما إلى الآخر في إيجاب الزكوة كالسود والبيض ولأن نصاب أحدهما يكمل بما يكمل به نصاب الآخر
بدليل أن من ملك أقل من عشرين مثقالا وأقل من مائتي درهم وعنده عرض اشتراه بعرض ونقد البلد في الدراهم والدنانير
سواء فإن شاء كمل به نصاب الذهب وإن شاء كمل به نصاب الفضة وإذا كمل نصاب أحدهما بما يكمل به الآخر صارا
كالنوعين من جنس واحد ٥ وأما كيفية الضم فقال أبو حنيفة يقوم أحدهما ويضم إلى الآخر وقال أبو يوسف ومحمد
لا تجب الزكوة في الأثمان بالقيمة أبدا وإنما يضم بالأجزاء فإذا كان معه نصف أحد النصابين ونصف الآخر وجبت الزكوة
ويتبين الخلاف فيمن له مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها مائة درهم قال أبو حنيفة تجب الزكوة فيها وقالا هذا
معه نصف نصاب وربع نصاب فذلك ثلاثة أرباع نصاب فلا شيء عليه وجه قوله أن كل مالين وجب ضم أحدهما إلى
الآخر في أداء الزكوة ضم بالقيمة كعروض التجارة وجه قولهما أن الزكوة تتعلق بأعيان الأثمان دون قيمتها بدليل
أن من له إبريق فضة وزنه مائة وخمسون وقيمته مائتان لا زكوة عليه فيه مع كمال قيمته لنقصان الوزن وهذا
ليس بصحيح لأنا لا نعتبر القيمة للإيجاب وإنما نعتبرها للضم وإذا انفرد أحد الجنسين فلا ضم ولهذا لا نعتبر القيمة بخلاف
الجنسين وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما وهو قوله الأول ٥ **باب زكوة**
أموال التجارة قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله قال أصحابنا عروض التجارة تجب فيها الزكوة وقال مالك إذا نضت
زكاها لحول واحد وقال نفاة القياس لا زكوة فيها لنا ما روي في حديث جابر بن سمرة أن النبي عليه السلام كان يأمرنا بإخراج الزكوة
من الرقيق الذي يعد للبيع وفي حديث أبي ذر أن النبي عليه السلام قال في البز صدقته وفي الخبر المعروف ألا لا ألفين أحدكم
يوم القيامة يأتي وعلى عاتقه بعير له رغاء يقول يا محمد يا محمد فأقول لا أغني عنك من الله شيئا ألا قد بلغت قال في
مانع الزكوة وروي في حديث عمر أنه قال لحماس أد زكوة مالك فقال ما لي إلا الجعاب والأدم فقال أد زكاتها
ولأنه مال يطلب نماؤه لا أن يطلب منافعه كالسوائم وعلى مالك أن ما وجبت زكوته لحول واحد وجبت لكل حول كالسوائم
والدراهم ٥ وقد قال أصحابنا إن زكوة العروض في عينها وقال الشافعي في قيمتها لنا قوله عليه السلام في البز صدقته فنهاه عن
فلا تجب الزكوة في قيمتها كسائر الحيوان ولأنها نوع زكوة فلا يتعين إخراجها من جنس النصاب كخمس من الإبل ٥ قال
أصحابنا رحمهم الله أن ما سوى الأثمان من الأموال لا تجب فيه الزكوة حتى ينضم إلى الملك طلب النماء بالتجارة أو بالسوم
فيما يسام ولا تعمل النية في ذلك حتى ينضم إليها الفعل البيع أو الشرى فيما أريد به التجارة أو السوم فيما يسام وذلك
لأن حقوق الله تعالى تتعلق بالمال النامي وهذه الأموال قد تعد للنماء ولغيره فما لم يقصد فيه النماء لا تجب فيه الزكوة
وإنما لم يكف النية لأن التجارة والسوم عمل والعمل لا يكون عملا بمجرد النية فما لم يوجد التصرف بالبيع والرعي لم
تجب الزكوة ٥ قال رحمه الله وما كان من أموال التجارة كائنا ما كان عقارا أو عروضا أو شيئا مما يكال أو يوزن وسائر
أصناف الأموال ففيه الزكوة ربع العشر إذا بلغت القيمة قيمته مائتي درهم أو عشرين مثقالا من الذهب وحال عليها
الحول ٥ أما وجوب الزكوة في العروض فقد قدمناه واختلاف أنواعها واتفاقها سواء لأن المعتبر منها الغنى
بثمنها وإنما جعل نصابها من قيمتها لأنه نصاب لها في نفسها والمقصود منها ليس هو أعيانها وإنما هو التمول
بمعانيها فجعل نصابها من مقصودها وهو القيمة ٥ أما اعتبار حولان الحول فلقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه
الحول ولا تضم بعضها إلى بعض لأن المعتبر القيمة وهي متفقة وقال أصحابنا إنه يعتبر فيها كمال النصاب في أول الحول
وفي آخره ولا يعتبر نقصانه فيما بين ذلك وقال الشافعي يعتبر كمال قيمتها في آخر الحول دون أوله لنا أن كل حال اعتبر
فيها كمال النصاب الماشية اعتبر فيها نصاب العروض كآخر الحول ولأنه حول لا ينعقد على ما دون النصاب كحول
الماشية ٥ فأما قول أبي الحسن أن قيمتها إذا بلغت ما ذكر أخرج ربع قيمتها يعني ربع عشرها وقال أصحابنا
أنه يخير في العروض بين إخراج جزء منها وبين إخراج قيمته ربع عشرها وهذا فرع على جواز إخراج القيم في الزكوات
عندنا وهذه المسألة مبنية على ... ولأن كل عين وجبت الزكوة لعينها جاز إخراج زكاتها منها
كالسائمة ٥ وقال أبو حنيفة المالك مخير عند حول الحول بين إخراج ربع عشر العين وبين إخراج ربع عشر
القيمة وقال أبو يوسف ومحمد الواجب بالحول ربع عشر العين وإنما ينتقل إلى القيمة عند الأداء ويتبين الخلاف
فيمن له مائتا قفيز حنطة تساوي مائتي درهم حال عليها الحول وهي كذلك فلم يؤد زكاتها حتى تغير السعر
فصارت قيمتها مائة درهم قال أبو حنيفة إن أخرج من العين أخرج خمسة أقفزة وإن أخرج من القيمة أخرج
خمسة دراهم وقالا إن أخرج من القيمة أخرج درهمين ونصفا وجه قوله أن زكوة الأموال متعلقة بأعيانها

وقد دلت الدلالة على جواز إخراج قيمتها فصار ثبت له عند الحول أما أن يخرج ربع عشر العين أو قيمتها فيم عليه بالحول
أحد أمرين بغير عينه وإذا اختار تعين عليه على الوجه الذي كان عند الحول ونقصان القيمة بعد ذلك لا يؤثر وجه
قولهما أن الزكوة تتعلق بالأعيان والقيم بدل عنها تنتقل باختيار المالك فوجب اعتباره عند الانتقال كسائر الأبدال
وإذا ثبت ما قدمناه من وجوب الزكوة في العروض فقد قال أصحابنا أن الأجراء الذين يعملون للناس بأعيان في
عندهم كالصباغين والقصارين إذا ابتاعوا تلك الأعيان ليعملوا بها فحال الحول عليها عندهم فهي على وجهين كل
عين يبقى لها في المعمول فيه أثر كالعصفر والزعفران والسمن الذي يدبغ به الجلد والشحم فإن في ذلك الزكوة لأن
ما يأخذونه من الأجر في حكم العوض عن هذه الأعيان ألا ترى أنهم يسلمونها إلى المستأجر فصارت كأموال
التجارة ٥ وأما ما لا يبقى له أثر في المعمول فيه فمثل الصابون والأشنان والحطب للتنور والملح فلا زكوة
فيه لأن العين تتلف فلا يكون العوض مأخوذا عنها فلا تجب فيها الزكوة ٥ وأما آلات الصناع التي يعملون بها
وظروف أمتعة التجار كرواني العطار التي لا تباع مع المتاع فلا زكوة فيها لأنها للتقلب والتصرف فأما
نخاس الدواب إذا ابتاع المقاود والجلال فقد قال أصحابنا إن كان يبيعها مع الدواب ففيها الزكوة لأنها
ترصد للنماء وإن كان لا يبيعها وإنما يحفظ بها دوابه فلا زكوة فيها كآلة الصانع ٥ فإن كان عليه دين عزل قدر
الدين وأدى زكوة ما بقي وهذا أصلنا أن الدين يمنع الزكوة بقدره عندنا وقال الشافعي لا يمنع لنا أن الزكوة
حق يتعلق بمال المطالب فلا يتعلق بمال من عليه دين مستغرق كالمكاتب ولأن الصدقة تحل له مع ثبوت
يده على ماله فلا تجب عليه كالمكاتب ولأن الدين يوجب نقصان الملك بدليل أن للغريم أخذ المال منه من غير
قضاء ولا رضا وهذا أبلغ على ضعف الملك فأولى أن يدل على نقصانه ولا يلزم الأب يأخذ من مال ابنه نفقته لأنه
لا يملكها ولا يلزم الواهب أنه يرجع في الهبة لأنه لا يتملكها إلا بقضاء أو برضا ولا يلزم الخراج يغلب على
أموالهم وهو على أموالنا لأن ذلك أوجب عندنا نقصان ملكه ونقصان الملك يمنع وجوب الزكوة كمال
المكاتب ٥ قال أبو الحسن وهذا إذا كان الدين مما للناس المطالبة به ويأخذه الأئمة والحكام وما كان يجب
ذلك من العبادات مثل الكفارات والنذور ووجوب الحج ونحو ذلك فليس يسقط الزكوة ولا يعزل من المال
بقدره وهذا صحيح كل دين لآدمي به مطالب فإنه يمنع وجوب الزكوة لأنه يؤثر في نقصان الملك
وما كان من حقوق الله عز وجل لا يطالب بها آدمي فإنها لا تمنع وجوب الزكوة لأنها عبادة لا مطالب لها آدمي
كالصلوة ٥ وقد قال أصحابنا أن النفقة ما لم يقض بها لا تمنع الزكوة لأنها ليست في حكم الدين فإذا قضى بها القاضي
منعت الزكوة ٥ وقالوا فيمن ضمن دركا في بيع فاستحق المبيع بعد الحول لم تسقط الزكوة لأن الدين إنما وجب
عليه عند الاستحقاق ولم يجب بالضمان ٥ فأما الزكوة فإن وجوبها يمنع الزكوة عند أبي حنيفة ومحمد في الأموال
الظاهرة والباطنة سواء كانت الزكوة في العين أو في الذمة وقال زفر الزكوة لا تمنع الزكوة وقال أبو يوسف
إذا كانت الزكوة في العين منعت الزكوة استحسانا وإن كانت في الذمة مثل من وجبت الزكوة في ماله فاستهلكها
ثم ملك مالا آخر فإن وجوب الزكوة في ذمته لا يمنع وجوب الزكوة في هذا المال وروي أن أبا يوسف
قيل له ما حجتك على زفر فقال ما حجتي على من قال يجب في مائتي درهم أربعمائة درهم وهذا صحيح لأن الزكوة
إذا لم تمنع الزكوة وجب في المال أكثر منه وهذا قبيح أما الأموال الظاهرة فلا شبهة فيها لأن الإمام
يطالب بزكوتها والحقوق التي يطالب بها الآدمي تمنع الزكوة كالدين وأما الباطنة فحق الأئمة متعلق
بها ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر طالبوا بها وكذلك عثمان ثم قال عثمان من كان عليه دين فليؤده
وليزك ما بقي من ماله وهذا توكيل منه لأرباب الأموال ألا ترى أن الإمام يملك أن يستنيب في حقوق
المسلمين ولا يملك إسقاطها ولا يجوز أن يقال ترك ذلك لجاز لمن بعده المطالبة بها لأن عثمان إنما
وكل بالمطالبة لما كثرت الأموال وعلم أن في تتبعها مشقة على أربابها وهذا المعنى موجود بعده
فلذلك لم يجز فسخ توكيله ٥ وقد كان أصحابنا يقولون إن اطلع الإمام على ترك أهل بلد إخراج زكوتهم
جاز له أن يطالبهم بها وإذا ثبت أن عثمان وكل أرباب الأموال والتوكيل لا يسقط الحق تحقق المطالبة
فأشبهت الأموال الظاهرة ٥ وجه قول زفر أنها عبادة فوجوبها لا يمنع الزكوة كالنذور
والكفارات والحج وجه قول أبي يوسف هو أن القياس ما قال زفر إلا أن الزكوة في العين جزء منها
مستحق فكان النصاب ناقصا وهذا المعنى لا يوجد فيها في الذمة فبقي على أصل القياس فلا يمنع وجوب
الزكوة ٥ قال فإن هلك المال كله في الحول ثم كسب في ذلك الحول مالا استأنف حولا إذا كان ما
أفاد قدر النصاب وذلك لأنه إذا هلك انقطع الحول لأن الحول لا يكون حولا لنفسه وإنما هو
حول لغيره فإذا لم يبق ما يكون حولا لم يسقط وليس كذلك إذا هلك بعض النصاب لأنه بقي ما يتعلق الحول
به فجاز أن يبنى عليه ٥ والذهب والفضة يضم كل واحد منهما إلى العروض وذلك لأن نصاب العروض
من قيمتها والقيمة من جنس الدراهم والدنانير فيضم بعضها إلى بعض إلا أنهم اختلفوا فقال أبو حنيفة يجوز
تقويم العروض بقيمتها ويجوز تقويم الدراهم وضمها وقالا لا تقوم الدراهم بالقيمة ولكن تقوم العروض فإذا
بلغت حد النصاب ضمت الدراهم إليها بالأجزاء وقد بيناه ٥ قال وإذا تقلبت الأموال في الحول

فيبيع بعضها ببعض فانتقلت الى جنسها او غير جنسها فالحول معتبر فيها باوله فاذا تم وجبت الزكوة وهذا لا خلاف
فيه بين اصحابنا وذلك لان المقصود منها قيمتها دون اعيانها فاختلاف العين لا يؤثر فاما الدراهم والدنانير
اذا باعها بجنسها او غير جنسها لم ينقطع حولها عندنا وقال الشافعي ينقطع ولا يحصل في مال الصيارفة زكوة
لنا ان المقصود منها التمول بها دون اعيانها وذلك موجود في ابدالها فصارت كالعروض واما السائمة اذا
باعها بجنسها انقطع حولها عندنا وقال زفر لا ينقطع حولها لنا ان المقصود من الحيوان عينه لا قيمته فصار
اختلاف الاعيان كاختلاف الاجناس وجه قول زفر انه نقلها الى جنسها كالدراهم اذا باعها بالدراهم ٥
وما كان بعينه من عروض قد ورثها او وهبت له او ملكها ببيع وهو لا يريد بها التجارة ثم حال ابتاعه لها ثم
نوى بها التجارة فانها لا تكون للتجارة حتى يبيعها فيكون ابدالها للتجارة وهذا على ما قدمنا ان الاموال التي ليست
باثمان لا تجب الزكوة فيها بالملك حتى ينضم اليه طلب النما وبينا ان نية التجارة لا يتعلق بها حكم حتى ينضم اليها
البيع واما اذا كان المال للتجارة فنوى ان يجعله للقنية خرج من التجارة بنفس النية لان ذلك ترك للعمل والانسان
يصير تاركا للشيء بالنية واما السائمة اذا نوى ان يجعلها معلوفة او عوامل فان كان يرعاها لم يتعلق بنيته حكم
لانه ليس بتارك للسوم وان ترك رعيها فقد اخرجها من السوم فيسقط زكوتها ٥ واذا كان الحول حال فاراد
ان يقوم العروض قومها عند ابي حنيفة باوفر القيمتين وما هو احظى للمساكين من الدراهم او الدنانير وقال
محمد عن ابي يوسف انه يقومها على الثمن الذي اشتراه وان لم يكن اشتراه بثمن قومها على اغلب نقود المصر
الذي هو فيه وحكى ابن سماعة عن محمد انه يقومها بغالب نقد البلد اذا لم يشترط النقد بعينه وجه قول
ابي حنيفة ان المالك قد ملك النصاب وانتفع به في طول الحول فوجب اعتبار منفعة المساكين فيما كان
اوفر لحظهم فهو اولى ولان القيمة اذا بلغت باحدهما النصاب ولم يبلغ بالاخر قومها بما يبلغ النصاب لما فيه
من منفعة المساكين كذلك هذا وجه قول ابي يوسف ان حكم البدل حكم المبدل عنه في الزكوة فكان
الثمن الذي اشتراه به في يده وهذا ليس بصحيح لانه لو كان كذلك لوجب اعتبار قدر الثمن فلما لم يعتبر قدره كذلك
جنسه وجه قول محمد ان كل مال احتجنا الى تقويمه قوم بغالب نقد البلد كبدل المستهلك ٥

باب الرجل يتصرف في ماله بعد الحول قال الشيخ ابو الحسن

هذا الباب مبني على اصلنا في جواز بيع ما وجب فيه الزكوة خلافا للشافعي انه لا يجوز بيع مقدار الزكوة وبيع ما عداه
فيه قولان لنا انه حق الله تعالى يجب لاجل المال فجاز بيع المال الذي وجب لاجله مع بقاء وجوبه كصدقة الفطر في عبده
ولان كل عين جاز بيعها بعد اخراج زكاتها جاز قبل اخراجها كما قبل امكان الاداء ٥ قال ابو الحسن اذا حال
الحول على مال الرجل ووجبت فيه الزكوة فان اخرجه مالكه بعوض او بغير عوض لم يجب فيه الزكوة فهو ضامن
لما وجب فيه من الزكوة سواء بقي العوض في يده او هلك وذلك لانه اذا تصرف في ماله فهو على وجهين كل
تصرف قطع الحول ضمن به الزكوة مثل ما ذكره وكذلك اذا باع السائمة بغير جنسها لان حول المال الثاني لا ينبني
على حول المال الاول بعد انقطاع الحول فيضمن لانه تصرف في حقهم من طريق الحكم فاذا اسقط حقهم بتصرفه ضمنه
كالوصي اذا تصرف على وجه غير ماذون فيه ٥ واما اذا تصرف تصرفا لا يقطع الحول مثل ان يبيع العروض بعروض
او بدراهم او بدنانير فانه لا يضمن لان حق الفقرا لم ينقطع بهذا التصرف فكان ماذونا فيه فلم يضمن كالوصي اذا
باع على الوجه الماذون فيه ٥ وان كان العوض عن ذلك غير مال مثل ان يتزوج عليه او يستاجر به او يصالح به
من دم عمد او يخلع به المراة فالزكوة في ذلك مضمونة وهذا على ما بينا انه تصرف قطع حكم الحول فضمنه قال
فان كان اخرجه في عوض وحابا فيه فانه ان كانت المحاباة مما يتغابن الناس فيه لم يضمن وان كان مما لا يتغابن الناس فيه
ضمن زكوة مقدار ما نقص ولم يضمن زكوة ما بقي وذلك لانه لا يتصرف في حق الفقرا الا من طريق الحكم الا ترى انهم
لم ياذنوا له في التصرف فصار كالاب والوصي والحاكم اذا حطوا ما يتغابن في مثله جاز وان حطوا ما لا يتغابن لم يجز
والذي لا يجوز تصرف الوصي فيه يضمنه رب المال ٥ قال اصحابنا في عبد التجارة اذا قتله عبد خطا فدفع به
ان الباقي للتجارة لانه عوض عن الاول فهو كعوض بالبيع ٥ ولو قتله عمدا فصالح المولى من الدم على عبد او غيره فليس
للتجارة لانه ليس بعوض عن المقتول وانما هو عوض عن القصاص وذلك ليس بمال ٥ وقالوا فيمن اشترى عصيرا
للتجارة فصار خمرا ثم صار خلا انها للتجارة لانه لم يحدث فيها ما اخرجها عن حكم التجارة وانما تعذر بيعها ثم زال
التعذر وكذلك قالوا في الشاة اذا ماتت فدبغ جلدها ان الجلد للتجارة لما ذكرنا ٥

باب زكوة الفايدة قال الشيخ رحمه الله

وما استفاد الرجل من مال وعنده نصاب في اول الحول ضمه
اليه وزكاه اذا حال الحول من وقت ملك النصاب الاول وكذلك ان هلك بعض النصاب وبقي بعضه قبل الحول
ثم استفاد تمام النصاب او اكثر من ذلك فانه يزكي ما حال عليه الحول وهو في يده وهذا فيما يحتاج الى حول
الحول مثل اموال التجارة واولاد السائمة وربح مال التجارة ولا يحتاج في ذلك الى حولان الحول على كل ما وجملة
هذا ان كل زيادة لو كانت موجودة في اول الحول لضمها الى ماله فاذا حدثت في اثنا الحول جاز ان يضمها
اليه وقال الشافعي في اولاد السائمة انها تضم وكذلك الربح قبل التمييز وما سوى ذلك من الفوايد لا يضم
لنا ان كل زيادة لو حدثت في ابتدا الحول ضمها اليه فاذا حدثت في اثنائه جاز ان يضمها اليه ويزكيها معه

ولانه يتم ثمن الابل لانه يجوز ان يتممه اذا اعلفها قبل بيعها ولانه حق لله تعالى لا يعتبر في وجوبه النصاب
فلا يعتبر فيه الحول كالحج والزكوة في السخال ٥ واما ثمن الابل فقال ابو حنيفة اذا كان لرجل خمس من
الابل السائمة ومايتا درهم فمضى حول السائمة فزكاها ثم باعها بدراهم استانف لها حولا ولم يضم ثمنها الى الدراهم
وقال ابو يوسف ومحمد يضمها والفقرا انه عبد الخدمة اذا ادى صدقة فطره ثم باعه انه يضم قيمته وكذلك
اذا اخرجت ارضه طعاما فادى عشره ثم باعه ضم قيمته الى ما عنده من الدراهم وجه قول ابي حنيفة ان حكم
البدل والمبدل في الزكوة سوا بدليل اتفاق شرايطهما في وجوب الزكوة من الحول والنصاب وتاثير
الدين فيهما فلو ضم الثمن في السوايم لزكي مالا واحدا في حول واحد مرتين وهذا لا يجوز وليس
كذلك المسلمان لان زكاتهما لا توافق زكاة البدل في الحول في شرطه فلم يكونا كما لو احد فلذلك
جاز ضمه وجه قولهما انه مستفاد في الحول على نصاب من جنسه كما لو وهب له او ورثه
وكالمسلمين ٥ واما قوله ان بعض النصاب اذا هلك ثم استفاد تمام النصاب اكمل به النصاب
فهذا على اصلنا ان نقصان النصاب في اثنا الحول لا يقطع حكم الحول فصار المستفاد مع نقصان النصاب
كالمستفاد مع كماله وقال زفر نقصان النصاب في اثنا الحول يقطع حكم الحول وبه قال الشافعي
لنا انه مال من اموال الزكوة فنقصان نصابه في خلال الحول لا يقطع الحول اصله العروض ولان كل
حال كان نقصان قيمة العروض لا يقطع حكم الحول فان نقصان نصاب السائمة لا يقطع حكمه ايضا كما
بعد الحول وجه قول زفر ان كل حالة لو هلك المال كله سقط حكم الحول فاذا انتقص عن النصاب
في تلك الحالة سقط حكم الحول ايضا اصله طرفي الحول ٥ قال وما كان من سايمة حال عليها الحول وهي
حوامل لم يعتد بحملها ولم يجب الزكوة فيه وذلك لان الحمل يجوز ان يكون حيا ويجوز ان يكون ميتا
ولانه قبل الانفصال صفة من صفات الام فلا يجب فيه الزكوة كساير اعضايها ٥

باب زكوة السايمة من الابل قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

الاصل في وجوب زكوة الابل قوله عليه السلام
لا الفين احدكم ياتي يوم القيمة وعلى عاتقه بعير له رغا يقول يا محمد يا محمد فاقول لا اغني عنك من الله شيا الا
قد بلغت واذا ثبت وجوب الزكوة فيها قال اصحابنا ليس فيما دون خمس من الابل زكوة فاذا كانت خمسا
سايمة ففيها شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي عشرين اربع شياه فاذا كانت خمسا
وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي تمت لها سنة وطعنت في الثانية وانما سميت بنت مخاض لان امها
حملت بعدها وهي ماخض الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي تمت لها سنتان
وطعنت في الثالثة وانما سميت بنت لبون لان امها ولدت بعدها ولها لبن وهي ذات لبن الى خمس واربعين
فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي تمت لها ثلث سنين وطعنت في الرابعة وانما سميت حقة
لانها استحقت الفحل وقيل استحقت ان يحمل عليها الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة
وهي التي تمت لها اربع سنين وطعنت في الخامسة ولا اشتقاق لاسمها وهي اقصى سن تجب في الزكوة
وبعدها اسنان لم يذكرها الفقها لانه لا مدخل لها في الزكوات الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا
وسبعين ففيها ابنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى ماية وعشرين والاصل
في ذلك ما روي في كتاب كتبه رسول الله صلى الله عليه لابي بكر الصديق رضي الله عنه وكتبه ابو بكر لانس وفيه
[illegible]

الا [illegible] وهذه الصحيفة فيها اسنان الابل اخذتها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يجوز ان يخالفها فدل
على ان مذهبه ماخوذ منها وقد روي انه انفذها الى عثمان فقال له مر سعاتك فليعملوا بها فقال لا
حاجة لنا فيها معنا مثلها وما هو خير منها فدل على انه وافق عليها عليا ولان ما وجب في الخمسين الاولى
جاز ان يعود بعد المائة والعشرين فرضا بنفسه كبنات لبون والحقاق وهذه العلة تدل على جواز عود
الغنم وبنات المخاض ٥

باب صدقة البقر قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله

الاصل في وجوب صدقة البقر ما روي ان النبي عليه السلام قال في مانعي الزكوة ولا الفين احدكم ياتي يوم القيامة
وعلى عاتقه بقرة لها خوار تقول يا محمد يا محمد فاقول لا اغني عنك من الله شيئا الا قد بلغت فاذا ثبت وجوب
الزكوة فيها فليس في اقل من ثلثين منها صدقة فاذا كانت ثلثين ففيها تبيع او تبيعة وهو الحولي الذي تم له حول
وطعن في الثاني الى تسع وثلثين فاذا كانت اربعين ففيها مسنة وهي التي طعنت في السنة الثالثة ٥
والاصل في هذا ما روي ان النبي عليه السلام قال لمعاذ حين وجهه الى اليمن خذ من كل ثلثين من البقر تبيعا او تبيعة
ومن كل اربعين مسنة واختلفت الرواية فيما زاد على الاربعين فقال في الاصل عن ابي حنيفة فيها
بحساب ما مضى في الواحدة ربع عشر مسنة وفي الثنتين نصف عشر مسنة وفي الثلث ثلثة ارباع عشر
مسنة وفي الاربع عشر مسنة وروى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة انه لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين
فيكون فيها تبيعان او تبيعتان وبه قال الشافعي وابو يوسف ومحمد وجه رواية الاصل ان الحيوان
احد نوعي المال فجاز ان يكون فيه ما يجب زكوته بالكسر ابتداء كالاثمان ولانه حيوان يجري في الهدايا
فوجب ان يكون ما بين الاربعين والستين منه ما يجب به زيادة الزكوة كالابل وجه رواية الحسن هو
انه وقص مرتب على نصاب البقر فلا يزاد على تسعة اصله ما بعد الستين ولانها زيادة لو استفادها في
اثنا الحول وجبت فيها الزكوة فاذا ملكها في ابتدائه وجبت فيها الزكوة كالعشرين وجه رواية اسد ما روي
ان معاذا سئل عما بين الاربعين والستين فقال تلك الاوقاص لا شيء فيها ولان الزكوة في الحيوان لا تجب
ابتداء بالكسر اصله سائر الانصبة ولان ما زاد على ستين يعتبر فيه الفرض بعشر عشر ابدا بلا خلاف فيتغير
من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع فيكون في السبعين مسنة وتبيع وفي الثمانين مسنتان وفي
تسعين ثلثة اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وفي المائة وعشرة مسنتان وتبيع وفي مائة وعشرين ثلث
مسنات او اربعة اتبعة وعلى هذا ابدا ٥ وليس في البقر العوامل صدقة وهذا كما قال لا يجب في المعلوف
من الحيوان ولا العوامل زكوة وقال مالك يجب فيها الزكوة لنا قوله عليه السلام في اربعين شاة سائمة شاة
وفي خمس ذود سائمة شاة والاصل ان لا وجوب فاذا اوجب عليه السلام في السائمة بقي ما سواها على اصله
وروي في حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام قال ليس في الحوامل صدقة وروي عنه عليه السلام انه قال ان الله تعالى تجاوز
لامتي عن الجبهة والنخة والكسعة قال عبد الوارث بن سعيد الجبهة الخيل والنخة البقر العوامل والابل
العوامل وقال الكسائي النخة البقر العوامل وقال ثعلب اصل النخة من النخ وهو السوق الشديد وهذا
انما يكون في العوامل ولان نماءها مطلوب من بدل منافعها كدور السكنى ولان المعلوف يكثر مؤنته وكثرة
المؤنة لها تاثير في اسقاط حقوق الله تعالى الدليل عليه العشر فيما سقي بغرب او دالية وكل من جعل لكثرة
المؤنة تاثيرا في اسقاط حقوق الله تعالى فان الزكوة لا تجب هاهنا فثبت سقوطها بالاجماع ٥

باب صدقة الغنم قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله

الاصل في وجوب الزكوة في الغنم قوله عليه السلام لا الفين احدكم يوم القيامة ياتي وهو حامل شاة تيعر يقول يا محمد يا محمد
فاقول لا اغني عنك شيئا الا قد بلغت وروي انه عليه السلام قال ما من صاحب غنم لا يؤدي زكوتها الا بطح
لها يوم القيامة بقاع قرقر تطاه باظلافها وتنطحه بقرونها واما مقدار الموجب فيه فاذا بلغت السائمة اربعين
ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه الى اربع
مائة فيكون فيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة وقال الحسن بن حي في المائتين وواحدة اربع شياه الى اربع مائة
فيكون فيها اربع شياه وفي اربع مائة خمس شياه ٥ والاصل في ذلك ما روي في حديث انس ان النبي عليه السلام
كتب له الكتاب الذي كتبه لرسول الله صلى الله عليه في الصدقات وقال فيه وليس في سائمة الغنم صدقة حتى تبلغ اربعين
فاذا كانت اربعين ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة
ففيها ثلث شياه الى ثلثمائة فان زادت واحدة فلا شيء فيها حتى تبلغ اربعمائة فيكون فيها اربع شياه ثم في كل
مائة شاة ٥ واما صفة الشاة الواجبة فقد قال في الاصل عن ابي حنيفة انه يجوز الجذع من الضان والثني
من المعز وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي وجه ما قال في الاصل ما روي عن علي رضي الله عنه انه
قال لا يجزي في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان ما لا يجوز في الزكوة من المعز لا يجزي من الضان كالذي دون الجذع
وجه رواية الحسن قوله عليه السلام انما حقنا في الجذعة والثنية ولان ما جاز في الاضاحي جاز في الزكوة
كالثني ولان الاضاحي يعتبر فيها من الشروط ما لا يحتاج اليه في الزكوة فجاز فيها الجذع من الضان فلان يجوز
في الزكوة اولى ٥ وعند اصحابنا يجوز في زكاتها الذكر والانثى وقال الشافعي لا يجو[ز]

كلها ذكورا لنا قوله عليه السلام في اربعين شاة شاة قال الشافعي الشاة اسم للانثى والذكر وهذا صحيح في اللغة [illegible]
قول [illegible] ولانه يجوز في الضحية [illegible] فجاز اخذه عن نصاب الاناث بنفسه كالانثى ولان النصاب جاز
اخذ الذكر منه اذا كانت كلها ذكورا جاز اخذ الذكر منه اذا كانت كلها اناثا كالبقر ٥ وقال اصحابنا في السائمة
اذا اشتراها للتجارة انه يزكيها زكوة السوم الا ان تكون ناقصة عن نصاب السوم وتبلغ نصاب التجارة فيزكيها
زكوة التجارة لنا ان كل مال لو لم يكن سائمة وجب فيه زكوة التجارة فاذا كان سائمة وجبت فيه زكوة التجارة كالخيل
ولان كل مال لو نقص عدده عن خمس وجب فيه زكوة التجارة فاذا بلغ خمسا وجبت فيه اصله اذا لم يكن سائمة
قال اصحابنا اذا اجتمع النصاب نوعين كالضان والمعز والبقر والجواميس والعراب والبخت اخذ المصدق واحدة
وسطا [illegible] ادون ارفعها او من ارفع ادونها ذكر الحاكم ذلك في المنتقى وقال الشافعي في احد قوليه يؤخذ
من الغالب وفي القول الآخر يجمع بين قيمة شاة من الضان وشاة من المعز ويؤخذ نصف القيمتين فيؤخذ شاة
بقيمة ذلك من اي النوعين كان لنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال اياكم وكرائم اموال الناس خذوا من
اوساطها ولان كلما وجب في النصاب من جنسه لم يعتبر فيه الغلبة كالصغار والكبار على القول الآخر ولانه
نصاب وجبت فيه شاة فلم يختلف صفتها باختلاف انواع النصاب كالشاة في خمس من الابل بخاتي او عراب ٥
قال اصحابنا في المتولد بين الغنم والظباء اذا كانت الام من الغنم وجبت الزكوة فيها وكذلك المتولد من البقر
الاهلي والوحشي وقال الشافعي لا زكوة فيه لنا انه منفصل من حيوان يؤخذ في الزكوة بنفسه وهو حيوان
فجاز ان تجب فيه زكوة السوم كالمتولد من البقر والجواميس

باب معرفة السائمة قال الشيخ رحمه الله

السائمة الراعية اذا كانت تكتفي بالرعي وتجزيها
ذلك او كان الاغلب من شانها الرعي فان كان الرعي لا يجزيها وهي ترعى حينا وحينا [illegible] وتعلف فانه يعمل
على الاغلب والاكثر وذلك لان السوم من شرائط الزكوة والمرجع فيه الى اللغة واهل اللغة يسمون المواشي
سائمة وان علفها ربها ساعة واحدة من الحول لوجود الاكثر من غير علف ولان السوم انما اوجب الزكوة
لان النماء يحصل به والمؤنة تخف وهذا المعنى موجود اذا كانت تسام في غالب حالها فاما اذا علفت في
غالب حولها فالمؤنة تكثر وكثرة المؤنة تؤثر في اسقاط الزكوة كالمعلوفة

باب صدقة الفصلان والحملان والعجاجيل قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله

ليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال زفر فيها ما في الكبار وهو قول مالك
وقال ابو يوسف فيها واحدة منها وهو قول الشافعي اما الكلام على زفر فلقوله عليه السلام اياكم وكرائم الاموال
وقوله لا تاخذوا من حزرات اموالهم ولكن خذوا من حواشيها واخذ الصغار من الكبار اخذ كرائمها ولان الكبير
قد يبلغ قيمته اكثر نصاب الصغار فيؤدي الى الاجحاف برب المال والزكوة وجبت فيها على وجه التخفيف
وجه قول زفر انها لو اجتمعت مع غيرها وجب فيها كبيرة فكذلك اذا انفردت اصله المهازيل واما الكلام
على ابي يوسف فلحديث ابي انه قال في عهدي ان لا آخذ من راضع لبن شيئا ولان السن احد ما يعتبر به الفرض
فكان لنقصانه تاثير في منع وجوب الزكوة كالعدد ولان ما اختص وجوبه بالحيوان اختص بسن دون سن
كالاضحية وجه قول ابي يوسف ما روي عن ابي بكر الصديق انه قال لو منعوني عناقا مما كانوا يؤدونه الى
رسول الله صلى الله عليه لقاتلتهم عليه ولان ما وجب فيه الزكوة اذا انضم الى غيره وجبت فيه بانفراده كالمهازيل ٥
وقال ابو حنيفة ومحمد ان الحول لا ينعقد على الصغار وقال الشافعي ينعقد لنا انه حيوان لا تجوز التضحية
به مع سلامته من العيوب فلم ينعقد الحول عليه حال انفراده كالسخال المتولدة ٥ وقد اختلفت الرواية
عن ابي يوسف في زكوة الفصلان فروي عنه انه لا زكوة فيها حتى تبلغ عددا لو كانت كبارا وجبت فيه واحدة
منها وهي خمسة وعشرون فيجب فيها فصيل ثم لا يجب فيها شيء حتى تبلغ عددا لو كانت كبارا لوجب فيها
اثنان فيجب فيها فصيلان وهو ستة وسبعون ثم لا يجب فيها شيء حتى تبلغ عددا لو كانت كبارا لوجب فيها
ثلثة وهي مائة وخمسة واربعون وقد اعترض محمد على هذا القول فقال انما اوجب رسول الله صلى الله عليه
الزكوة فيما بين خمس وعشرين ومائة وست وسبعين ثلث نصب فلا يجب فيه شيء بين الخمس والعشرين
والست والسبعين فلا زكوة فيه وجه هذه الرواية ان الفرض يتغير في الابل بالسن والعدد
ولا سن في الفصلان فوجب اعتبار التغيير بالعدد وروي انه قال في خمس منها الاقل من واحد منها
ومن شاة وفي عشر الاقل من ثنتين منها ومن شاتين وفي الخمسة عشر الاقل من ثلثة منها ومن ثلث
شياه وجه ذلك ان الكبار في خمس منها شاة تجزي واحدة منها فكذلك الصغار تجزي واحدة منها او ان تعطي
شاة فتجزي كما تجزي في الكبار وفي العشرين الكبار ضعف ما في الخمس فوجب ان يكون في الصغار الاقل من ثنتين
منها ومن شاتين وروى الحسن عن ابي مالك عنه ان في عشر منها الاقل من واحد منها ومن شاتين وهو
الصحيح لان الكبار يجزي في العشر واحد منها ومن شاتين فالصغار اولى وروي انه ذكر لابن ابي مالك رواية
ابي ليلى التي قدمناها فضحك وقال كيف يقول ابو يوسف في عشرين اربعة منها وفي خمس وعشرين احد
[illegible] انك تقول ان بكرا اغلط في روايته فقال لا ولكن هذا كان قول ابي يوسف ثم رجع عنه ٥ واذا

اجتمعت الصغار مع المسان عدت بلا خلاف ويحتج فيها بما في المسان لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ويعتد صغارها
وكبارها فقال [illegible] لسعاته عدوا عليهم السخلة وان راح بها الراعي على يده وشكى الناس فقالوا ان سعاتك
يعتدون علينا السخلة ولا يأخذونها في الصدقة فقال للسعاة اعفوا لهم عن الربى والماخض والاكيلة وفحل الغنم
وذلك عدل بين رذال المال وخياره ٥ والاصل الذي يعتبر في اجتماع الصغار والكبار انها وجب فيها ما يجب
في الكبار اذا كان العدد الواجب في الكبار موجودا فيها في قولهم مثل ان اذا كان له مسنتان وتسعة
عشر حملا فان الزكوة تجب فيها لان عدد الواجب موجود فيها فان لم يكن فيها الا مسنة واحدة اخذت
عند ابي حنيفة ومحمد دون غيرها وقال ابو يوسف توخذ المسنة وتوخذ معها حمل على اصله ان الوجوب
يتعلق بالصغار وكذلك ستون من البقر فيها تبيع واحد فعند ابي حنيفة ومحمد يوخذ التبيع وعجول
معه عند ابي يوسف على اصله فكذلك ست وسبعون من الابل فيها بنت لبون واحدة عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف فيها بنت لبون وفصيل

باب صدقة الشركاء قال الشيخ

الاصل في هذا الباب ان الشركة لا تؤثر في وجوب الزكوة وانما تعتبر في حال الشركة ما تعتبر في حال الانفراد
في حق كل واحد من الشريكين وقال الشافعي اذا اشتركا في الحلب والمرعى والدلو والمراح ونحو ذلك
واحد [illegible] ما لهما كمال واحد فيجب عليهما الزكوة وان كان كل واحد منهما لو انفرد لم يجب فمثل الشركة
كثمانين شاة بين رجلين يجب على كل واحد منهما شاة لو انفرد فاذا اجتمعا ففيهما شاة لنا قوله عليه السلام في
سائمة المسلم اذا كانت اقل من اربعين صدقة وهذا المعنى لا يزول بالشركة فلا شيء عليه ولان كل واحد
منهما لم يملك نصابا فلم تلزمه الزكوة كالمنفردين والشريكين مع اختلاف حولهما ولان النصاب احد سببي
الزكوة فلا يعتبر بالشركة كالحول واما قوله عليه السلام لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة
الخبر فلانه دليلنا لان قوله لا يجمع بين متفرق لا يخلو اما ان يكون المراد به المتفرق في المكان او المتفرق
في الملك او هما جميعا ولا يجوز ان يكون المراد الافتراق في المكان لاتفاقهم ان ماشية الرجل الواحد اذا تفرقت
اماكنها وجبت الزكوة فيها ولا يجوز ان يراد الامران لانه يودي الى التناقض في الخبر الا ترى انه اذا كان
المراد به لا يجمع بين متفرق في المكان اقتضى ان يكون النصاب الواحد في موضعين لا زكوة فيه واذا كان المراد
به الاجتماع في الملك اقتضى وجوب الزكوة في ذلك ولا يجوز ان يوجب عليه باحد اللفظين في مال الزكوة
وينفيها باللفظ الاخر فلم يبق الا ان يكون المراد لا يجمع بين متفرق في الملك وهذا ضد ما يقوله مخالفنا اذا جمع
بين ملك الشريكين ٥ وقوله لا يفرق بين مجتمع في الملك يعني ان يوجد في الثمانين للرجل الواحد اكثر من شاة لانه
لو جعلها نصابين لفرق بين مجتمع في الملك ٥ واما قوله عليه السلام وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية
فهو محمول عندنا على احد وستين من الابل بين نفسين لاحدهما ست وثلثون وللاخر خمس وعشرون فاذا
اخذ المصدق منها بنت لبون وبنت مخاض رجع كل واحد منهما على صاحبه بحصته وهذا اولى مما يقولونه لانا
نثبت التراجع من كل واحد منهما في حالة واحدة وهم يثبتون التراجع في حالين مختلفين وحقيقة التفاعل
يقتضي وجود الفعل من الاثنين في حالة واحدة ٥ وقد قال بعض اصحابنا ان الشركة تؤثر في جواز اخذ زكوة
كل واحد منهما من مال الآخر بغير رضاه لانهما لما اشتركا مع علمهما بوجوب الزكوة وان المصدق لا يتميز له
المال كان ذلك اذنا من كل واحد منهما في اخذ الزكوة من ماله وانما احتاجوا الى هذا البناء لو [illegible] الخبر
فانهم [illegible] لا يعرف وقد تأولنا الخبر على ما يغني عن ذلك ٥ قال ابو يوسف اذا كان بين رجل
وبين آخر شاة مشتركة وبينه وبين ثمانين شاة فعليه الزكوة وقال زفر لا زكوة عليه وجه قول ابي يوسف
ان الزكوة تجب بكمال الملك وفي ملكه نصاب كامل فوجب عليه الزكوة كما لو انفرد فيها واحدا وجه
قول زفر انه لا يخصه بالقسمة نصاب كامل فلم تجب عليه الزكوة كمن نقص ملكه عن النصاب ٥

باب صدقة الخيل قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

قال ابو حنيفة رحمه الله الخيل السائمة اذا كانت ذكورا واناثا ففيها الزكوة وان كانت اناثا ففيها روايتان
ذكرهما الطحاوي وان كانت ذكورا منفردة ففيها روايتان ذكرهما في الآثار وقال ابو يوسف ومحمد لا زكوة فيها
وبه قال الشافعي لابي حنيفة ما روى ابو الزبير عن جابر ان النبي عليه السلام قال في كل فرس سائمة دينار وليس
في الرابطة شيء وكتب عمر رضي الله عنه الى ابي عبيدة في صدقة الخيل خير اربابها فان شاؤوا ادوا عن كل
فرس دينارا والا فقومها وخذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم وروي عن السائب ان عمر بعث العلاء
بن الحضرمي الى البحرين امره ان ياخذ من كل فرس شاتين وعشرة دراهم ولان السوم سبب لايجاب الزكوة
كما ان يكون [illegible] في ايجاب الزكوة في الخيل اصله التجارة وجه قولهما قوله عليه السلام عفوت لكم عن
صدقة الخيل والرقيق الا ان في الرقيق صدقة الفطر وقال ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة
ولانه ليس لها نصاب مقدر فلا يجب فيها زكوة السوم كالحمير ٥ فاما الاناث المنفردة ففي
احدى الروايتين لا زكوة فيها لان النماء لا يوجد فيها بالتوالد وقال في الرواية الاخرى انه يطرقها فحل
غيرها فيوجد فيها النماء ٥ واما الذكور المنفردة فقال في الرواية المشهورة لا شيء فيها

منها النماء بالتوالد والنسل ولحمها غير مقصود بالاكل لانه مكروه عنده وعدم النماء يمنع وجوب الزكوة وليس
كذلك الابل والبقر اذا كانت ذكورا لان النماء يحصل بزيادة لحمها وهو معنى مقصود منها وجه الرواية
الاخرى ان زكوة السوم لا تختلف بالاناث والذكور كالابل والبقر ٥ واذا ثبت وجوب الزكوة فيها خير
اربابها فان شاؤوا اعطوا من كل فرس دينارا وان شاؤوا اعطوا ربع عشر قيمتها لما روي ان عمر كتب
الى ابي عبيدة بذلك ولم يخالف عليه احد من الصحابة

باب من يوضع فيه الصدقة

قال الشيخ رحمه الله قال الله تعالى انما الصدقات للفقراء الاية واختلف الناس في معنى الفقير
والمسكين فقال ابو يوسف قال ابو حنيفة الفقير الذي لا يسأل وهذا يدل على ان المسكين افقر واختلف
اهل اللغة في ذلك والذي يدل ان المسكين افقر قوله تعالى يا ايها الناس انتم الفقراء الى الله سماهم فقراء وان
كان لهم ملك وانشد ابو زيد   اما الفقير الذي كانت حلوبته   وفق العيال فلم يترك له سبد ٥
فسماه حلوبة وهو ان الفقير من افتقر الى غيره واحتج من قال ان الفقير افقر بقوله تعالى اما السفينة فكانت
لمساكين يعملون في البحر وهذا لا دلالة فيه لانه قيل انهم كانوا اجراء فيها ٥ قالوا لما بدأ الله بالفقير دل على
انه اهم واحوج قلنا انما بدأ به لانه لا يسأل وانما يتعفف فلا هذا وجه اوجب تقديمه على من يسأل
ولان الواو لا توجب التقديم عندنا ٥ قالوا الفقير مشتق من كسر فقار الظهر من الجوع قلنا قد قيل انه من
الافتقار الى الغير وقد قيل ان المسكين ماخوذ من السكون الى الفقر قال الله تعالى او مسكينا ذا متربة
قيل في التفسير هو الذي الصق بطنه بالتراب من الجوع وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال اللهم احيني مسكينا
واحشرني في جملة المساكين وانه استعاذ من الفقر فدل على انه اشد قلنا انما استعاذ من الفقر لانه
الافتقار الى الغير استعاذ ولا تعلق لذلك بشدة الحاجة وهذا الاختلاف لا يبين له معنى عندنا الا في
الوصايا ٥ فاما في الزكوات فالمطلوب الفقر ويجوز ان تقتصر على نوع واحد فلا يبين معنى الخلاف واما
العاملين فهم العمال الذين نصبهم الامام لجباية الصدقات فيعطيهم بقدر عملهم منها وقال الشافعي يعطيهم
ثمنها وهذا ليس بصحيح لان العامل يستحق بعمله بدلالة ان من حمل زكوته الى الامام لم يستحق العامل
منها شيئا ومن استحق بعمله دفع اليه على قدر العمل كسائر الاعمال ٥ وقد قال اصحابنا ان حق العامل فيما في
يده من المال فان جبا الزكوة فهلكت في يده سقط حقه واجزأت عن الزكوة وذلك لان قبض العامل ماذون
فيه فهو كقبض الامام او قبض الفقير وانما سقط حق العامل لانه يستحقه في مقابلة عمله لا على وجه البدل
الا ترى انه لا تقدر له مدة معلومة فصار كالمضارب الذي يسقط حقه بهلاك المال و[illegible] جاز للعامل
اخذ العوض مع الغنى ولو كان ما يستحقه صدقة لم يجز اخذها مع غناه ٥ فاما المؤلفة قلوبهم فهم
قوم من اهل الشرف ووجوه القبائل من عيينة بن حصن وصفوان بن امية وكان النبي عليه السلام يعطيهم جزأ من
الصدقات يتألفهم على الاسلام ويكف شرهم عن المسلمين وهذا سهم قد سقط لان الله تعالى اعز الاسلام
واغنى اهله عن تألف المشركين فان قيل كيف يجوز ان يعطى الكافر من الزكوة حق الفقراء والجهاد فرض
عليهم فاذا دفع عنهم القتال بما يعطوا المشركين كان في ذلك منفعة لهم وكانه صرفه اليهم ٥ واما
قوله وفي الرقاب فمعناه اعانة المكاتبين بالصدقة وقال مالك يشتري بالزكوة مملوك يعتق
وهذا فاسد لانه لا يخلو اما ان تكون الزكوة منصرفة الى المولى او الى العبد ولا يجوز ان تكون للمولى لانه
ياخذها عوضا عن ملكه ولا يجوز ان تكون للعبد لان العبد لا يملك رق نفسه وانما يتلف على ملك المولى
والزكوة يعتبر فيها التمليك وقد روي ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم علمني عملا يدخلني الجنة فقال لئن
قصرت الخطبة لقد عرضت المسألة فك الرقبة واعتق النسمة فقال الرجل اوليسا سواء قال لا فك الرقبة ان
تعين في عتقها فلما قال الله تعالى وفي الرقاب دل على المعونة في العتق ٥ واما قوله والغارمين
فهم الذين لزمتهم الديون يجوز ان يدفع اليهم الزكوة وان كان في يدهم مال لان ذلك المال يستحق بالدين ٥
واما قوله وفي سبيل الله قال ابو يوسف المراد به فقراء الغزاة وقال محمد الحاج المنقطع وقال
الشافعي تدفع الزكوة الى الغازي الغني وجه قول ابي يوسف ان سبيل الله عبارة عن جميع القرب
الا ان الاطلاق يقتضي الجهاد فوجب حمله على اطلاقه وجه قول محمد ما روي ان رجلا جعل بعيرا
له في سبيل الله فقال النبي عليه السلام احج عليه فان الحج في سبيل الله واما الذي قاله الشافعي ففاسد لقوله عليه السلام
امرت ان آخذ الصدقة من اغنيائكم واردها في فقرائكم فدل على انها لا تستحق مع الغناء ٥ فاما قوله
عليه السلام لا تحل الصدقة لغني الا لثلثة وذكر الغازي محمول على الغني الذي لا تحل له طلب الصدقة الا ان يكون
غازيا لانه لا يشتغل بالجهاد على العمل ٥ وابن السبيل هو المنقطع عن ماله يجوز دفع الصدقة
اليه وان كان له مال كثير اذا كان غائبا عنه لا يتوصل الى الانتفاع به فهو كالفقير الذي لا مال له وانما
سمي ابن السبيل لان السبيل الطريق فمن لازم السفر نسب اليه كما يقال فلان ابن الغنا وابن
الليل ولم يبين سبحانه في قوله وابن السبيل الفقير لان ذلك معلوم كما لم يشترط في اليتامى في آية الخمس
الفقير لان ذلك معلوم ٥ وقد قال اصحابنا ان الله تعالى ذكر هذه الاصناف بيانا لجهة الاستحقاق

وانه لا يجزيه منها وانما القصد الفقر فان دفع الى صنف واحد جاز وقال الشافعي لا بد من ان يقسم كل رجل
صدقته على ثمانية كل صنف والدليل على ان الفقر هو المعتبر ما روي ان النبي عليه السلام قال امرت ان اخذ الصدقة
وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن فان اجابوك فاعلمهم ان الله فرض عليهم حقا في اموالهم يؤخذ من اغنيائهم
وترد في فقرائهم وهذا الخبر يجري مجرى الاستفاضة لان الامة تلقته بالقبول فدل ان الصدقة حق الفقرا
وان المعتبر فيها المعنى ولان الامام يجوز له ان يدفع صدقة الواحد الى الواحد وهو قائم مقام صاحب المال
في الدفع فاذا جاز له ذلك جاز للمالك ايضا ولان الدفع صادف الفقر فاشبه اذا دفع الى الاصناف
الثمانية ٥ قال ولا يجوز له ان يعطي صدقته والدا وان علا ولا ولدا وان سفل ٥ قال الشيخ رحمه الله وجملة
هذا ان كل من ينتسب اليه الدافع بولادة او ينتسب الى الدافع بولاد لم يجز دفع الصدقة اليه وذلك لان
ملك هولا قد اجري مجرى ملكه بدليل ان ما يحصله لهم لا تقبل شهادته فيه فاجري مجرى ما يحصل لنفسه فكما لا
يجوز وضع الصدقة في نفسه كذلك في هولا ٥ وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز لكل واحد من الزوجين
دفع زكوتها الى الاخر وقال ابو يوسف ومحمد يجوز للمراة ان تعطي زوجها استحسانا ولا يجوز له ان يدفع
اليها وجه قوله ان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب كالولاد ولان كل شخصين لا يجوز
دفع الزكوة لاحدهما مع الفقر لا يجوز دفعه للاخر ايضا كالوالد والولد وجه قولهما ما روي ان زينب
سالت رسول الله صلى الله عليه عن الصدقة على زوجها ابن مسعود فقال لك اجران اجر الصدقة واجر القرابة
ولا يجوز ان يدفع الى عبده ولا مدبره ولا ام ولده لان هولا لا يملكون ما يدفع اليهم فهو باق على ملك
الدافع فكانه لم يخرجه عن ملكه ٥ ولا يدفع الى مكاتبه لان ملك المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه فلم
يخرجه اخراجا صحيحا فلم يجز ٥ ولا يجوز في شي من وجوه البر مما لا يقبض فيملك بالقبض مثل النفقة
في بنا المساجد ولا سقاية ولا قنطرة ولا كفن ميت ولا في قضا دين ميت لان الزكوة قد اسمي فيها التمليك
الا ترى ان الله تعالى سماها صدقة وذلك عبارة عن التمليك وبنا المسجد والسقاية والقنطرة ليس فيها
تمليك لاحد وكذلك كفن الميت لان الميت لا يملك اذ الموت ينافي التمليك ٥ واما اذا قضى دين الميت
فالميت لا يملك والمدفوع اليه لا يقبض الصدقة وانما ياخذه بدلا عن دينه فلم يوجد تمليك الصدقة فلم يجز ٥
ولا ان يعتق منها عبدا لما بينا ان بايع العبد ياخذ الثمن عوضا عن ملكه وكذلك عبد نفسه لان التمليك لم يوجد
اذ العبد لا يملك رقبته وانما سقط على ملك معتقه ولهذا يستحق الولا عليه واذا لم يوجد التمليك لم يجز
صدقته ٥ قال ولا يجوز الزكوة الا ان يقبضها فقير او يقبض من يجوز له قبضه بولاية عليه او وكالة منه وذلك
لان الصدقة تمليك الفقرا فاذا قبضوها ملكوها بالقبض فاجزات فاما اذا قبضت لهم فان كان القابض الامام
او العامل جاز لان لهم ولاية على الفقرا وقبض الولي كقبض المولى عليه وكذلك من تصدق على صبي فقير
او مجنون فقبض له ابوه او جده او وصيهما جاز لانهم يلون عليهم فصار قبضهم كقبضه وكذلك ان قبض
لهم بعض ذوي ارحامهم وليس هناك اقرب منه وهو في عياله او قبض له اجنبي يعوله والملتقط اذا
قبض للقيط لانهم قالوا في قبض هولا للهبة انه قبض جايز فكذلك قبضهم للصدقة فاما الفقير البالغ
العاقل اذا قبض له قابض فلا يجوز الا بتوكيل منه لانه لا يولى عليه فاعتبر امره بالقبض كما يعتبر في قبض
الصدقة والهبة من المتبرع ٥ قال ولا يعطي منها غني ولا ولد غني اما الغني فلا يجوز لقوله امرت ان اخذ الصدقة
من اغنيايكم ولقوله لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي وقوله تعالى انما الصدقات للفقرا ٥ واما قوله
ولد غني فان كان صغيرا لم يجز دفع الصدقة اليه لانه غني بغنا ابيه ٥ واما اذا كان كبيرا فقيرا جاز دفع الصدقة اليه
لانه ليس يغني بغنا ابيه فصار كالاجنبي وقد قال ابو حنيفة ومحمد يجوز ان تعطى المراة الفقيرة اذا كان زوجها
غنيا وكذلك البنت الكبيرة اذا كان ابوها غنيا وهي احدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه انه لا تعطى
اذا قضي لها بالنفقة وجه قولهما ان الزوجة لا تصير غنية بغنا زوجها الا ترى انه يلزمه لها مقدار معلوم
من النفقة لا تصير به غنية فصارت كمن لا زوج لها وجه قول ابي يوسف ان الزوجة تجب نفقتها
على الزوج فصارت غنية بغناه كالولد الصغير وشرط في ذلك ان يقضى لها بالنفقة لانه ما لم يقض لها
بالنفقة لا تصير دينا فلا يعتد به ٥ فاما عبد الغني ومدبره وام ولده فلا يجوز الدفع اليهم لان المولى
يملك المدفوع وهو غني ويجوز الدفع الى مكاتب الغني لان المولى لا يملك ما دفع الى مكاتبه بالدفع وانما يملكه
بعجزه وذلك سبب حادث فلا يمنع جواز الدفع عن الصدقة ٥ وقال ابو يوسف انما لا تحل الصدقة
لغني اذا كانت صدقة مفروضة فاما الصدقة النفل فيجوز وتحل له اخذها لانها تجري مجرى الهبة ٥ ولا
يعطى كافر من زكوة ماله وذلك لقوله عليه السلام امرت ان اخذ الصدقة من اغنيايكم واردها في فقرايكم فدل على انها
حق لفقرا من يوخذ من اغنيايهم ولان الامام هو الذي يتولى اخذها وهو قائم مقام المسلمين فدل
على انها حق لهم ٥ قال فان دفع الزكوة الى فقير باجتهاده ثم بان له انه غني جاز ذلك عند ابي حنيفة
ومحمد ولا اختلاف عنهما فيه وقال ابو يوسف لا يجوز وجه قولهما انه امضى الدفع باجتهاده فاذا
له اجتهاد اخر لم ينقض الاول كالحاكم والدليل على الغنا والفقر يعلم من طريق الاجتهاد لانه

مال يجوز ان يكون مغصوبا او مستحقا بالدين ولا يعلم انه غني الا بالظاهر وجه قول ابي يوسف
انه لا يجوز دفع الزكوة اليه مع العلم فلا يجوز مع الاجتهاد كعبده ومكاتبه ٥ واما اذا دفع الصدقة الى ابنه
او ابيه وهو لا يعرفه ثم ظهر له فذكر في الاصل انه يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وذكر ابن شجاع عن ابي حنيفة
في الوالدين والولد والزوجة رواية اخرى انه لا يجوز وهو قول ابي يوسف وجه ما ذكره في الاصل
ما روي ان يزيد دفع صدقته الى رجل وامره ان ياتي المسجد ليلا فيتصدق بها فدفعها الى ابنه
معن فلما راها في يده فقال والله ما اياك اردت بها فاختصما الى النبي عليه السلام فقال لك يا معن ما اخذت
ولك يا يزيد ما نويت ولان النسب يعلم بالاجتهاد ولا يتوصل الى حقيقته وقد انتقل من اجتهاد
الى اجتهاد فلا ينقض الاجتهاد الاول وجه رواية ابن شجاع ان النسب وان كان مجتهدا فيه فقد صار
في الشرع كالمقطوع به بدلالة ان من نفى نسب رجل عن ابيه حد فقد انتقل من اجتهاد الى يقين
فينقض الاول وجه قول ابي يوسف انه لا يجوز الدفع مع العلم فلا يجوز مع الاجتهاد كعبده ومكاتبه
واما اذا دفع الى هاشمي وهو لا يعلم ثم علم جاز عند ابي حنيفة ومحمد على رواية الاصل وذكر ابو يوسف
في جامع البرامكة عن ابي حنيفة انه لا يجوز وهو قوله وجه رواية الاصل ان النسب يعلم من طريق
الاجتهاد وجه الرواية الاخرى انه كالمقطوع به بدلالة ان الهاشمي لو قال له احد لست بهاشمي حد
وجه قول ابي يوسف انه لا يجوز الدفع اليه مع العلم فلا يجوز مع الاجتهاد ٥ واما اذا دفع الى ذمي جاز
على رواية الاصل عند ابي حنيفة ومحمد لان الكفر والاسلام يعلم من طريق الاجتهاد وذكر ابو يوسف
في الامالي عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الكفر مما يحكم به وما كان محكوما به فهو كالمقطوع به ٥
واما اذا دفع الى حربي جاز على رواية الاصل لان المانع هو الكفر وذلك يعلم بالاجتهاد وذكر ابو يوسف
في جامع البرامكة عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الصدقة لا يكون قربة في حقه قال الا ترى انه لا
يجوز ان يتطوع عليه بالصدقة وليس كذلك الذمي لان الصدقة يثبت لها حكم في حقه بدلالة انه يتطوع
عليه وابو يوسف مضى على اصله ٥ واما اذا دفع الى عبده ومكاتبه وهو لا يعلم ثم علم لم يجز في قولهم
لانه لم يخرج ما دفع اليهم من ملكه اخراجا صحيحا فكانه ابقاه في يده ٥ ولا يجوز ان تعطى فقرا
بني هاشم ولا مواليهم وذلك لما روي ان النبي عليه السلام قال ان الصدقة محرمة على بني هاشم وروي انه
راى في الطريق تمرة فقال لولا اني اخاف ان تكون من الصدقة لاكلتها وقال ان الله حرم عليكم يا بني
هاشم غسالة ايدي الناس ٥ واما مواليهم فلما روى مقسم عن ابن عباس قال استعمل ارقم بن ارقم الزهري على
الصدقات فاستتبع ابا رافع فاتى النبي عليه السلام فساله فقال يا ابا رافع ان الصدقة حرام على محمد وعلى ال محمد وان
مولى القوم من انفسهم وبنو هاشم الذين تحرم عليهم الصدقات ال العباس وال علي وال جعفر وال عقيل
وولد الحرث بن عبد المطلب وذلك لان الله تعالى حرم الصدقة على قرابتهم ثم عوضهم عنها الخمس وخمس
سهم ذوي القربى يختص بهولا فكذلك تحريم الصدقة يختص بهم ومن سواهم من القرابة لا حق لهم في الخمس
فهم كالاجانب فتحل لهم الصدقة ٥ قال هشام سالت محمدا عن الصدقة التي لا تحل لغني فقال هي الصدقة التي
افترضها الله الزكوة وعشور الارضين فاما الصدقة على وجه الصدقة فلا باس وانما نعني بهذا التطوع
وقد قدمناه ٥ وقال بشر بن الوليد عن ابي يوسف لا تحل الصدقة لغني ولا لفقير من بني هاشم وهذا عندنا على
زكوة الاموال والمواشي والارضين وعلى الصدقات في الكفارات في الايمان والظهار وجزا الصيد والقتل
وكل صدقة في كفارة او نذر وذلك لان هذه صدقات واجبة فلا تجوز عليهم ٥ واما قوله او قتل فان كفارة
القتل لا صدقة فيها وانما يريد من مات وعليه كفارة قتل فاوصى ان يطعم عنه وروي عن ابي يوسف انه قال
يجوز ان يعطوا من صدقة الاوقاف وهذا انما يريد به اذا سمي في الوقف الاغنيا وبني هاشم فاما اذا
اطلق شرط الصدقة فهي صدقة واجبة فلا يجوز دفعها اليهم ويجوز مع الشرط لانه في ذلك كصدقة تطوع
ولان الوقف يجوز ان يشترط ارتفاعه للاغنيا فكذلك لبني هاشم ٥ قال ويجوز ان يعطوا في الصدقة
المفروضة في الزكوة وغيرها ما شا من عروض وطعام وغيرها مما لو تصدق به تطوعا كان قربة يعطي من
ذلك بقدر قيمة ما وجب عليه قال وتحصيل هذا ان كل مال صحت الصدقة به جاز اداوه في الزكوة
سوا كان من الجنس الذي وجبت فيه الزكوة او من غيره وقال الشافعي لا يجوز اخراج القيمة في الزكوة وذكر
ابو الحسن عن طاوس ان معاذا كان ياخذ من اهل اليمن العروض في الزكوة ويجعلها في صنف واحد وعن
عطا ان عمر كان ياخذ العروض في الصدقة من الثياب وغيرها والدليل عليه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه راى
في ابل الصدقة ناقة كوما فقال اياكم وحزرات اموال الناس فقال المصدق اخذتها ببعيرين وهذا يدل
على جواز القيمة ولان ما تعلق الزكوة بجنسه جاز ان يوخذ في زكوة السوايم ابتدا كالحيوان وهذا التعليل
للدراهم ونعلل للثياب فنقول جاز اخراجه في الزكوة كالدراهم ولان ما جاز اخراجه بين الفريضتين جاز
اخراجه عن نصاب من السوايم كالشاة ٥ واذا كان مال الرجل شيا مما لا يجوز بيعه بجنسه الا مثلا بمثل فاعطى
اقل من الكيل الواجب عليه من ذلك الجنس لم يجز عنه الا بقدر كيله وكذلك الموزون عن الموزون اذا كان من

جنسها فيما فيه الربوا فلا قيمة لها الا ترى ان الشرع منع تقويمها فصار كانه اعطى من الصفة التي وجبت عليه اقل من الواجب ٥ فاما ما لا ربوا فيه فقد ذكر في الجامع الكبير انه اذا اعطى شاة سمينة بقيمة شاتين وسط جاز لان الشريعة لم تمنع من تقويم الجودة في الحيوان فجاز اعتبارها ٥ فان اعطى قدر الكيل والوزن من الجنس اردى اجزى عنه عند ابي حنيفة وقال محمد يؤدي الفضل وقال ابو يوسف ان كانت فضة عن فضة وكان المدفوع الجيد فضة مثل ان يعطي غلة جيادا عن مضروبة او تبرا جيدا فذلك جائز وان كان دون الفضة فانما دفع اقل لم يجز حتى يعطي قدر النقصان مثل ان يؤدي نبهرجة عن جياد قال ابو الحسن وقد روى محمد عن ابي يوسف غير هذا يعني انه يجوز مطلقا وهذا الفصل انما رواه ابن سماعة عن ابي يوسف وجه قول ابي حنيفة ان الجودة اذا لاقت جنسها فيما ثبت فيه الربوا لا تتقوم فكانه اخرج الجيد عن الجيد وهذا يصح على اصله فيمن له على رجل دراهم جياد فاعطاه ردية فاخذها وهو لا يعلم بذلك فانفقها انه لا يرجع عليه بشي للجودة فاما ابو يوسف فمن اصله في الدين انه يرد مثل الردية وياخذ منه الجياد وقال في رواية محمد في الزكوة يجوز عن الجياد والفرق بين الدين والزكوة انه لو اثبت للفقير حق القبض والرد لم يتعلق به فايدة الا ترى ان صاحب المال ياخذ منه الردية ولا يعطيه شيا ويعطيه الى فقير اخر واذا لم يكن في الفسخ فايدة لم يثبت الفسخ واما رواية ابن سماعة فانه قال اذا كان المدفوع فضة فالجودة لا قيمة لها واذا كان نبهرجة فقد دفع من الفضة اقل من الوزن المستحق عليه فلا تجزيه ٥ واما محمد فقد قال في مسلة الدين يرد مثل المقبوض ويرجع بحقه وقال هاهنا يتصدق بالفضل والفرق بينهما انه لو اخذ الفضل في الدين لادى ذلك الى الربوا واذا اخرج الفضل في الزكوة لم يود الى الربوا لان الربوا اسم للزيادة المستحقة بعقد البيع ٥ ولم يذكر ابو الحسن اخراج الجياد عن الردية وقد روى الحسن عن ابي حنيفة ان الزكوة تجب في الدراهم النبهرجة والزيوف والمكحلة والمزيفة اذا كانت مايتين وذلك لان الغالب عليها الفضة واسم الدراهم يتناولها والنبي صلى الله عليه اوجب في مايتين خمسة دراهم ولم يفصل ٥ فان كانت ستوقة فلا زكوة فيها الا ان تكون كثيرة تبلغ ما فيها من الفضة مايتين لان الغالب على الستوق الغش واسم الدراهم لا يتناولها فاعتبر ما فيها من الفضة فاذا بلغ نصابا وجبت فيه الزكوة وهذا الذي رواه يجب ان يكون في الستوق الذي ليس للتجارة فاما اذا كان للتجارة فيعتبر ان تبلغ قيمتها مايتين كساير العروض ٥ فاما اذا كان للتجارة فيتبين ما قال في رواية وان كان عنده فلوس او دراهم رصاص او نحاس او نحوه فلا تخلص الفضة منها وكانت كثيرة فان كانت لغير التجارة فلا زكوة فيها وان كانت للتجارة وقيمتها تبلغ مايتين ففيها الزكوة وهذا صحيح لان الصفر لا تجب فيه الزكوة الا بنية التجارة والفضة لا يعتبر فيها نية التجارة فمتى كانت الستوق لغير التجارة اعتبر فيها ما فيه الفضة وان كانت للتجارة اعتبر قيمتها ٥ وقال فان ادى عن المايتين النبهرجة اربعة جيادا قيمتها خمسة نبهرجة لم يجز الا عن اربعة في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال الحسن عن زفر يجزيه اما ابو حنيفة فمضى على اصله في ان الجودة اذا لاقت جنسها لا تتقوم واما ابو يوسف ومحمد فجاز ذلك على الدين ومن كان له على رجل دراهم نبهرجة فاعطاه جيادا اقل من وزنها لم يجز الا عن وزنها كذلك هذا ٥ واما زفر فقال المعتبر القيمة والربوا لا يقع في الزكوة وانما يقع في البياعات فلذلك جاز ٥ قال محمد وسالت محمدا عن الانية من الذهب والفضة كيف تزكي اذا كان انا وزنه مايتين وقيمته ثلثمايه قال ان شا دفع ربع عشره الى فقير فشاركه فيه وان شا دفع ربع عشر قيمته من الذهب وذلك لانه اذا شارك بربع عشره فقد اخرج الوزن والجودة فاذا ادى من غيره لم يجز على اصل محمد لان الجودة معتبرة فلا بد من العدول الى الذهب فاما على قول ابي حنيفة فان اخرج خمسة دراهم من عين الانا جاز على اصله في جواز اخذ الردية عن الجياد وان اعطى من الذهب قيمة خمسة دراهم من عينه لانا لم يجز في قولهم جميعا حتى يؤدي تمام القيمة لان ابا حنيفة يسقط الواجب بالخمسة الردية فاذا ادى القيمة فتعتبر المستحق ولم تعتبر قيمة غيره ٥ ولم يتعرض ابو الحسن لحكم النية في الزكوة والنية معتبرة في اخراج الزكوة لقوله عليه السلام الاعمال بالنيات ولانها عبادة مقصودة فلا بد فيها من النية كالصلوة ٥ وقد قال هشام عن محمد في رجل له مال نوى ان يؤدي الزكوة وجعل يتصدق الى اخر السنة ولا تحضره النية قال لا يجزيه وهذا صحيح لان المعتبر ان ينوي عند الدفع او عند التمييز ولم يوجد واحد منهما ٥ قال قلت فان اخرج دراهم فصرها في كمه وقال هذه من الزكوة فجعل يتصدق ولا تحضره النية قال ارجوا ان يجزيه في هذا وذلك لان اعتبار النية في كل دفع مع تفريق الدفع مما يشق فاذا عين الزكوة ونواها تعينت بنفسها فلم يحتج الى النية عند الدفع ٥ ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة اجزاه عن الزكوة استحسانا وجه القياس ان سقوط الفرض يقف على النية ولم يوجد وجه الاستحسان ان ملك الفرض جميع المال فلا يضمن كما لو هلك المال وقد روي عن ابي يوسف انه فصل فقال ان ابتدا بالصدقة وهو ينوي ان يتصدق بجميع ماله فجعل يتصدق به اولا اجزاه عن الزكوة وان لم ينو ابتداء ان يتصدق بجميع ماله فجعل يتصدق به حتى اتى عليه ضمن الزكوة لانها كانت واجبة عليه بعد ما تصدق ببعض المال فلا يسقط بالصدقة الباقية ٥ قال ابو يوسف اذا تصدق ببعض ماله لا ينوي الزكوة لم يجز عن زكوة ذلك البعض وجه على ان يزكي الجميع وقال محمد يجزيه عن زكوة ما تصدق به ويزكي ما بقي وجه قول ابي يوسف ان الزكوة انما تسقط

بغير نية لان المقصود من المال على وجه القربة وهذا لم يوجد في صدقة البعض وجه قول محمد انه لو تصدق بالجميع اجزى عن زكوته فاذا تصدق ببعضه اجزاه عن قدره ٥ قال ابو يوسف اذا تصدق بخمسة ينوي بها الزكوة والتطوع كانت من الزكوة وقال محمد من التطوع وجه قول ابي يوسف ان التطوع لا يفتقر الى تعيين النية فسقطت النية والتعيين فكانه نوى الزكوة والصدقة وجه قول محمد ان نية التطوع والزكوة يتنافيان فسقط التعيين فيهما فكانه تصدق بها بنية مطلقة ٥ قال ابو الحسن لا باس ان يعطي من الزكوة من له مسكن وخادم وما يتاثث به في منزله مما لم يكن له فضل عن ذلك ما يبلغ مايتي درهم وذلك لانا قد بينا ان الغني لا يجوز دفع الزكوة اليه وحد الغني ان يملك فاضلا عن مسكنه وخادمه وفرسه وسلاحه وثياب بدنه وما يتاثث به وكتب العلم ان كان من اهله ما يبلغ مايتي درهم فصاعدا وانما لم يعتد بهذه الاشيا لان الانسان منهي عن بيعها فوجودها وعدمها في الكفاية سوا وقد روي عن الحسن البصري انه قال كانوا يعطون الزكوة لمن يملك عشرة الاف درهم الفرس والسلاح والدار والخادم ٥ فاذا ملك زيادة على ذلك مايتي درهم لم يجز دفع الصدقة اليه وقال الثوري حد الغني خمسون درهما وقال الشافعي يجوز دفع الزكوة اليه اذا كان له مال كثير ولا كسب له وهو يخاف الحاجة لنا ان من ملك مقدار النصاب فقد جعل في الشريعة من الاغنيا بدلالة وجوب الزكوة عليه التي فرضها الله تعالى على الاغنيا وما دون ذلك لما لم يجب فيه الزكوة لم يصر به غنيا فجاز له قبول الزكوة ولان وجود الحاجة منه في الثاني لا يخرجه عن حكم الفقير في جواز الاخذ كما لا يجعله في حكم الفقير في سقوط الوجوب او كالغني في الوجوب ٥ واما الثوري فقد ذهب الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه انه قال من سال الناس عن ظهر غنا جا يوم القيامة وفي وجهه خدوش او كدوح فقيل له وما الغنا قال خمسون درهما وهذا لا دلالة فيه لانه ذكره في تحريم المسلة بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه قال لعمر ما جاك من هذا المال من غير طلب ولا استشراف فخذه فانه مال الله يوتيه من يشا ٥ واما الفقير اذا كان قويا مكتسبا فقد يحل له اخذ الصدقة ويكره له الطلب وقال الشافعي لا يحل له لنا انه فقير بدليل ان الزكوة تجب عليه فجاز له اخذها كمن لا كسب له ولان القادر على الكسب لا يصير كالمالك بدلالة انه لا يلزمه الصدقة وقوله عليه السلام انه لا حق فيها لغني ولا لذي مرة سوي لا دليل فيه لانه اراد لا حق له في طلبها بدليل انه قال للرجلين ان شيتما اعطيتكما وعندنا لا يجوز له ان يسال الناس والله اعلم

باب زكوة الدين قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

هذا الباب يشتمل على فصول اولها ما ملكه الانسان دينا بغير فعله وليس ببدل عن شي كالميراث فلا زكوة فيه حتى يقبض ويحول عليه الحول عند ابي حنيفة وكذلك ما ملكه بفعله وهو دين الا انه ليس ببدل عن شي مثل ان يوصي له به وما ملكه بدلا عما ليس بمال وهو دين فلا زكوة فيه حتى يقبض ويحول عليه كالدية على العاقلة والبدل في الخلع والمهر ومال الكتابة والصلح من دم عمد وما ملكه بدلا عن مال لو بقي في يده لم يجب فيه الزكوة مثل عبد الخدمة وثياب البذلة اذا باعها ففيه روايتان قال في الاولى اذا قبض مايتين زكى لما مضى وروى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا زكوة فيه حتى يقبضه ويحول عليه الحول وهو الصحيح وما كان بدلا عن مال لو بقي في يده وجبت فيه الزكوة مثل عروض التجارة اذا باعها فانه اذا قبضه وقد حال الحول لم يزكه حتى يقبض اربعين فصاعدا وقال ابو يوسف ومحمد كل دين صحيح اذا قبضه زكوه لما مضى وكذلك ان قبض بعضه وما لم يكن دينا صحيحا لم يزكه والديون كلها صحيحة الا الدية على العاقلة ومال الكتابة اما المهر اخص من الوصية فلانه لم يملكها الا وهو دين فصار كالدية على العاقلة ولان النصاب المتفق عليه ما اجتمع فيه اليد والملك فقد وجد الملك دون اليد فلا يثبت نصابا من غير اتفاق واما الدية على العاقلة ومال الكتابة فليس بدين صحيح بدلالة ان من مات من العاقلة سقط ما عليه والمولى لا يثبت له على دين صحيح والملك الناقص لا زكوة فيه ٥ واما المهر اذا كان دينا فلا زكوة فيه لانه بدل عما ليس بمال كالدية على العاقلة ٥ وعلى الشافعي انه دين وجب بدلا فلم تجب فيه الزكوة لو تزوجها على مال لم ينو به التجارة ٥ واما البدل في الصلح والخلع فلانه بدل عما ليس بمال كالدية واما بدل الخدمة فالصحيح انه لا تجب فيه الزكوة حتى يقبض مقدار النصاب ويحول عليه الحول لانه لم يملكه وهو على صفة تجب فيه الزكوة الا وهو دين في الذمة فصار كالميراث وجه رواية الاصل انه اخذ شبها من اصلين من ثمن متاع التجارة لانه بدل عن مال كانت يده ثابتة عليه ومن المهر والميراث لانه لم يملكه وهو على صفة يتعلق به الزكوة الا وهو دين فاعطي حكم الشبه من الاصلين فقلنا يعتبر قبض مايتين ليلحق بالميراث وتزكيتها لما مضى ليلحق بثمن عبد التجارة ٥ واما ثمن عروض التجارة فوجه قول ابي حنيفة ان الوجوب قد حصل بحولان الحول وانما يحتاج الى الاداء ونصاب الاداء بعد الوجوب يتقدر عنده باربعين كالزيادة على المايتين وجه قولهما ان ما كان دينا صحيحا فان الزكوة تجب فيه كثمن العروض وما لم يكن دينا صحيحا لم يجب فيه الزكوة لنقصان الملك فيه وقليل المقبوض عندهما وكثيره سوا لان الوجوب اذا حصل لم يتعين عندهما نصاب للادا كما في الزيادة على المايتين ٥ قال ابو الحسن وهذا اذا لم يكن لصاحب المال مال غير ذلك فان كان له مال فما قبض من ذلك فهو بمنزلة الفايدة يضمه الى المال لانه مستفاد في الحول فلا يعتبر انه قبل القبض كالوورثة ٥ وقال ابو حنيفة اذا تزوج على ابل بعينها ولم يقبضها حتى حال عليها

الحول فلا شي عليهما وقال ابو يوسف ومحمد فيها الزكوة ووجه قول ابي حنيفة انه بدل عما لا يجب فيه الزكوة فلا يجب فيه الزكوة قبل القبض كالدية على العاقلة ووجه قولهما انها قد ملكت المهر وتم ملكها فيه بدليل جواز تصرفها كالمقبوض فاما المبيع قبل القبض فقد روي عن ابي يوسف انه لا زكوة فيه على المشتري لان ملكه لم يتم الا ترى انه لا يجوز تصرفه فيه قبل القبض

باب المال يستوي في بعده عليه هل فيه الزكوة ام لا

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله الاصل الذي تقدم في هذا الباب ان الديون الصحيحة يجب فيها الزكوة وذلك لانه حصلها في ذمة غيره بفعله فهو كما لو حصلها في يده ولا يلزمه اخراج زكاتها حتى يقبضها خلافا ما قال الشافعي انه لا دين في الذمة فلا يجب اخراج الزكوة عنه قبل قبضه اصله اذا كان الذي عليه الدين معسرا في الباطن دون الظاهر ولانه اذا اخرج عنه دينا لم يجز لان ما في الذمة حق والحقوق لا تجزي في الزكوة كالمنافع ولا يجوز ان يلزمه اخراج العين لانها افضل من ملكه في الدين ولا يلزمه اخراج الكامل عن الناقص قال ابو الحسن واذا كان للرجل مال على موسر او معسر وهو جاحد له حتى مضى حول له او احوال ثم اقر به فاخذه صاحبه فلا زكوة عليه فيما مضى وكذلك المال المغصوب وقال زفر يجب فيه الزكوة وبه قال الشافعي لنا انه خارج عن يده وهو ممنوع من الانتفاع به فلا يجب فيه الزكوة كما مضى كمال الكتابة اذا عاد اليه بالعجز ولان السائمة المغصوبة قد عدم فيها النما وعدم النما فيما لا يجب فيه الزكوة الا بطلب النما يسقط الزكوة كما لو جعلها عوامل ووجه قول زفر ان الملك له وانما عدم اليد وعدم اليد لا يمنع وجوب الزكوة فيه كالوديعة واما الدين المجحود اذا كان لصاحبه بينة فلم يقمها حتى مضى حول فقد روى هشام عن محمد انه لا زكوة عليه لان الحاكم قد يجوز ان يقبل البينة ويجوز ان لا يقبلها فلم يمنع ذلك من توا المال فلم يجب زكوته واما اذا كان القاضي يعلم الدين عليه فعليه الزكوة لانه بحال لو رفعه الى القاضي لقضى عليه فقد ترك اخذه بفعله فلا يسقط زكوته وقد روى معلى عن ابي يوسف ان الغريم اذا كان يقر في السر ويجحد في العلانية فلا زكوة في الدين لان صاحبه لا يقدر على الانتفاع به فهو كالمال المجحود في الحالين قال ابو الحسن وان كان الدين على معسر مقر به فمضى عليه حول ثم قبضه زكاه في قولهم جميعا وقال الحسن بن زياد لا زكوة فيه ووجه قولهم ان اعسار الغريم لا يمنع من صحة الدين لان الذمة صحيحة والدين الصحيح يجب فيه الزكوة ووجه قول الحسن ان الدين على المعسر لا يمكن الانتفاع به فهو كالتاوي ومن كان في يده مال فسقط منه او غصبه غاصب او اخذه العدو او كانوا عبيدا فابقوا فلا زكوة عليه اذا قدر عليه بعد الحول وذلك لان المال الخارج عن يده ونقره فهو واما اذا غلب عليه العدو فقد ملكوه عندنا فزال ملكه وزوال الملك يمنع وجوب الزكوة وكذلك ان دفن مالا في غير حرز ونسيه ثم ذكره بعد حول فلا زكوة عليه وان دفنه في حرز ثم نسيه فعليه الزكوة وذلك لانه اذا كان في غير حرز فهو خارج عن يده فقد تعذر عليه الانتفاع به واذا كان في حرز فيده ثابتة عليه فلا يعتبر الانتفاع به مع ثبوت اليد كما في صندوقه وروى ابن رستم عن محمد فيمن اودع رجلا لا يعرفه مالا ثم اصابه بعد سنين قال لا زكوة عليه وهذا بمنزلة من دفن مالا في غير مفازة قال وان كان اودع رجلا يعرفه فنسيه سنين ثم ذكره فانه يزكيه وهذا صحيح لانه اذا لم يعرفه فما في يده تاوي ومن يعرفه فيده قائمة مقام يده وانما فرط في النسيان فلا تسقط الزكوة واذا كان الدين على معسر فلسه القاضي ففيه الزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا زكوة فيه اما ابو حنيفة فمن اصله ان الحكم بالتفليس لا ينفذ وذمة المفلس كذمة غيره صحيحة فهو بعد التفليس كما قبله واما ابو يوسف فانه وان كان يرى الحكم بالتفليس فانه يقول الثمر فيه تاخير المطالبة الى وقت اليسار فصار كالتاجيل واما محمد فقال ان التفليس يوجب عيبا في الذمة فيصير الدين ناقصا بالنقصان محله والدين الناقص لا زكوة فيه كمال الكتابة

باب هلاك مال الزكوة بعد وجوبها او هلاك بعضه

قال الشيخ رحمه الله قال اصحابنا اذا هلك المال بعد الحول بغير تعدي من صاحبه وما لكه سقطت الزكوة وقال الشافعي اذا هلك بعد امكان ادائه ضمن لنا ان المال هلك بغير فعله فلم يلزمه الزكوة عنه بغير مطالبة اذا في اصله اذا هلك قبل امكان الاداء ولان ما لا يكون مضمونا قبل امكان الاداء لا يضمن بالتاخير عن وقت الامكان كالوديعة والصدقة باللقطة ولانه حق لم يتعين من يجب دفعه اليه فلا يضمن بالتاخير اصله لو قال لصاحب المودع سلم الوديعة الى اي غلماني شئت وكان ابو الحسن يقول ان الساعي اذا طالب بالزكوة فلم يدفع اليه حتى هلك المال ضمن لانها امانة وقد طالبه بها من يملك المطالبة فصار كالمودع اذا طالب الوديعة فمنعها مع الامكان حتى هلكت ضمن وكان ابو سهل الزجاجي يقول لا يضمن وان طلب المصدق لان المالك مخير ان شا اعطى العين وان شا اعطاه غيرها من القيمة او غير ذلك فله ان يوخر الدفع ليحصل العوض عنها قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا اجتمع في المال نصاب وعفو فالوجوب متعلق بالنصاب دون العفو فاذا هلك منه العفو لم يسقط شي من الزكوة وقال محمد وزفر الوجوب يتعلق بهما فالهالك منهما وقال الشافعي في الاملا مثله وفي القديم لنا حديث عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض وليس في الزيادة شي الى خمس وثلثين ذكره اسمعيل بن اسحق ولان الزيادة لا يتغير بها الوجوب فلا ينتقل اليها الوجوب او لا يتعلق بها الوجوب كالزيادة المستفادة والزيادة من غير جنس المال والزيادة اذا بلغت نصابا ووجه قول محمد وزفر ان ما يتعلق به الوجوب غير متعين فصار كان النصاب اختلط بمال اخر فيكون الهالك منهما وعلى هذا الاصل من الجامع الكبير فيمن له اربعون

62

الابل فهلك منها عشرون ففي الباقي اربع شياه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف عشرون جزءا من ستة وثلثين جزءا من بنت لبون وقال محمد نصف بنت لبون اما ابو حنيفة فقال الهالك بمنزلة ما لم يكن بدليل انه لا يضمن زكوته فيصير كان الحول حال على عشرين واما ابو يوسف فقد قال في الاربعين اربعة عفو فالهالك لا منها ويبقى بنت لبون في ستة وثلثين فما هلك من المال سقط منها بقدره واما محمد فمن اصله ان بنت لبون واجبة في الاربعين فاذا هلك نصفها سقط نصف الوجوب واما اذا ترتب النصاب على النصاب من غير عفو مثل مايه واحد وعشرين من الغنم وهلك منها احد وثمنون فقد قال في الجامع الكبير في الباقي شاة في قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد فيه اربعون جزءا من مايه واحد وعشرين جزءا من شاتين وروي في الاملا عن ابي حنيفة مثله قال ابو الحسن وهو الصحيح لان هشاما روى عن محمد انه قال لا احفظ في ذلك مذهب ابي حنيفة اما وجه قول على ما قال في الجامع الكبير فلان النصاب الثاني يترتب على الاول كترتب العفو على النصاب فالهالك منه وصار كان لم يكن الا الباقي ووجه قولهما ان الوجوب متعلق بالجميع لانه لا عفو فيه فالهالك يهلك من النصابين والباقي يبقى منهما واذا كانت الابل خمسا وعشرين فهلك منها عشرة فقياس ما روى محمد عن ابي حنيفة ان في الباقي ثلث شياه لانه يجعل الهالك كان لم يكن وفي قول ابي يوسف ومحمد وزفر فيه ثلثة اخماس بنت مخاض واما اذا انضم الى مال الزكوة الذي يجب فيه ربع العشر مال اخر بعد الحول واختلط به ثم هلك بعضه فالهالك من الجملة وقد سقط من الزكوة بحسابه مثاله اذا كان له مايتا درهم فحال عليها الحول ثم ورث مايتين فخلطها بها ثم هلك نصفها كان الهالك من المالين وسقط نصف الزكوة لان احد المالين ليس بتابع للاخر ولا مترتب عليه فهو كالمال المشترك ولو ربح في المايتين بعد الحول مايتين ثم هلك من الجملة لم يسقط شي من الزكوة لان الربح تبع للمال فالهالك منه كالعفو قال ابو الحسن والعفو عند ابي حنيفة في ساير الاموال فاما على قولهما فلا يتصور العفو الا في السوايم لان عندهما ما زاد على المايتين لا عفو فيه

باب المال يكون للصبي والمجنون

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله قال اصحابنا لا زكوة في مال الصبي والمجنون وقال الشافعي فيه الزكوة لنا انه احد الاركان الشرعية فلا يثبت وجوبها في حق المجنون كالصوم والصلوة ولانه مال لغير مكلف كالحلي والخيل المتولدة بين الظبا والغنم واذا افاق المجنون في بعض الحول فقد روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه اذا افاق من جنونه استانف حولا من حين افاق ولا يجب لما مضى من الاحوال شي وهذا ما حكاه ابو الحسن وانما رواه الحسن في المجنون الاصلي اذا بلغ مجنونا الا انه قال في روايته اذا دخل الحول وهو صحيح ثم جن بعد ذلك فمكث حولا انه بطل حكم ما صح في الاول وان لم يتم به الجنون حولا اوجبت عليه الزكوة من الوقت الاول وقال في نوادر الزكوة انه متى افاق في شي من السنة قل او كثر فعليه الزكوة لتلك السنة وقال هشام عن ابي يوسف انه اعتبر الافاقة اكثر السنة خلاف رواية ابن سماعة عنه لانه روي عنه انه اذا افاق ساعة من الحول في اوله او وسطه او اخره وجبت الزكوة وهو قول محمد اما الجنون الاصلي فانما اعتبر ابو حنيفة ابتدا الحول من حين الافاقة لان التكليف لم يسبق هذه الحالة فصارت الافاقة كبلوغ الصبي واما اذا طرى الجنون فان استغرق سنة اسقط التكاليف الا ترى انه يسقط الصلوة والصوم والحج فصار في حكم الجنون الاصلي واما اذا جن اقل من سنة فلم يسقط عنه جميع العبادات عن حج وغيره فصار كجنونه ساعة ولان المعتبر بابتدا الحول لانه وقت الانعقاد وبانتهائه لانه وقت الوجوب وقد حصل التكليف فيهما وزوال التكليف ما بين ذلك لا يوثر في الوجوب وجه قولهما ان الحول في العبادة فالافاقة في جز منه تعلق به الوجوب كافاقته في رمضان ووجه رواية هشام عن ابي يوسف ان الاكثر يقوم مقام الجميع فاذا اجتمع اكثر الحول صار كانه جن في جميعه واذا جن في اقله فقد غلبت الصحة فصار كجنون ساعة والذي يجن ويفيق عندهم كالصحيح لان هذا الجنون لا يستحق به الحجر فهو كالنوم واما المغمى عليه فهو كالصحيح لان الاغما لا يوثر في العبادات التي ليس من شرطها الطهارة بدلالة الصوم والحج واذا ارتد الرجل عن الاسلام وقد وجبت عليه الزكوة بطلت عنه الزكوة وكذلك ما مر عليه من الاحوال وهو فيها مرتد فلا زكوة عليه وقال الشافعي الردة لا تسقط الزكوة لنا قوله عليه السلام الاسلام يجب ما قبله ولان من خاطب بالايمان لا يلزمه الزكوة كالحربي وقد قال اصحابنا ان الزكوة تسقط بالموت وقال الشافعي لا تسقط لنا ان كل عبادة وجبت عليه في حيوته لا يجوز اداوها بعد موته اصله الصلوة ولانه ادى الزكوة عنه بغير نيته فصار كالحيوة وقالوا في من مات في خلال الحول انقطع حوله وقال الشافعي يبني الوارث عليه لنا ان ملكه زال عن النصاب فصار كالو باع ذلك

باب تعجيل الزكوة

قال الشيخ رحمه الله قال اصحابنا تعجيل الزكوة جائز في جميع الاموال اذا ملك نصابا يجوز وقال مالك لا يجوز لنا ما روي ان النبي عليه السلام استسلف من العباس زكوة عامين ولانه حق موجل فاذا عجله فقد احسن كالدين الموجل واما اذا لم يكن عنده نصاب فلا يجوز التعجيل لانه لم يجب الحق ولا وجد سبب الوجوب واذا العبادات قبل دخول وقتها وقبل وجود سبب وجوبها لا يجوز قال اصحابنا اذا ملك نصابا فعجل لنصابين ولاكثر جاز وقال زفر لا يجوز ان يعجل زكوة ما لم يكن في ملكه لنا ان وجود النصاب في ملكه سبب لوجوب الزكوة فيما يستفيد بدلالة انه يضمه الى المال في حكمه حوله فقد عجل عند وجود سبب الوجوب فجاز التعجيل

وجه قوله ان تعجيل زكوة ما ليس في ملكه فلا يجوز كالنصاب الاول ٥ قال ابو الحسن انما يجزي التعجيل اذا كان مالكا
للنصاب في اول الحول واخره ومعه في وسط الحول نصاب او بعضه وذلك لان المعجل انما يقع عما يجب عليه بحؤول الحول ولا
يجب عليه الا ان يكون النصاب كاملا في طرفي الحول وقد وجد في اثنائه جزء منه ٥ فاما اذا عجل زكوة المائتين ثم هلكت كلها
واستفاد مائتين لم يجز ما عجل عنها لانه عجل عن غير مال وقد بينا انه لا زكوة فيه وما استفاد لا زكوة عليه فلم يجز المعجل ٥
قال ابو الحسن وان حال الحول وليس عنده نصاب وهو اذا ضم اليه ما عجل تم النصاب فلا زكوة عليه ولا يعتبر المعجل في
تمام النصاب مثاله من عجل شاة من اربعين فحال الحول وعنده تسعة وثلثون فان الزكوة لا تجب عليه قال في الزيادات
ان كان دفع الواحدة الى الفقير وقعت نفلا وان كانت قائمة بعينها في يد الامام او الساعي اخذها وان باعها الامام
لنفسه ضمنها والثمن له وان باعها فلم يتصدق بثمنها رد عليه الثمن وقال الشافعي يكمل النصاب بما عجل فيمنع عن الوجوب
لنا انه مال اخرجه بنية الزكوة فلا يكمل به نصابه اصله اذا تلف في يد الامام ٥ قال اصحابنا اذا استسلف الامام
الزكوة فتلفت في يده لم يضمن وقال الشافعي اذا استسلف بغير مسألة رب المال ولا اهل السهمان ضمن لنا انه مأذون
في الاخذ فاذا لم يضمن به لم يضمن بالهلاك كالاب يستقرض للصغير ولان له ولاية في استيفاء هذا الحق للفقراء فاذا
استوفاه وتلف في يده لم يضمنه من غير تفريط اصله اذا اخذها بعد الحول ٥ قال اصحابنا اذا دفعها الامام الى فقير
فايسر الفقير قبل تمام الحول او مات او ارتد جاز عن الزكوة وقال الشافعي يسترده الامام الا ان يكون اليسار من
المال لنا ان الدفع صادف فقرا فما حدث بعده من الغنا لا يؤثر فيه اصله اذا اخرجها بعد الحول ٥ قال اصحابنا اذا
عجل زكوة ماله فهلك المال لم يرجع على الفقير وقال الشافعي اذا قال له انها معجلة رجع عليه لنا انه مال وصل الى
المسكين بنية الزكوة فلم يجز الرجوع فيه كما لو اطلق الدفع ٥ وقالوا اذا كان دراهم ودنانير وعروض فعجل زكوة جنس
منها فهلك جاز المعجل عن الباقي لان الجميع في حكم المال الواحد الا ترى ان نصاب بعضه يبنى على نصاب البعض فصار
كمن له الف درهم عجل زكوة المائتين ثم هلك بعض المال وقالوا في السوائم المختلفة اذا عجل شاة عن خمس من الابل
فهلكت وعنده اربعون من الغنم لم يجز عن زكاتها لانهما نصابان مختلفان فالتعجيل عن احدهما لا يقع عن الاخر ٥ قال
ابو يوسف اذا زرع ارضه جاز تعجيل العشر وان لم ينبت البذر وقال محمد لا يجوز حتى ينبت ولا يختلفون انه اذا
عجل مثل البذر لم يجز لابي يوسف انه اذا طرح البذر فلم يبق الى وقت الوجوب الا مضي الزمان فصار ذلك
كوجود النصاب وليس كذلك ما قبل البذر لان الوجوب موقوف على فعل حادث وجه قول محمد ان البذر
يتلف وانما يتولد الحب من النبات فما لم يوجد فقد عجل الزكوة قبل وجود سبب الوجوب فلم يجز ٥ قال
ابو يوسف اذا عجل عشر ثمرة النخل قبل ان تطلع جاز وقال محمد لا يجوز حتى يطلع وجه قول ابي يوسف
انه لم يبق الى وقت الوجوب الا مضي الزمان فصار كوجود النصاب وجه قول محمد ان النخل يبقى في ملكه
وينمو الى الخارج منه فلم يكن سببا للوجوب كالارض

باب ما يمر به على العاشر

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله ما مر به المسلم على العاشر مما يجب فيه الزكوة وقد حال عليه الحول
اخذ منه ربع العشر وهذا هو الزكوة الواجبة عليه بعينها تجب على شروط الزكوة وتسقط بما يسقط به الزكوة والاصل
في ذلك ما روي ان عمر رضي الله عنه نصب العشار وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي
العشر وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير ولان الزكوة في المال الناض تتعلق بها حق الامام كالمال الظاهر وانما ابى عثمان ان
الاموال كثرت وان تتبعها يشق عليهم ففوض ذلك الى اربابها فاذا اجتازوا بها على المصدق فقد ظهرت فصارت
كالسائمة ٥ واذا ثبت ان الماخوذ زكوة اعتبر فيها شرائط الزكوة وقد قالوا ان من شرط الاخذ اجتماع الملك والمالك
لان المالك اذا حضر فما لم يظهر فلا يطالب بزكوته واذا حضر ماله والمالك لم يحضر لا يؤخذ الزكوة ٥ وقال
محمد في الجامع الصغير اذا مر المضارب والعبد المأذون بمال اخذ منه العاشر الزكوة في قول ابي حنيفة الاول
وابو يوسف ثم رجع في المضارب وقال لا يؤخذ منه ولا اعلمه في العبد رجع وجه قوله الاول ان المضارب
مالك للتصرف في المال على العموم فهو كرب المال والصحيح ان رجوعه في احدهما رجوع في الاخر لان الملك حضر
دون المالك ومن شرط الاخذ اجتماع الامرين ومن اصحابنا من تكلف الفرق فقال يد المأذون لنفسه بدلالة انه لا
يرجع بالديون على مولاه فصار كالمالك فيؤخذ منه ٥ واما المضارب فيده كيد رب المال بدليل انه يرجع بالديون عليه
ولم يحضر رب المال ولا رضي به فلا يؤخذ منه الزكوة وعلى هذا قالوا اذا مر على العاشر بشقص نصاب واخبره ان له مالا يتم به
النصاب لم يأخذ منه شيئا لان ما لم يحضر ليس بظاهر والاخذ يتعلق بالمال الظاهر ٥ قالوا ولا يأخذ من المسلم اذا مر عليه في الحول
اكثر من مرة واحدة لان الماخوذ زكوة فلا تتكرر وجوبها في الحول وكذلك الذمي لانه من اهل دار الاسلام كالمسلم فاما الحربي
فكلما عاد الى دار الحرب ثم خرج منه فعليه العشر لان ماله صار محظورا في دار الاسلام فهو يحتاج كل مرة الى تجديد الامان
فاذا عاد تجدد الحظر فوجب عليه العشر ٥ قال واذا مر الذمي بخمر للتجارة اخذ عشر ثمنها ولا تعشر الخنازير لما روي عن
عمر انه قال ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها وروي عن مسروق ان الخمر تعشر ولانها كانت مالا للمسلمين وتعود
مالا اذا تخللت وهي فيما بين ذلك مال اهل الذمة فغلب معنى المال فيها فوجب العشر واما الخنازير فلم تكن مالا للمسلمين
ولا تعود مالا لهم فلم يغلب معنى المالية فيها فلا تعشر ٥ فان قال المسلم او الذمي للعاشر اديتها الى عاشر غيرك او
دفعتها الى المساكين فان القول قوله مع يمينه فان جاء ببراءة فاتهمه فيها استحلفه اما اذا الذمي دفعها الى عاشر اخر

وقد كان في تلك السنة عاشر فالقول قوله لان الامر يحتمل ان يكون كما قال وهو امين فيصدق ٥ وقد قال في الاصل احب
الي ان يقبل قوله الا ان يحضر براءة عاشر لان العاشر اذا اخذ يكتب البراءة فاذا لم يحضر البراءة فقد كذبه الظاهر
وقال في الرواية الاخرى يصدق من غير براءة لانه امين فيقبل قوله من غير حجة كالمودع ٥ واما اذا قال اديت زكوتها
الى المساكين فالقول قوله لانه يملك الاداء اليهم ويستحلف على ذلك عند ابي حنيفة ومحمد لان من جعل القول قوله
فيما يلزمه فيه الخصومة والشيء مما يتحج بذل فالقول قوله فيه مع يمينه كالمدعي عليه الدين وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
انه لا يستحلف لانها عبادة فالقول قوله فيها ولو ادعى انه اداها بغير يمين كالصلوة والصيام وعلى هذا اذا قال للعاشر
علي دين او لم يحل علي الحول لان الزكوة تتعلق بشرائط لا تعلم الا من جهته فالقول قوله فيها وكذلك الذمي لانه
من اهل دار الاسلام كالمسلم ٥ فاما المسلم فقد بيناه واما الحربي اذا قال علي دين او لم يحل علي الحول اخذ منه
لان الدين يؤثر في نقصان الملك والحربي ما نقص الملك في الاصل والعشر واجب عليه وكذلك الحول لا يعتبر
في حقه ٥ فان كان معه مماليك فقال هم اولادي او امهات اولادي فالقول قوله لان النسب في دار الاسلام
يثبت كما في دار الحرب سوا فيرجع الى قوله فيه ٥ وان قال هم مدبرون لم يلتفت الى قوله لان التدبير لا يصح في
دار الحرب ٥ قال ويأخذ من اهل الحرب مثل ما يأخذون من المسلمين فان كانوا لا يعشرون المسلمين لم يعشروا
وان لم يعلم هل يعشرون المسلمين ام لا يعشرون او لم يعلم قدر ما يأخذون اخذ منهم العشر لما روي ان عمر
قال خذوا منهم ما يأخذون من تجارنا فقيل له ان لم نعلم ما يأخذون قال خذوا العشر وهذا ليس على طريق المقابلة
لفعلهم لان ما يأخذونه من المسلمين ظلم وما نأخذه منهم حق وانما نفعل ذلك لانه ادعى الى تثبيت الامان
واقرب الى اتصال التجارات ٥ ويؤخذ من بني تغلب نصف العشر وذلك لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف
ما يؤخذ من المسلمين ٥ قال ابو حنيفة رحمه الله اذا مر على العاشر بما لا يبقى حولا مثل الفاكهة ونحوها
فلا شيء فيه وقال ابو يوسف ومحمد فيه العشر وجه قوله قول النبي عليه السلم ليس في الخضروات صدقة ولانها لا
تبقى حولا فاذا مر بها مضى الحول فيها ناقص فكانه لم يحل عليها الحول وجه قولهما ان المعتبر
في اموال التجارة معانيها دون اعيانها وقيم الفواكه كاملة فيجب فيها الزكوة ٥ واذا مر الحربي على العاشر
فلم يعلم به حتى عاد الى دار الحرب ثم خرج ثانيا فعلم به لم يأخذه بما مضى لان عوده الى دار الحرب يسقط
الحقوق عنه لامتناع بقاء الحقوق عليه وهو حربي ولانا نأخذ العشر منه لحظر ماله فاذا زال الحظر فسقط
ما وجب لاجله ٥ ولو اجتاز المسلم والذمي ولم يعلم بهما العاشر ثم علم بهما في الحول الثاني اخذ الحق منهما
لان الوجوب قد حصل ولم يوجد معنى يسقطه فصحت به المطالبة ٥

باب العشر

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله الاصل في وجوب العشر في الزروع والثمار قول الله تعالى
واتوا حقه يوم حصاده وقوله تعالى ومما اخرجنا لكم من الارض وقول النبي عليه السلم فيما سقت السما العشر ولا خلاف
في ذلك قال ابو الحسن قال ابو حنيفة في قليل ما اخرجت الارض وكثيره العشر وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء
في اقل من خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وجه قوله قوله عليه السلم فيما سقت
السما العشر ولانه حب اخرجته الارض العشرية فهو كخمسة اوسق ولانه حق مال ليس له عفو بعد النصاب
فلا يكون له نصاب ابتدا كخمس الغنيمة وجه قولهما قوله عليه السلم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ٥ قال
ابو حنيفة فيما اخرجت الارض العشر اذا كان مما يبتغي بزراعته النما وقال ابو يوسف ومحمد لا يجب العشر
الا في الحبوب والثمار الباقية وجه قوله ما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال فيما سقت السما العشر ولانه زرع
يدخل في البيع بالشرط فوجب فيه العشر كالحنطة والشعير وعكسه الحشيش ولانه نوع نبت لا يوجد مباحا
نافها كالحنطة وهذه العلة هي التي تعلق الزكوة بها الا ترى ان الله تعالى اوجبها في الاموال التي لا توجد مباحة
ليشارك الفقرا الاغنيا في الانتفاع بها ولهذا لم يجب الزكوة في الصيود ولا في الحشيش والحطب لان
الفقير يتوصل اليه فيشارك الغني في الانتفاع به وجه قولهما قوله عليه السلم ليس في الخضروات صدقة
ولانه لا يبقى في ايدي الناس غالبا كالحشيش ٥ وليس في الحطب ولا في القصب ولا في الحشيش عشر لان
ذلك لا يقصد بالزراعة ولا يطلب به نما الارض وانما تغلب على الاراضي فيفسدها ولانه يوجد مباحا
نافها فلم يتعلق به الزكوة كالوحش ٥ قال وليس في التبن ولا في السعف عشر لان السعف جزء من النخلة
والعشر انما يجب في الثمرة واما التبن فهو الساق الذي يتولد منه الحب فوزانه وزان اصل الشجرة ٥ قال
محمد ليس في الخضر شيء والخضر ما ليس له ثمرة باقية كالبقول والرطاب والخيار والقثا والبصل والثوم
واشباهها وقد روي عنه ان في البصل العشر لانه يبقى في ايدي الناس ويدخل تحت الكيل قال والرياحين
كلها الاس والحنا والورد والوسمة روي ذلك داود بن رشيد عنه وقال ابو يوسف في الحنا والزعفران العشر
ولا ارى في الوسمة والاشنان والخطمي عشرا اما الاس فلا عشر فيه في قولهما وقد روي انه لا عشر في حبه لانه
لا يعم الانتفاع به واما الوسمة فلا ينتفع بها انتفاعا عاما واما الحنا فقال ابو يوسف فيه العشر لانه يدخل
تحت الكيل وينتفع به منفعة عامة وقال محمد لا عشر فيه لانه من نوع الريحان كالاس وقد اجمعوا ليس في بذور
البطيخ والقثا والخيار والرطبة وكل بذر لا يصلح الا للزراعة عشر لان ذلك لا يقصد بالحرث وانما المقصود ما هو

فيه وذلك هذا العشر فيه وروي داود بن رشيد عن محمد انه لا عشر في التين والنبق والاجاص والكمثري والتفاح والمشمش
والتوت والخوخ والخرنوب والموز وروي عنه ان في التين والفستق العشر قال ابو الحسن وهذا هو الصحيح عنه لان التين
والفستق تبقى من سنة الى سنة وينتفع بها منفعة عامة ٥ وقال ابو يوسف يجب العشر في اللوز والجوز والفستق
والاجاص والتين لان هذا مما يجفف وينتفع به كالزبيب قال محمد الخوخ والكمثري ان شقق وجفف فلا شي عليه لان ذلك
لا يعم الانتفاع به ولا يقصد ويكون في الاصل ان في قصب الذريرة العشر بغير خلاف وروي ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة
انه لا عشر فيه وجه رواية الاصل انه يزرع للنما كقصب السكر وجه رواية ابن سماعة انه نوع من انواع القصب كسائر
انواعه واما العصفر والكتان فاذا بلغ القرطم والحب خمسة اوسق وجب فيه وفي الكتان والعصفر العشر عندهما
لان المقصود بزراعتها الحب وهو مما يوسق فاعتبر فيه الاوسق فاذا بلغ النصاب وجب العشر في العصفر والكتان على
طريق التبع وقالوا في القنب اذا بلغ حبه الاوسق ففيه العشر ولا شي في القنب لانه لحا الخشب ولا شي فيه وقالوا في
حب الصنوبر اذا بلغ الاوسق ففيه العشر لانه ينتفع به ويدخر ولا شي في خشبه كخشب الاشجار واما قصب السكر
ان كان مما يتخذ منه السكر فاذا بلغ ما يخرج منه خمسة افراق وجب فيه العشر عند محمد لان ذلك مما يبقى وينتفع به
منفعة عامة وقال لا شي في البلوط لانه لا يعم المنفعة به ٥ وفي الكرويا والكمون والكزبرة والخردل العشر لانه مما
يدخل تحت الكيل ويعم به الانتفاع ٥ قالوا ولا شي في السعتر والنانخاه والشونيز والحلبة لانها من جملة الادوية ٥
قال اصحابنا يوخذ العشر من كل ارض عشر ولا ينظر الى مالكها من كان مسلما الصغير والكبير والعاقل والمجنون في ذلك سوا
والاصل في وجوب العشر في ارض الصبي والمجنون قوله عليه السلم فيما سقت السما العشر ولانه من حقوق الارض كالخراج
وفي ارض المكاتب العشر ٥ وقال الشافعي لا عشر في ارضه لنا انه حق يجوز ان يجب لاجل ارض الصبي فجاز ان يجب لاجل ارض
المكاتب كالخراج ٥ فاما الذمي اذا اشترى ارض عشر جاز الشرى وعليه الخراج عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه
عشران وقال محمد عليه عشر واحد وقال مالك لا يجوز البيع وهو اختيار ابي حازم اما جواز الشرى فلان كل ما جاز للمسلم شراوه
جاز للذمي شراوه كارض الخراج ولان العشر حق لله تعالى يتعلق بالمال فلا يمنع ذلك من تملك الكافر كزكوة السوم ٥
واما سقوط العشر فوجه قول ابي حنيفة ان العشر طريقه طريق الطهرة فلا يثبت في حق الذمي كالزكوة
ولانه حق لا يبتدا به الا المسلم كالزكوة واذا اسقط العشر بقيت ارض الذمي ينتفع بها في دار الاسلام فلا يجوز
اخلاوها من حق يجب فيها فيوضع عليه الخراج كما لو جعل داره بستانا وجه قول ابي يوسف ان هذا الحق يجب
باختلاف المالك فوجب على الذمي ضعف ما يجب على المسلم كالمال الذي يمر به على العاشر وجه قول محمد
ان العشر حق ابتدئ به للارض فلا يتغير بعد وجوبه كالخراج ٥ واختلفت الرواية عنه في وضع هذا العشر فقال
في السير الصغير انه يوضع موضع الصدقة ورواه قريش بن اسمعيل عنه وذلك لان قدر الواجب لما لم يتغير لم يتغير
صفته الا ترى ان المسلم اذا اشترى ارض خراج وضع خراجها موضع الفي لان القدر لما لم يتغير لم تتغير الصفة
وروى ابن سماعة عنه انه يوضع موضع الخراج لان الصدقة طريقها طريق الطهرة فلا تثبت في مال الكافر ٥ واذا اشترى
التغلبي ارض عشر فعليه عشران عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه عشر واحد وذكر الحاكم في رواية ابي سليمان
قال عليه عشر واحد في قول ابي يوسف ومحمد اما ابو حنيفة فقال ان عمر صالح بني تغلب على ان ياخذ منهم
ضعف ما ياخذ من المسلمين وابو يوسف يقول ان الحق يختلف باختلاف الماخوذ منه فيجب على الذمي ضعف ما
يجب على المسلم واما محمد فقال ان العشر حق ابتدئ به الارض فلا يتغير وما ذكره الحاكم عن ابي يوسف خلاف
اصله ٥ فان اسلم التغلبي او باعها من مسلم لم يتغير العشر عند ابي حنيفة لانها صارت خراجا والخراج اذا تعلق
بالارض لم يتغير وقال ابو يوسف عشر واحد لان من اصله ان هذا الحق يختلف باختلاف المالك فصار كالسائمة اذا
ملكها مسلم ٥ وحكى ابو الحسن عن محمد انه يجب عشر واحد وذكر الطحاوي في التغلبي يشتري ارض عشر ثم
يسلم انه يوخذ منه عشران في قولهم والصحيح ما قدمناه من اصل محمد ٥ فان اشترى التغلبي ارض عشر فباعها من ذمي
فعليه عشران لانهما وجبا على طريق الخراج فلا يتغيران [illegible] عن ابي حنيفة ان عليه الخراج لان العشرين وجبا
بالصلح وذلك لا يوجد في حق غير التغالبة ٥ واذا باع المسلم من ذمي ارضا عشرية فاخذها مسلم بالشفعة ففيها
العشر لان الشفعة تجب عندنا بخروج الشي عن ملك البايع قبل دخوله في ملك المشتري فكانها انتقلت من مسلم الى
مسلم ٥ وما لا يدخل في الكيل قال ابو يوسف يعتبر ان يخرج منه ما يكون قيمته خمسة اوسق من ادنى ما يدخل
تحت الوسق وقال محمد يعتبر خمسة امثال اعلى ما يقدر ذلك الشي به فيقول في القطن خمسة احمال وفي العسل
خمسة افراق والفرق ستة وثلثون رطلا وفي الزعفران خمسة امنا وجه قول ابي يوسف ان النصاب لما كان
من الاوسق واجمعا على وجوب العشر فيما لا يوسق وجب ان يرد الى الاوسق بالقيمة كعروض التجارة التي ترد
الى نصاب الدراهم بالقيمة وجه قول محمد ان المعهود من هذه الاموال اعيانها فنصابها منها كالسوام ولان
النبي عليه السلم اعتبر خمسة اوسق والوسق في زمانه اعلا ما يقدر به المكيلات فوجب ان يعتبر اعلا ما يقدر به
كل نوع في خمسة امثاله ٥ قال وما سقي من ذلك سيحا او سقته السما ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية
او سانية ففيه نصف العشر وذلك لما روي قتادة عن انس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السما والعيون
بعلا العشر وما سقي بالرشا ففيه نصف العشر وروى ابو الزبير عن جابر وسالم عن ابيه وعمرو بن شعيب عن ابيه عن جده

وبه حديث عمرو بن حزم نحو ذلك وقال بعض الناس ان الحق انما اختلف بقلة المونة وكثرتها ومنع اصحابنا
من ذلك وقالوا انما اختلف بحسب ما علم الله من المصلحة بدلالة ان الغنيمة يلحق في تحصيلها المشقة اعظم
من مشقة الزرع والواجب فيها الخمس الكنوز الواجب في الزرع ٥ واذا سقي الزرع في بعض السنة سيحا
وفي بعضها بالدلا فالمعتبر الاغلب من ذلك كما قالوا في السوم ٥ وقد قال اصحابنا ان ارض الخراج لا عشر
فيها وفيما يخرج منها وقال الشافعي في الخارج من السواد العشر لنا ما روى ابن مسعود ان النبي عليه السلم
قال لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان ائمة العدل وولاة الجور لم ياخذوا من ارض السواد عشرا
فصار سقوط العشر فيها اجماعا ولان كل ارض لا يجب العشر في الخضروات الخارجة منها لا يجب في الحب
الخارج منها كارض المكاتب ٥ وقال اصحابنا فيمن اشترى ارض عشر او خراج للتجارة ففيها العشر
او الخراج ولا يجب فيها زكوة التجارة مع احدهما وروي عن محمد انه يجب العشر والزكوة وجه قولهم المشهور
ان العشر حق لله تعالى يجب لاجل الارض الا ترى انها توصف بها فيقال ارض عشرية كما يقال خراجية والحقوق
التي لله تعالى تتعلق بالاموال النامية لا يجب فيها حقان لاجل مال واحد كزكوة السوم والتجارة ولذلك الخراج
حق لله تعالى يجب لاجل الارض فلا يجتمع مع الزكوة واذا ثبت انهما لا يجتمعان كان ايجاب العشر او الخراج اولى
لتاكد وجوبهما الا ترى انهما يجبان في ارض المكاتب والصبي والمجنون وجه قول محمد ان زكوة التجارة
تجب في الارض والعشر يجب في الزرع وهما مالان مختلفان فلم يكن في جمعهما اجتماع حقين في مال واحد
وهذا ليس بصحيح لان العشر يجب عن الارض وان كان وجوبه عن غيرها كما يجب في خمس من الابل شاة ٥
قال ابو حنيفة اذا استاجر ارضا فالعشر على المواجر وقالا على المستاجر لنا ان منفعة الارض بالزراعة
حصلت للمواجر حيث سلم له بدلها فصار كانه زرعها بنفسه وجه قولهما ان العشر يجب في الزرع
والحب وهو ملك المستاجر فكان على مالكه كما لو اعار الارض ٥ واما المستعير اذا زرع فعليه العشر
لان رب الارض لم يسلم له بدل منفعة ارضه فلم يلزمه العشر كما لو عطلها وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة
ان العشر على المعير لانه اسقط حق نفسه بالعارية فاذا حصلت المنفعة لزمه العشر ولا يسقط حق الفقرا
كما لو وهب الزرع ٥ واما الغاصب اذا زرع فان نقصت الارض بزراعته غرم النقصان ولزم رب
الارض العشر لانه سلم له عوض عن المنفعة وان لم ينقص فلا عشر على رب الارض لانه لم يسلم له بدل
عن المنفعة

باب ما يضم بعضه الى بعض في ايجاب العشر

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله روى محمد عن ابي يوسف وهي رواية ابن سماعة والفضل بن غانم عنه ان الارض
اذا اخرجت اجناسا كالحنطة والشعير والعدس وكل صنف منها لا يبلغ خمسة اوسق انه لا يضم بعضها الى بعض
ويعتبر الاوسق في كل نوع وروى الحسن بن زياد وابن ابي مالك عنه ان كل نوعين لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا يضم
احدهما الى الاخر في الاوسق وما يجوز فيه التفاضل لم يضم وهو قول محمد رواه ابن رستم عنه وروى ابن سماعة
عن ابي يوسف رواية اخرى قال في الحبوب ما ادرك في وقت واحد ضم بعضه الى بعض وان اختلفت اجناسه
فان لم يدرك في اوان واحد وانما ادرك شي بعد شي لم يضم وجه الرواية التي اعتبر فيها تحريم التفاضل وهو
قول محمد ان ما لا يجوز التفاضل فيه فهو جنس واحد يضم بعضه الى بعض كالسود والبيض من الدراهم وما
يجوز التفاضل فيه فهي اجناس مختلفة فلم تجر مجرى جنس واحد في الاحكام فصار كالابل والبقر وجه
الرواية التي اعتبر فيها الادراك ان الحق يجب في المنفعة فما ادرك في اوان واحد فمنفعته واحدة فلا
عبرة باختلافه كالعروض وما ادرك في اوقات مختلفة فقد اختلفت منفعته فصار كالاجناس المختلفة
واما رواية محمد عنه فيجوز ان تكون محمولة على رواية الحسن لانه لم يذكر فيها الاجناس المختلفة ٥ قال
ابو يوسف اذا كان لرجل اراضي مختلفة في رساتيق مختلفة والعامل واحد ضم الخارج من بعضها الى
بعض وكمل الاوسق به وان اختلف العامل لم يكن لاحد العاملين مطالبته حتى يبلغ ما يخرج من الارض
التي في عمله خمسة اوسق وقال محمد اذا اتفق المالك ضم الخارج بعضه الى بعض وان اختلفت الاراضي
والعمال وهذا الخلاف لا يعود الى معنى وانما قال ابو يوسف ان احد العاملين لا ياخذ لان ما في عمله ليس
بنصاب وما ليس في عمله لا ولاية له عليه فاما المالك فيما بينه وبين الله تعالى فهو مخاطب بالادا
لاجتماع النصاب في ملكه وان سقطت المطالبة ٥ واجاب محمد في وجوب الحق ولم يتعرض لطلب
العامل فلا يحصل فيه خلاف ويجوز ان يقال [illegible] العامل ياخذ زكوة ما في عمله لان المالك ملك النصاب
وان لم يجد العامل ان يستوفي ما يجب في نصابه كمن بلغ زرعه الاوسق ثم هلك بعضه ٥ وروى الحسن
عن ابي يوسف في الارض المشتركة تخرج خمسة اوسق قال فيها العشر وروى ابن ابي مالك عنه انه لا يجب
العشر حتى يكون حصة كل واحد منهما خمسة اوسق وهو قول محمد والصحيح من اصلهما لان الخارج
عندهما يعتبر فيه النصاب فاعتبر كماله في حق كل واحد من الشريكين كنصاب السائمة ٥ وجه رواية
الحسن ان المالك في العشر غير معتبر بدليل وجوبه في ارض الوقف وارض المكاتب وانما
المعتبر كمال النصاب وقد وجد ذلك فوجب فيه الحق ٥ قال وفصول هذا الباب لا تجي على اصل

اي حنيفة لانه لا يعتبر النصاب في الخارج من الارض باب ما
يحتسب لصاحب الارض وما لا يحتسب قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله
قال اصحابنا يؤخذ مما اخرجت الارض العشر ولا يحتسب لصاحب الارض بما انفق على الغلة من سقي ولا عمارة ولا
اجرة حافظ وذلك لقوله عليه السلام فيما سقت السما العشر ولانها صدقة فلا يحط لمالكها مؤنة مال الزكوة وما
تلف او سرق او ذهب بغير فعل صاحب الارض فلا عشر عليه في الذاهب ويحتسب عليه في تمام الاوسق غير
ان محمدا قال اذا كان الثمر قد حصل في الحظيرة وذهب التمر بعد ان كان خمسة اوسق ثم ذهب بعضه كان الذي بقي فيه
العشر روى هذا عنه ابن سماعة قال رحمه الله الاصل في ذلك ان كل ما هلك من المال بعد وجوب الحق
بغير فعل المالك سقطت عنه زكوته واعتد به في النصاب عليه كما لو هلك بعض المال بعد الحول واختلفوا
في وقت الوجوب فعند ابي حنيفة ان الوجوب يكون عند ظهور الثمرة لقوله تعالى ومما اخرجنا لكم من الارض
وعند ابي يوسف ان الوجوب يكون عند الادراك لقوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده وما ذكره محمد يدل على ان
الوجوب يكون عند استحكامه وتصفيته لانه اعتبر حصوله في الحظاير وذلك الحال حال يتناهى استحكامه
فيها واذا ثبت وقت الوجوب فما هلك قبله سقطت زكوته ولم يعتد به في الاوسق كما لو هلك من النصاب
بعد الحول قال ابو حنيفة اذا اكل الرجل من الثمرة او اطعم ضمن عشره وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف
ان ما اكل او اطعم بالمعروف اعتد به في تمام الاوسق ولم يلزمه عشره وجه قول ابي حنيفة
ان الوجوب حصل بالظهور فما اتلفه بفعله معتد به عليه كما لو اتلف من مال التجارة بعد الحول ولان العشر
متعلق بالخارج فصار كالمال المشترك وجه قول ابي يوسف قوله عليه السلام خففوا في الخرص فان في المال
العرية والمنيحة ولو اعتد عليه بذلك لم يكن للتخفيف معنى ولان العشر يجب على طريق التخفيف لانه
طهرة كالزكوة فلو منعناه من الاكل كان ذلك تغليظا عليه ويجوز ان يكون هذا الخلاف مبنيا على
الاصل الذي قدمناه ان عند ابي حنيفة الوجوب يتعلق بالظهور فما اكل بعد الوجوب محتسب عليه
وعلى قول ابي يوسف الوجوب يتعلق بالبلوغ وهو لا يستحكم فما اكل قبل ذلك لا يعتد به في الضمان
ويعتد به في الاوسق لانا لا نلزمه ضمانه تخفيفا عنه ولو لم يعتد به في الاوسق لاضر ذلك بحق المساكين فلا

باب معرفة ارض العشر قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

الحقوق المتعلقة بالاراضي مختلفة تارة تكون عشرا وتارة تكون خراجا فلا بد من بيان كل واحد منهما قال ابو الحسن رحمه الله
ارض العرب كلها ارض عشر وهي ارض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطايف والبرية وقال محمد ارض العرب
من العذيب الى مكة وعدن ابين الى اقصى حجر باليمن بمهرة قال والاصل في ذلك ان رسول الله صلى الله عليه والخلفا
الراشدين بعده لم ياخذوا من ارض العرب خراجا فدل على انها عشرية وكان القياس يقتضي ان تكون مكة خراجية
لانها افتتحت عنوة ولم تقسم ولكن لما لم يضع رسول الله عليها الخراج تركنا القياس ولان الخراج طريقه طريق الفيء
فلم يثبت في ارض العرب كما لم يثبت في رقابهم وارض السواد كلها ارض خراج والسواد من العذيب الى عقبة
حلوان والحد ... لان عمر فتح هذه البلاد انفذ اليها حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف فمسحاها ووضعا عليها
الخراج بحضرة الصحابة من غير نكير وما سوى ارض العرب وارض السواد فكل ارض فتحت عنوة وقسمت بين
المسلمين فهي ارض عشر لان الحق المتعلق بها ابتدي به المسلم والمسلم لا يبتدي بالخراج لانه فيء وانما
يبتدا بالطهرة وكذلك كل ارض اسلم عليها اهلها للعلة التي ذكرناها وكل ارض افتتحها الامام فاقر اهلها
عليها او صالح اهل بلد على بلدهم فهي ارض خراج لانه حق يبتدا به الكافر كالفيء واما ما احياه المسلمون من
الاراضي فقال ابو يوسف ان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية وان كانت من حيز ارض الخراج فهي
خراجية وقال محمد ان احياها بما السما او ببير استنبطها او بما الانهار العظام التي لا تملك مثل دجلة
والفرات فهي ارض عشرية وان شق لها نهرا من انهار الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي ارض
خراج وجه قول ابي يوسف هو ان حيز الارض في حكمها ولهذا لا يكون احياء ما في حيز القرية لغير
اهل القرية ويجوز لصاحب الدار الانتفاع بحريم الدار فكان حيز الارض المستخرجة حريمها وقد كان القياس
عند ابي يوسف ان تكون البصرة خراجية لانها من حيز ارض الخراج وان احياها المسلمون الا ان الصحابة لما
وضعوا عليها العشر تركنا القياس لذلك ولاجماعهم وجه قول محمد ان الخراج فيء والمسلم لا يبتدي
بالخراج الا ان يلتزمه فاذا استنبط عينا او حفر بيرا او سقى بما الانهار العظام فلم يلتزم الخراج فلا يوضع
عليه واما اذا احياها بما الانهار المملوكة فقد التزم الخراج لان حكم الما التي متعلق بهذه الانهار فكانه ابتاع
ارضا خراجية

باب زكوة العسل قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

قال علي بن الجعد عن ابي يوسف العشر في العسل مجمع عليه ليس فيه اختلاف عن رسول الله وعن عمر وابن عباس وقال
الشافعي ما روي في وجوب العشر في العسل لم يثبت وما روي الاعمش فيه لم يثبت والوجه في ذلك ما روى عمرو
بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان بني بطن من فهم كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نحل لهم
العشر من كل عشر قرب قربة وكان يحمي لهم واديين فلما كان عمر استعمل ما هنالك سفين بن عبد الله الثقفي

فابوا ان يؤدوا اليه شيئا وقالوا انما كان ذلك شيئا نؤديه الى رسول الله فكتب سفين بذلك الى عمر رضي الله عنه
فكتب عمر انما النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى رزقا الى من شا فان ادوا اليك ما كانوا يؤدونه الى
رسول الله فاحم لهم واديهم والا فخل بين الناس وبينها فادوا اليه وعن ابن سيارة ان رسول الله صلى الله عليه
امره ان ياخذ من العسل العشر وروى الزهري عن ابي سلمة عن ابي هريرة ان النبي عليه السلام كتب الى اهل اليمن
ان يؤخذ من العسل العشر والعسل على ضربين ما كان منه في ارض عشر ففيه العشر لانه يتولد من نوار
الشجر فهو كالثمار وما كان منه في ارض الخراج فلا عشر فيه لانه لا شي في ثمار ارض الخراج كذا في المتولد
منه قال ابو حنيفة رحمه الله في قليل العسل وكثيره العشر لانه يجري مجرى الثمار ومن اصله ان العشر
يتعلق بقليل الثمر وكثيرها كذا في هذا وقال ابو يوسف اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق ففيه العشر
على اصله لان ما لا يدخل تحت الكيل فانه يعتبر بقيمة الاوسق والذي قال فيه خمسة اوسق انما اراد قيمة
خمسة اوسق لان العسل لا يكال وقد روي عنه انه قدر ذلك بعشرة ارطال ليكون الواجب منه عددا
صحيحا وروي عن محمد انه قال اذا بلغ خمسة افراق ففيه العشر على اصله في اعتبار خمسة امثال ما
يقدر به كل شي واما ما وجد في الجبال والبرية من العسل والفاكهة فان اصحاب الاملاء رووا عن
ابي يوسف انه لا شي فيه ولم يحك عن ابي حنيفة خلافا لان هذا فيه على اصل الاباحة كالحطب والحشيش
وروى محمد عن ابي حنيفة فيه العشر ووجهه انه قال مقصود يتعلق الحق به فلا فرق بين ما كان
في ارضه او في غير ملكه كالكنوز

باب المعدن والركاز

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله الخارج من الارض على ثلاثة اضرب منها ما ينطبع كالذهب والفضة والحديد
والصفر والرصاص ففي جميعه الخمس وقال الشافعي في معادن الذهب والفضة ربع العشر وليس في غيرها شي والدليل
على ما قلنا ان المعدن يسمى ركازا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه انه سيل عما وجد في الارض الميتا والخرب
العادي فقال فيه وفي الركاز الخمس فعطف الركاز على المدفون وقال الركاز الذهب والفضة اللذان خلقهما الله
في الارض يوم خلقت الارض وحكى محمد عن العرب انهم يقولون اركز المعدن اذا كثر ما فيه فاذا ثبت انه ركاز
وروى ابو سلمة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه قال وفي الركاز الخمس وكذا رواه علي وجابر وابو ثعلبة وابن عمر
وانس ولانه مال وصل الينا بزوال يد اهل الشرك عنه كالمدفون وقد قال اصحابنا انه لا يعتبر فيه النصاب
وقال الشافعي لا شي فيما دون ما يتم لنا حوله وفي الركاز الخمس ولانه مال مستخرج من الارض فلا يعتبر فيه
النصاب كالكنز ومن اصحاب الشافعي من اعتبر الحول فيه وهذا خطا لان ما وصل الينا بزوال يد اهل الشرك
لا يعتبر فيه الحول كالغنائم واما ما ينطبع من غير الذهب والفضة ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي لا خمس
فيه لنا انه خارج من الارض ينطبع كالذهب والفضة ولانه وصل الينا بزوال يد اهل الشرك عنه فلا يختص
الواجب فيه بالاثمان كالغنيمة والمدفون والنوع الثاني من الخارج ما كان مايعا كالنفط والقار فلا شي
فيه لانه مايع خارج من الارض كالما وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول في عين القار والنفط اذا كان في
ارض خراج يمسح ما حواليها مما يحتاج اليه لحريمها فيجب خراجه ولا خراج على نفس القير لانه لا يمكن زراعته
وما لا يتاتى فيه الزراعة من ارض الخراج لا خراج فيه كالسبخ وما لا يبلغه الما واما ما حواليها الذي هو ملقى
للمخرج منها ويجعل طريقا اليها فزراعته ممكن وقد عطلوه مع القدرة فلا يسقط خراجه والنوع
الثالث الخارج من الارض الذي ليس بمايع ولا ينطبع كالجص والنورة والكحل والزرنيخ فلا شي فيه قياسا
على التراب وعلى هذا قالوا لا شي في الياقوت والفيروزج والعقيق المستخرج من المعادن لانه غير منطبع
ولان النبي عليه السلام قال لا زكوة في حجر ومعلوم انه لم يرد به زكوة التجارة فدل انه اراد به زكوة المعدن
واما الزيبق فقد قال ابو يوسف قال ابو حنيفة لا خمس فيه فلم ازل به حتى قال فيه الخمس ثم رايت بعد
ذلك ان لا خمس فيه لاني سالت عنه فوجدته يخالف الرصاص وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الزيبق
ينطبع مع غيره وان لم ينطبع بنفسه فصار كالفضة التي لا تنطبع الا بشي يخالطها من آنك او غيره وجه
قول ابي يوسف انه معين من الارض لا ينطبع بنفسه كالما قال ابو الحسن وما ذكره ابو يوسف
يقتضي ان لا يجب فيه شي عند ابي حنيفة لانه انما اوجب فيه الحق بقول ابي يوسف ولانه كالرصاص
واما المدفون ففيه الخمس لما روي ان النبي صلى الله عليه قال وما وجد في الارض الميتا عرف حولا وما وجد
في الخرب العادي ففيه وفي الركاز الخمس لانه وصل الينا بزوال يد اهل الشرك عنه كالغنيمة واما المدفون
اذا كان من ضرب المسلمين فهو لقطة تعرف ... سائر اللقط لان مال المسلم لا يغنم قالوا والمسلم
والذمي فيما يجده من المعدن والركاز سوا لان الذمي من اهل دار الاسلام كالمسلم ولا يقال ان هذه غنيمة
والذمي لا يساوي المسلم في الغنائم لان الذمي يرضخ له من الغنائم فدل على ان حقه تعلق بها الا ان المسلم يفضل
عليه وقد تعلق حقه بما وجده وليس هناك مشارك له يفضل عليه فكان له وكذلك الصبي عند ذلك لان
المعدن في اصل الاباحة كالحطب فاذا اخذه الصبي ملكه وكذلك العبد والمكاتب لما ذكرناه ولانهم ممن
يتعلق حقهم بالغنيمة وان لم يتقدر لهم سهم والذي روي ان عبدا وجد جرة ذهب فاعتقه عمر من ثمنها

وينبغي له ان يجعل اللقطة في بيت المال يجوز ان يكون وجدها في موضع مملوك لا وارث لصاحبه ومن اصل ابي حنيفة ان الكنز
يكون لصاحب الارض فلما لم يكن له وارث كان لبيت المال فراى عمر ان يصرف بعضها الى الصبي ه فان كان الواجد حربيا
لم يعطه الامام منه العلامة المعروف لم يكن له فيما وجد شي لان المعدن والركاز في حكم الغنيمة ولا حق للحربي في الغنائم
ولا ها هنا مما يثبت فيه تصرف الامام فكان لبيت المال ه فان كان عمل بامره اخذ منه الخمس والباقي له لان الامام لما
اذن له فقد راى من المصلحة ان يستعمله للمسلمين فجاز كما لو راى من المصلحة ان يدفع اليه شيئا من بيت المال ه
وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب بامان فوجد كنزا في دورهم رده عليهم لان يد صاحب الدار ثابتة
عليه فكان صاحب اليد اولى به اذا وجده ولان الامان لا يمنعه من اخذه كما لا يمنعه من الحشيش ه ولا خمس فيه
لان الخمس يجب في الكنوز التي توجد بيد الغانمين عليها ولم تثبت لهم يد حماية في دار الحرب ه قال ابو حنيفة
ومحمد لا شي فيما يستخرج من البحر من العنبر واللولو والمرجان وقال ابو يوسف فيه الخمس وجه
قولهما ان البحر ليس بمقدور عليه لانه لا يدخل تحت قهر احد واليد لا تثبت عليه فالمستخرج منه كالمطرود
من دار الحرب وقد التزم اصحابنا على هذه الطريقة فقالوا ان استخرج من البحر ذهب او فضة قال لا شي فيه
ولان اللولو يتولد من حيوان البحر كالمسك واما العنبر فقيل انه مايع ينبع كالقير وقيل انه روث دابة
والارواث لا شي فيها ه وجه قول ابي يوسف ما روي ان يعلى بن امية كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله
عنه وجدت في ساحل البحر فكتب اليه ذاك سيب من سيب الله يوتيه من يشا وفيما دسره البحر الخمس
ولانه مال له ثمن كالذهب والفضة ه قال ابو حنيفة ومحمد اذا وجد ركازا في داره فهو لصاحب
الخطة وفيه الخمس وقال ابو يوسف هو لمن وجده وفيه الخمس وجه قولهما ما روي ان رجلا وجد
في خربة خمسمائة الف درهم فاتى بها عليا رضي الله عنه فقال ساقضي فيها قضاء بينا ان كانت هذه الخربة
لقوم يودون خراجها فالمال لهم وان لم يودوا خراجها فخمسها لنا والباقي لك فجعل الكنز لمالك الارض
لان الخراج لا يلزم الا المالك وهذا معنى قول عمر في المسلم انا نوكل العباس للاثر المروي عن علي ولان
الاراضي على اصل الاباحة فلما ملك الامام ما كان مباحا ملك ما في باطنه كمن صاد سمكة فوجد فيها لولوة
وجه قول ابي يوسف ان الواجد اظهر للمسلمين الخمس فكان الباقي له كما لو وجده في الصحرا وهذا لا
يبطل بمن وجد ركازا فكتمه فيشهد به عليه شاهدان فقد اظهر للمسلمين الخمس ولا شي لهما ه ومن
وجد في داره معدنا فهو له ولا خمس فيه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو لصاحب الملك
وفيه الخمس وجه قول ابي حنيفة ان المعدن من تراب البقعة وقد ملك الامام البقعة بترابها
وقطع حق المسلمين عنها لانه لم يتعلق به عشر او خراج فصار كانه اقطعه المعدن بخمسه ه وجه
قولهما ان الخمس حق يتعلق بالمستخرج من الارض كخمس المدفون وانما قال ابو يوسف ان المعدن لصاحب
الملك لانه من عروق التراب كالزرنيخ والمغرة ه واما اذا وجد المعدن في ارضه فقال في الاصل
لا خمس فيه لانه من تربة الارض وقد ملكه الامام ذلك فهو كما لو وجده في داره وقال في الموقف
والجامع الصغير فيه الخمس لان الامام لم يقطع حق المسلمين عن الارض لانه تعلق بها اما عشر او خراج
فلم يسقط الخمس عما فيها

باب صدقة الفطر قال الشيخ رحمه الله

الاصل في وجوب صدقة الفطر ما روى نافع عن ابن عمر قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر على الذكر والانثى
والحر والعبد صاعا من تمر او صاعا من شعير وروى ثعلبة بن صعير العذري قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير وروي عن الحسن قال خطبنا
ابن عباس في البصرة يوم الفطر فقال ادوا زكوة فطركم فجعل الناس ينظر بعضهم الى بعض فقال فرض رسول الله صلى الله عليه
صدقة الفطر صاعا من تمر او شعير او نصف صاع من بر من ها هنا من اهل المدينة فقالوا رحمكم الله الى
اخوانكم فعلموهم ه قال ابو الحسن لا تجب صدقة الفطر الا على مسلم حر غني اما اعتبار الاسلام فلان رسول الله
صلى الله عليه فرض صدقة الفطر على المسلمين صاعا من تمر او شعير وروي انه قال طهرة الصائم من الرفث وهذا
يختص المسلم ولانها قربة في الشريعة كزكوة المال ه فاما الحرية فلان العبد لا مال له فهو ادون من الفقير
وحكي عن الشافعي ان الفطرة تجب على العبد ويتحملها المولى عنه وهذا غلط لان العبد لا يخاطب باداء الزكاة
فلا تجب عليه وليس كذلك الصغير لانه يخاطب باداءها الا ترى ان الصبي الصغير اذا لم يخرج وليه عنه لزمه
الاداء بعد البلوغ ه واما اعتبار الغنى فقال اصحابنا لا تجب صدقة الفطر على الفقير وانما تجب على الغني وقال
الشافعي تجب على الفقير اذا كان له زيادة على قوت يومه لنا قوله عليه السلام انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى ولان من
جاز دفع الصدقة اليه مع الاقامة لم تجب عليه الفطرة كمن لا يملك قوت يومه ه واما الغنى الذي يلزمه
الفطرة فهو الذي يملك نصابا او ما قيمته قيمة نصاب فاضلا عن مسكنه وثياب بدنه واثاثه وفرسه وسلاحه
وذلك لانها قربة في الشريعة فجاز ان يعتبر فيها النصاب كزكوة المال ه قال ابو حنيفة وابو يوسف تجب
الفطرة على الصغير والمجنون اذا كان لهما مال ويخرجها الولي من مالهما وقال محمد وزفر لا فطرة عليهما
فان كان لهما اب غني لزمه ان يخرج من ماله وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان الفطرة

تجري مجرى المونة بدلالة ان الاب يتحملها عن ابنه الفقير اذا كان الاب غنيا فكانت في مال الصغير عند غناه كنفقته
ولانها طهرة يلزم الاب عنه اذا كان فقيرا فوجبت في ماله اذا كان غنيا كنفقة الختان وجه قولهما انها
زكوة في الشريعة كزكوة المال ولانها قربة من شرطها النية فلا تجب على الصغير كساير العبادات واذا ثبت
انه لا يجوز اخراجها من مالهما صارا كالفقيرين فيخرج الاب عنهما من ماله ه وقد روي عن محمد في الكبير
المجنون اذا كان بلغ مجنونا ففطرته على ابيه وان كان مفيقا ثم جن فلا فطرة على ابيه ولا عليه لانه اذا
بلغ مجنونا فقد استمرت الولاية عليه فبقيت الفطرة بحالها على الولي واذا افاق انتقلت اليه الفطرة فلم تعد
الى ابيه بعد ذلك ه واذا كان الرجل الذي عليه الصدقة على الصفة التي ذكرنا اخرج عن رقيقه ومدبريه وامهات اولاده
وعن نفسه وان كان هو كفارا او عن اولاده واما عن نفسه فلان النبي عليه السلام فرض صدقة الفطر في رمضان طهرة للصائم من
الرفث واما عن عبيده فلقوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد ه واما المدبر فلانه باق على حكم الرق ويده ثابتة عليه
الا ترى انه يستخدمه بحق الملك ويطا المدبرة بحكم الملك وانما تعلق عتقهم بشرط فصاروا كالعبيد ه واما ام
الولد فلانها باقية على حكم ان يطاها المولى ويستخدمها بحكم الملك فصارت كالامة القن ه قال اصحابنا تجب
على المسلم ان يودي الفطرة عن مماليكه الكفار والمسلمين وقال الشافعي لا يودي الا عن مسلم لنا ما روى نافع عن ابن عمر
ومقسم عن ابن عباس ان النبي عليه السلام قال ادوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد صغير او كبير يهودي او نصراني او مجوسي
نصف صاع من بر او صاعا من شعير او تمر ولان المولى يلي عليهم بالملك كالمسلمين ولان كل عبد لو كان للتجارة وجب
بسببه الزكوة فاذا كان للقنية وجب عنه الفطرة كالمسلم ه واما الاولاد فان كانوا صغارا فعلى الاب ان يخرج فطرتهم
من ماله ان كانوا فقرا لقوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير ولان ولايته عليهم كاملة كالعبيد ه واما العقلا
الكبار فلا فطرة عليه عنهم وان كانوا في عياله وكذلك لا يلزمه الفطرة عن ابويه وان كانا في عياله وقال الشافعي
اذا كان الكبير زمنا فقيرا فعلى ابيه صدقة الفطر وان كان صحيحا معسرا فقد اختلف اصحابه فيه وكذلك الابوين
لنا انه حر مكلف فلا تجب على غيره فطرته اصله اذا كان ابوه معسرا واما قوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد صغير
وكبير ممن تمونون محمول عندنا على جواز الاداء عمن في عياله وروي عن ابي يوسف انه قال اذا اخرج الرجل الفطرة
عن زوجته واولاده الكبار الذين في عياله اجزاهم ذلك وان لم يامروه لانه كالماذون فيه بالعادة واذا ثبت
بهذا صفة من يخرج عنه الفطرة فالاصل الذي يشتمل ذلك ان كل سبب يثبت به ولاية كاملة يتعلق به تحمل
الفطرة وكل سبب لا يثبت به ولاية كاملة لا يتعلق به التحمل ه ولا يخرج عن مكاتبه ولا عن معتق بعضه ولا يخرج
المكاتب ايضا وذلك لان المكاتب خارج عن يد المولى وعن تصرفه فصار كما لو باعه ه واما عبيد مكاتبه فلا ولاية
للمولى عليهم وقد بينا ان السبب الذي لا يتعلق به الولاية الكاملة لا يتعلق به تحمل الفطرة وحكي عن عطا ان
المولى يودي عن مكاتبه وروي عن ابن عمر انه كان يخرج الفطرة عن عبيده لا المكاتبين ه واما المكاتب فلا يلزمه
ان يودي عن نفسه ولا عن رقيقه وقال مالك يلزمه لنا ان المكاتب فقير فصار كالحر الفقير ولانه يجوز دفع الفطرة
اليه مع التمكن من ماله فلا يلزمه فطرته كالحر ه واما العبد المعتق بعضه فهو عند ابي حنيفة مكاتب فلا يلزمه
عنه فطرته وعندهما هو حر عليه دين فان كان غنيا فعليه فطرته وان كان فقيرا فهو كساير الفقرا وقال الشافعي يودي
الذي لم يعتق حصة نصيبه وهذا غلط لانه لا يلزمه عنه فطرة كاملة فلا يلزمه شي كمكاتبه وقال الشافعي المعتق بعضه
يودي الفطرة بقدر ما عتق منه وهذا غلط لان من لم يلزمه عن نفسه فطرة كاملة لم يلزمه بعضها كالكافر
والمكاتب ه واذا ثبت وجوب الفطرة ومن تجب عليه ومنه فالكلام بعد ذلك في قدرها قال اصحابنا
نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير واختلفت الرواية في الزبيب فقال في الجامع الصغير نصف صاع زبيب
وروي الحسن عن اسد بن عمرو عن ابي حنيفة صاعا من زبيب وهو قول ابي يوسف ومحمد وقال الشافعي صاع من قمح
لنا ما روي في حديث ثعلبة بن صعير ان النبي عليه السلام قال عن كل اثنين صاع من قمح وروي ذلك عن ابي بكر وعمر وعثمان
وعلي وجابر وابن عباس وابن مسعود وابي هريرة وابن الزبير واسما وعايشة رضي الله عنهم قال ابو الحسن ولم
ينقل عن الصحابة عن احد ان نصف صاع لا يجزي ولان ما لا يتقدر به طعام مسكين في الكفارة لا يتقدر به الفطرة
اصله ثمانية ارطال وقياسا على ساير الكفارات واما التمر والشعير فلقوله عليه السلام او صاعا من تمر او صاعا من شعير
واما رواية الجامع الصغير في الزبيب فوجهها ان قيمة الزبيب تزيد على قيمة البر غالبا فاذا اجزا في البر نصف صاع
فمن الزبيب اولى وجه الرواية الاخرى حديث ابي سعيد الخدري قال كنا نخرج زكوة الفطر على عهد رسول الله
صلى الله عليه صاعا من طعام او صاعا من زبيب [illegible] السعيد ه وقد قال اصحابنا ان دقيق الحنطة وسويقها
كهي ودقيق الشعير وسويقه كهو وقال الشافعي لا يجزي لنا حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال ادوا قبل
الخروج زكوة الفطر فان على كل مسلم مدين من قمح او دقيق ولان ما لا يجوز بيعه بالحنطة متفاضلا وهو
مما يجوز بيعه فانه يجزي في الفطرة كالحنطة ولانه اذا اخرج الحنطة فقد زاد في منفعة الفقير لانه اسقط
عنه المونة وعجل له المنفعة وحصل له المقصود فجاز وقد روي عن ابي يوسف انه قال الدقيق احب الي من
الحنطة والدراهم احب الي من الدقيق وانما كانوا يخرجون الفطرة على عهد رسول الله صلى الله عليه من هذه الانواع المنصوص
عليها لانهم كانوا يتبايعون بها [illegible] فاخراج ما تعجلت منفعته اولى ه واما [illegible] فقال اصحابنا

لا يجزي الا بالقيمة وقال مالك يجوز صاع من اقط وقال الشافعي لا احب ان يخرج الاقط فان اخرج صاعا من اقط لم يبن لي ان
عليه الاعادة وهذا ليس بصحيح لان الفطرة ذكرها رسول الله صلى الله عليه من انواع نص عليها وكانت غالب اقواتهم الاقط
ولم ينقل عن جهته النص فصار كسائر الاعيان التي لم ينص عليها ٥ ويجوز ان يعطي عن جميع ذلك القيمة دراهم او دنانير
او فلوس او عروض او ما شاء وقال الشافعي لا يجوز اخراج القيمة لنا قوله عليه السلم اغنوهم عن المسألة في مثل هذا اليوم
وهذا يقتضي جواز ما يقع به الغنا من اي مال كان فاما ما سمي في الخبر فلا يجوز بعضه عن بعض بالقيمة وانما يجزي عن نفسه
وذلك لانه منصوص عليه بمعنى واحد فصار كالشي الواحد فكما لا يجوز الحنطة عن الحنطة بالقيمة كذلك لا يجوز التمر
عنها بالقيمة ٥ ويجوز ان يعطي ما يجب في صدقة الفطر عن انسان واحد جماعة مساكين ويعطي ما يجب عن جماعة مسكينا
واحدا وذلك لانها زكوة فجاز جمعها وتفريقها في الدفع كزكوة المال ٥ والصاع ثمنية ارطال بالعراقي عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث بالعراقي وهو قول الشافعي الثاني وجه قولهما ما
روي في حديث انس قال كان رسول الله صلى الله عليه يتوضا بالمد والمد رطلان ويغتسل بالصاع والصاع ثمانية
ارطال ذكره الدارقطني ولان ما لا يتقدر به طعام مسكين في كفارة لا يتقدر به الصاع كخمسة ارطال وجه
قول ابي يوسف ان صاع اهل المدينة خمسة ارطال وثلث وقد نقلوا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه خلفا عن سلف
وهذا ليس بصحيح لان مالكا قال ان صاع المدينة تحري عبد الملك بن مروان على صاع رسول الله صلى الله عليه فبطل الاحتجاج
بالنقل وثبت ان صاع عمر ثمانية ارطال فالرجوع اليه اولى من الرجوع الى صاع عبد الملك ٥ وروى معلى وبشر بن الوليد
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الصاع ثمنية ارطال وزنا وقال ابن رستم عن محمد كيلا قال قلت له لو ان رجلا وزن
اربعة ارطال تمر فاعطاه مسكينا قال لا يجوز لان التمر يكون خفيفا وثقيلا وقال الطحاوي والصاع ثمانية ارطال
مما يستوي كيله ووزنه ٥ اما اعتبار الوزن فلان المختلفين في الصاع قدروه وزنا فدل على ان المعتبر الوزن واما
محمد فقال ان الخبر ورد بالصاع وهو مكيال يختلف وزن ما يدخل فيه فكان المعتبر بالكيل المنصوص عليه واما
الذي ذكره الطحاوي من اتفاق الكيل والوزن فمعناه ان العدس والماش والزبيب يستوي كيله ووزنه حتى لو وزن
ثمانية ارطال ووضع في الصاع لا يزيد ولا ينقص وما سواها تارة يكون الوزن اكثر من الكيل كالشعير وتارة يكون
الكيل اكثر من الوزن كالملح فيقدر المكاييل بما لا يختلف كيله ووزنه اولى ٥ واذا كان المكيال يسع ثمانية ارطال
من العدس والماش فهو الصاع الذي يكال به الشعير والتمر ٥ واذا كان العبد بين شريكين فلا فطرة على
واحد منهما وقال الشافعي عليهما الفطرة لنا انه ليس لاحدهما عليه ولاية كاملة بدليل انه لا يملك تزويجه
فصار كالمكاتب ٥ واما اذا كان بين الشريكين رقيق ذوي عدد فلا فطرة عليهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد على كل واحد منهما فطرة ما يخصه بالقسمة من العدد لو قسموا اما ابو حنيفة فمن اصله ان الرقيق
لا يقسم فكل واحد منهما لم يملك عبدا تاما فلا يلزمه الفطرة واما ابو يوسف فانه كان يرى قسمة الرقيق
ويقول ان الفطرة تتعلق بالولاية ولا ولاية لواحد منهما كاملة فلا يلزمه الفطرة واما محمد فانه يرى قسمة
الرقيق فكل واحد منهما يملك في المعنى عبدا تاما فكانه انفرد به في الزكوة كالسوايم المشتركة ٥ واما
وقت وجوب الفطرة فقد قال اصحابنا تجب بطلوع الفجر الثاني من يوم الفطر فمن مات قبل ذلك سقطت فطرته
ومن ولد او اسلم قبل الطلوع وجبت فطرته وقال الشافعي تجب بغروب الشمس من اخر يوم من رمضان والكلام
في هذه المسألة في فصلين احدهما ان الفطر من رمضان يكون عندنا يوم الفطر لان النبي عليه السلم نهى عن صيام يومين
اليوم الذي تفطرون فيه من صومكم واليوم الذي تاكلون فيه لحم نسككم ولان هذا اليوم يضاف الى الفطر فكان
اضافته اليه كيوم الجمعة واذا ثبت هذا فقد روى ابن عمر ان النبي عليه السلم فرض صدقة الفطر قبل ان يخرج الى المصلى والنبي
عليه السلم لا يامر بتاخير الواجب عن وقت الوجوب ولان وجوبها لا يختص بما لم يدخل فلم يجب فيه الفطرة كما قبل
غروب الشمس ٥ قال ابو حنيفة ومحمد يجوز ان تعطى الفطرة فقراء اهل الذمة وفقراء المسلمين افضل
وقال ابو يوسف في احدى الروايتين لا يجوز وجه قولهما قوله عليه السلم تصدقوا على اهل الاديان ولانها
صدقة ليس للامام حق في اخذها كالنافلة واما ابو يوسف فروي عنه ان كل صدقة مذكورة في القران
لا يجوز دفعها الى اهل الذمة كالزكوة وما لم ينص عليه في القران يجوز دفعها اليهم كالنفل فعلى هذه الرواية يجوز
دفع الفطرة اليهم وقد روي عنه انه قال كل ما وجب بايجاب الله تعالى لا يجوز دفعه اليهم كالزكوة فعلى هذا لا يجوز
دفع الفطرة اليهم ويجوز دفع النذور وروي عنه انه قال كل صدقة واجبة لا يجوز دفعها اليهم فعلى هذا لا
يجوز النذور ٥ واما الحربي المستامن فلا يجوز الدفع اليه … لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين
قاتلوكم في الدين ولان دفع الصدقة اليه تقوية له على الحرب وذلك لا يجوز ٥ قال ويجوز دفع صدقة
الفطر قبل الصلوة وذلك افضل وقال ابو يوسف ان الانسان يستحب له يوم الفطر ان يستاك ويغتسل
ويطعم شيئا ويلبس احسن ثيابه ويمس طيبا ويخرج صدقة الفطر قبل ان يخرج وذلك لان النبي عليه السلم
كان يخرج الفطرة قبل ان يخرج الى المصلى ولانه انما امر بها حتى يشتغل الفقرا بالصلوة فيه عن المسالة وهذا
لا يكون الا بتقديم الاخراج ٥ واذا كان المسلم تحت يد الحربي لم تجب عنه الصدقة على غيره وهذا على ما قدمنا انه
لا يولى عليه والعبد … ثبوت الولاية ولهذا قال اصحابنا ان الزوج لا يلزمه الصدقة عن زوجته

وقال الشافعي يلزم لنا ان كل شخص لزمه اخراج الزكوة عن ماله لم يلزمه الفطرة عنه كامراة المجنون ٥ وروى الحسن عن
ابي حنيفة ان الجد يلزمه اخراج صدقة الفطر عن ابن ابنه لان ولايته عليه تامة كالاب ولا يتولى بالولادة كالاب وقال
محمد في الاصل لا يخرج الجد عن ابن ابنه لانه لا يلي عليه بنفسه وانما يلي بغيره كالوصي ٥ ولا يخرج الفطرة عن الحمل لان الصدقة
يتعلق اداوها بكمال الولاية والحمل ليس للمولى عليه ولاية ولانا لا نعلم حياته فلا نثبت فيه ٥ ويخرج عن عبده المواجر لان ولايته
عليه كاملة وهو الموجب في العبيد ٥ فاما عبد الرهن فان كان للراهن مال اخرج عنه لان ولايته عليه
كاملة وان لم يكن له مال فهو فقير فلا فطرة عليه ٥ ويخرج عن العبد الوديعة لان يد المودع يد للمودع ولا يخرج عن
الابق ولا المغصوب ولا المجحود لانه خارج عن يده وتصرفه كالمكاتب ٥ ويخرج عن عبده الماذون وان كان الدين مستغرقا
لان ولاية المولى لا يتعلق بدين عليه ولان الدين ليس بثابت في ذمة المولى ٥ فاما عبيد الماذون فان كان على العبد دين
فالمولى لا يملكهم فلا يلزمه فطرتهم وان لم يكن عليه دين فهم عبيد تجارة فلا يلزم عنهم الصدقة عندنا وانما يجب
في عبد القنية وقال الشافعي يجب عن عبد التجارة لنا ان الزكوة يختص بجنس من الحيوان فلا يجتمع مع زكوة التجارة كزكوة
السوم ٥ ويخرج عن العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لاخر صاحب الرقبة وذلك لانه مالك للرقبة وحق الاخر
متعلق بالمنافع كالمستاجر والمستعير ٥ ولا تسقط صدقة الفطر بتاخير ادائها وهي دين عليه حتى يوديها وقال
الحسن بن زياد اذا لم يودها حتى مضى يوم العيد سقطت عنه رواه عنه هشام لنا انها صدقة فلا يسقط بالتاخير كالزكوة وجه
قول الحسن انه حق يتعلق بيوم عيد فيسقط بالتاخير كالاضحية ٥ وان افتقر بعد يوم الفطر لم يسقطها لان
وجوبها لا يتعلق بالمال انما يتعلق بالذمة والمال شرط في الوجوب فهلاكه بعد الفرض لا يسقط الوجوب كالحج ٥
ولا فطرة على كافر في ولده ولا في رقيقه وان كانوا مسلمين لانها زكوة في الشريعة كزكوة المال ٥ وليس في شي
من الحيوان صدقة الا في الرقيق لان رسول الله صلى الله عليه فرض الفطرة طهرة للصايم وما سوى الادمي ليس من اهل
الصوم ٥ ولا يبعث على صدقة الفطر ساعي لان النبي عليه السلم لم يبعث عليها ساعيا ولانها طهرة لا تجب في المال كالكفارات
ومن سقط عنه صوم الشهر لكبر او مرض او سفر فصدقة الفطر له لازمة لا يسقطها العذر في فطر الشهر وذلك
لانها تجب على الصغار مع عدم الصوم منهم فعدم الصوم من البالغ لا يسقطها ٥ ويجوز تعجيل صدقة الفطر قبل يوم
الفطر بيوم او بيومين وروى الحسن عن ابي حنيفة بسنة او سنتين وقال خلف بن ايوب يجوز تعجيلها اذا دخل شهر
رمضان وقال الحسن بن زياد لا يجوز تعجيلها لنا انها زكوة في الشريعة فجاز تعجيلها كزكوة المال ولان العبد هو الموجب
عنه فاذا ملكه جاز تعجيله كملك النصاب واذا ثبت جواز التعجيل لم يختص بوقت كالزكوة وما ذكر في الاصل في اليوم
واليومين فليس على طريق الشرط وان جعلناه شرطا فلان المقصود بالفطرة الغنى في يوم الفطر عن سوال الناس ٥ والذي
ذكره خلف فكانه جعل الشهر سبب الوجوب لانها فطرة عن الصوم فلا يجوز تقديمها عليه وجه قول
الحسن هو انه حق يتعلق بيوم العيد فلا يجوز تقديمه كالاضحية ٥ قال ابو يوسف وليس في رقيق الاخماس ورقيق
القوام الذين يقومون على مرافق العوام مثل زمزم وما اشبهها ورقيق الفي صدقة فطر لانه ليس لهم
مالك معين والصدقة لا تجب الا على معين كالزكوة ٥ وكذلك السبي ورقيق الغنيمة والاسرى قبل القسمة
لان المالك فيهم لم يتعين ٥ واذا كانت جارية بين رجلين فجاءت بولد فادعياه فلا فطرة على واحد منهما في الام
وقال ابو يوسف يخرج كل واحد منهما صدقة تامة عن الابن وقال محمد عليهما صدقة واحدة ٥ اما الام فلان الامة
المشتركة لا فطرة فيها في قولهم جميعا واما الولد فقول ابي يوسف انه ولد تام في حق كل واحد منهما بدليل انه
يرث منهما ميراث ابن كامل فصار كانه انفرد به وجه قول محمد ان الشخص الواحد لا يجب عليه الا فطرة
واحدة كسائر الاشخاص ٥ واما الكلام في الموضع الذي يستحب فيه اخراج الفطرة فقال في الاصل في
الخراساني يكون بالكوفة فيبعث بصدقته الى خراسان اجزى عنه وقد اساء فاعتبر مكان الوجوب وان كان الموجب
عنه بخراسان وروي عن محمد قال يؤدي زكوة المال حيث المال وصدقة الفطر عن نفسه او عبده حيث هو وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف قال يؤدي عن نفسه حيث هو وعن عبيده حيث هم قال الحاكم رحمه الله كان قول ابي يوسف
مثل قول محمد ثم رجع وروى رجوعه ابن سماعة وجه قول ابي يوسف انها زكوة في الشريعة كزكوة المال ومعلوم
ان زكوة المال تؤدى حيث الموجب عنه كذلك الفطرة وجه قول محمد ان الفطرة تتعلق بذمة المولى والموجب
فلا يعتبر الذي يتعلق الوجوب به وليس كالزكوة لانها تتعلق بالمال فيعتبر مكان المال وروى الفضل بن غانم
عن ابي يوسف قال يؤدي عن العبد الحي حيث هو وعن الميت حيث المولى لان الميت في ذمة المولى فيعتبر ذمته ٥

بسم الله الرحمن الرحيم — كتاب الصيام

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله الصوم في اللغة الامساك قال النابغة خيل صيام وخيل غير صايمة [illegible]
واقفة وقد صار في الشريعة عبارة عن الامساك عن الاكل والشرب والجماع في زمان مخصوص وهو النهار من شخص
مخصوص وهو الطاهر من الحيض والنفاس مع ايقاع النية وهذه المعاني لا يعرفها اهل اللغة فالاسم شرعي فيه
معنى اللغة والصوم على ضربين احدهما اوجبه الله تعالى ابتداء من غير سبب منا مثل صيام رمضان والضرب الثاني
ما اوجبه بوجود سبب من جهته وهو ينقسم فتارة يجب عند سبب هو معصية وتارة يجب عند سبب
لا يوصف بمعصية وهذا كالفطر في رمضان عامدا من غير عذر والفطر بالمرض والسفر وكفارة الظهار وكفارة القتل

كعامل شبه العمد والقاتل خطأ وكفارة اليمين ٥ والاصل في وجوب صيام رمضان قوله تبارك وتعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وقوله عليه السلام بني الاسلام على خمس وذكر صوم رمضان واجتمعت الامة عليه ٥

باب وقت الصيام

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله وقت الصيام من حين يطلع الفجر الثاني وهو المعترض في الافق الى غروب الشمس والاصل في ذلك قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر قال ابو عبيدة الخيط الابيض الصبح الصادق والخيط هو اللون وروي عن عدي بن حاتم ان النبي عليه السلام قال الخيط الابيض والاسود سواد الليل وبياض النهار وعن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان انه بلغه ان النبي عليه السلام قال هما فجران فاما الذي كانه ذنب السرحان فانه لا يحل شيئا ولا يحرمه ٥ واما المستطير الذي يعارض الافق ففيه تحل الصلوة ويحرم الطعام وفي حديث ابن مسعود ان النبي عليه السلام قال ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى تسمعوا اذان ابن ام مكتوم ولا يغرنكم هذا الفجر المستطيل ولكن الفجر المستطير وفي خبر طلق بن علي ان النبي صلى الله عليه قال كلوا واشربوا ولا يغرنكم الساطع حتى يعترض لكم الاحمر وعن الشعبي وعطا ان الفجر المعترض الذي الى جنبيه الحمرة ٥ واما خروج الصوم فبغروب الشمس لقوله صلى الله عليه اذا اقبل الليل من هاهنا وادبر النهار من هاهنا فقد افطر الصائم قال ابو الحسن فمن كان صحيحا عاقلا بالغا مسلما مقيما لزمه فرض صوم رمضان اذا كان بهذه الصفة قبل طلوع الفجر الثاني وتكون المراة مع هذا طاهرة من الحيض والنفاس ٥ اما البلوغ والعقل فلقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم الخبر ٥ واما الصحة فلقوله عز وجل فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر وروي عن النبي صلى الله عليه انه قال ان الله تعالى اسقط عن المسافر شطر الصلوة والصوم وعن المريض والحامل والمرضع ٥ واما الاسلام فلان الصوم عبادة ومن شرطها النية فلا تصح من الكافر ٥ واما الطهارة عن الحيض والنفاس فلما روي عن عايشة انها سئلت فقيل لم تقضي الحائض الصوم ولا تقضي الصلوة فقالت للسائلة احرورية انت هكذا كن النسا يفعلن على عهد رسول الله صلى الله عليه ولا يجوز ان تجمع الناس على فعل شرعي في زمانه ولا يوخذ عنه ٥ والسحور مندوب اليه للصائم لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال تسحروا فان في السحور بركة وفي حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام قال استعينوا بقايلة النهار على قيام الليل وباكل السحور على صيام النهار وعن عمرو بن العاص ان النبي عليه السلام قال ان فصل ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب اكلة السحر ٥ وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة قال اذا شك في الفجر فاحب الي ان يدع الاكل وان اكل فصومه تام لما روي عن النبي عليه السلام انه قال لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه وانما تم صومه لان الاصل بقا الليل فلا ينتقل عنه الا بيقين وقال الحسن عن ابي حنيفة اذا كان في موضع يستبين له الفجر ويرى مطلعه من حيث يطلع وليس هناك علة فلياكل ما لم يستبن له الفجر وان كان في موضع لا يستبين له الفجر او كانت السما متغيمة فشك فلا ياكل وان اكل فقد اسا وان كان اكبر رايه انه اكل قبل غروب الشمس قضى وذلك لانه اذا كان يرى الغروب والطلوع ولا علة هناك فهو على تيقن من الليل فكان له الاكل حتى يرى الفجر واما اذا كان لا يستبين لم يجز له الاكل لانه يعرض نفسه للاكل ٥ واما الذي قال في وجوب القضا بغالب الظن فهو خلاف رواية ابي يوسف والصحيح ان لا قضا عليه لان الاصل فلا ينتقل عنه الا بيقين ٥

باب الدخول في الصوم

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله قال اصحابنا لا يصح الصوم الا بنية وقال زفر اذا كان مقيما صحيحا مستحقا فهو صائم وان لم ينو الصوم وذكر ابو الحسن ان مذهب زفر انه صوم الشهر يصح بنية واحدة والدليل على وجوب النية قوله عليه السلام انما الاعمال بالنيات ولانها عبادة مقصودة لنفسها كالصلوة وجه قول زفر ان الصوم في رمضان مستحق العين فلا يفتقر الى نية كرد الودايع ٥ قال اصحابنا تجب عليه النية لكل يوم وقال مالك تصح صوم جميع الشهر بنية واحدة لنا ان كل يوم عبادة منفردة بدلالة ان ما يفسد احد اليومين لا يفسد الاخر وفي كل يوم زمان ليس بزمان لها فصار كالعبادات المختلفة والصلوات واما مالك فيقول انه عبادة واحدة فصار كالحج والصلوة ٥ واما محل النية في صوم رمضان فقد قال اصحابنا ان نوى بالليل جاز وان نوى بالنهار قبل زوال الشمس جاز وقال الشافعي لا يصح الا بنية من الليل لنا ما روي ان الهلال غم على عهد رسول الله صلى الله عليه فلما اصبحوا جا اعرابي فشهد برؤية الهلال فامر النبي عليه السلام مناديا فنادى من لم ياكل فليصم ومن اكل فليمسك بقية يومه ولانه صوم لا يثبت داوه في الذمة فهو كالتطوع ولان النهار محل للنية في صوم النفل فكان محلا للنية في صوم رمضان كالليل ٥ واما تعيين النية فقال ابو الحسن والصوم ضربان صوم يوم بعينه وصوم بغير عينه فما كان عينا فانه يصح الصوم فيه اذا نوى الصوم وما كان في ذمته وليس في يوم بعينه فلا يصح الدخول فيه الا بتبييت نية الصوم وبنية القضا فخرج من هذا ان صوم رمضان والنذر المعلق بزمان بعينه والنفل يجوز بنية مطلقة وقال الشافعي لا يصح الصوم الواجب الا بنية معينة لنا قوله عليه السلام لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ولم يفصل ولانه زمان لا يصح فيه الا نوع واحد من الصوم فلا يفتقر الى تعيين النية كاليوم الذي يصح فيه من غير رمضان ولان هذا الزمان متعين لهذا الصوم اذ لا يقع فيه غيره وتعيين النية انما يحتاج اليه لتعيين الزمان فلهذا قلنا ان الصوم الذي لا يتعين بالعين لما وقع في زمان يصح فيه غيره ولم يكن بد من تعيين النية لتخصيص الزمان به ٥ واما صوم رمضان في السفر اذا نوى فيه واجبا اخر وقع عما نوى عند ابي حنيفة وقالا يقع عن رمضان له ان الصوم في السفر غير مستحق بدلالة جواز تاخيره فصار كالصوم في غير رمضان وجه قولهما ان الصوم مستحق وانما خفف له في الترك للعذر فاذا صام لم يترخص فوقع عن المستحق ٥ واما اذا نوى في السفر التطوع فروى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يقع عن التطوع وذلك لان الصوم غير مستحق فصار كانه

رمضان وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة والحسن عن ابي حنيفة انه يقع عن رمضان لان التطوع لا يفتقر الى تعيين النية فصار كانه في رمضان ينوي الصوم مطلقا فيقع عن الفرض والرواية الاولى اصح ٥ واما المريض اذا نوى التطوع فكان اصحابنا يفصلون بينه وبين المسافر فيقولون يقع عن الفرض لان الصوم مستحق عليه وانما رخص له لاجل العذر فاذا لم يترخص وقع عن الفرض وليس كذلك المسافر لان الصوم غير مستحق عليه بدليل انه يجوز له ان يفطر من غير مشقة ٥ وقد جمع ابو الحسن رحمه الله بين المريض والمسافر وهذا يقتضي ان يتساويا وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في مريض يرخص له في الفطر او مسافر اذا صاما عن التطوع وقع تطوعا ووجه ذلك ان المريض لا يلزمه فرض الصوم كالمسافر ٥ قال اصحابنا اذا صام المسافر بنية قبل الزوال جاز وقال زفر لا يجوز لنا ان هذا الصوم لما صح بنية من الزوال استوى فيه المسافر والمقيم كالنفل وجه قول زفر ان الصوم غير مستحق عليه فلا يجوز من غير الا بنية من الليل كقضا رمضان ٥ واما التطوع فيجوز بنية قبل الزوال وقال مالك لا يجوز لنا حديث ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه يصبح لا ينوي الصوم ثم يبدو له فيصوم وروي عن عايشة ان النبي عليه السلام كان يدخل على اهله فيقول هل عندكم من غدا فاذا قالوا لا قال فاني صايم وروي عن عمر ان الرجل بالخيار ما لم يطعم الى نصف النهار وروي صوم التطوع بنية من النهار عن علي وابن مسعود وابي طلحة وابن عباس ٥ واما اذا صام التطوع بنية بعد الزوال لم يجز عندنا وقال الشافعي يجوز في احد قوليه لنا انه محل لا يجوز فيه الفرض بالنية فلا يجوز فيه النفل كما لو حال غروب الشمس ٥ وروى ابن سماعة عن ابي يوسف فيما اوجبه على نفسه من صوم في رمضان لعينه فصامه تطوعا وقع عن الواجب وذلك لان التطوع ليس بواجب ولا يفتقر الى تعيين نية التطوع فسقط التعيين فكانه صام مطلقا الصوم ٥ قال وان نوى واجبا غير الذي اوجبه كان عما نواه لان هذا اليوم لم يتعين بتعيين الله تعالى وانما تعين بتعيين المكلف فجاز ان يسقط بتعيين اخر من جهته ٥ قال ابن سماعة عن ابي يوسف ومن نوى بصومه قضا رمضان والتطوع معا كان عن القضا لان التطوع لا يفتقر الى تعيين النية فلغي تعيينه فكانه نوى قضا رمضان والصوم وقال محمد تكون عن التطوع لان كل واحد من التعيينين ينافي الاخر فسقطا فبقي الصوم بنية الصوم وقال ابو يوسف وان نوى قضا رمضان وكفارة الظهار كان عن القضا استحسانا ووجه القياس ان كل واحد من التعيينين يحتاج اليه وهما يتنافيان فسقطا فصار الصوم تطوعا ووجه الاستحسان ان القضا وجب بايجاب الله تعالى ابتدا فكان اكد فوقع الصوم عنه وقال محمد يكون تطوعا ووجهه ما ذكرنا من القياس ٥ وروى ابن سماعة عن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فصامه ينوي النذر وكفارة يمين فهو عن النذر لان التعيين تنافي كل واحد فبقي له صوم بنية الصوم مطلقا فيقع عن النذر المعين ٥ فاما الصوم الثابت في الذمة فلا يجوز الا بنية من الليل لقوله عليه السلام لا صيام لمن لم يبيت صيامه من الليل ولان الصوم يقع في زمان يصلح له ولغيره فلا بد من تقدم النية حتى يتعين الزمان به ٥ وقد قال ابو الحسن انه لا يصح الا بنية قبل طلوع الفجر وهذا انما ذكره لانه يتعذر النية مع الفجر فان اتفق ذلك ونوى مع الطلوع جاز لان تقدم النية على الدخول في العبادة لا يجب كساير العبادات ٥ قال ابو الحسن رحمه الله اذا نوى الصائم الفطر ولم يحدث شيا غير النية فصومه تام وقال الشافعي يبطل صومه لنا ان هذه عبادة يجب بافسادها الكفارة فلم يخرج منها بنية الافساد كالحج ٥ قال ومن امسك في يوم عن جميع ما امسك عنه الصائم ولم يكن له نية في الصوم فانه لا يكون صائما وهذا على الاصل الذي بينا ان الصوم لا يصح الا بنية فرضا كان او نفلا ٥ قال وان نوى صوم رمضان وهو يرى انه فيه ثم بان انه فيه اجزاه وان بان انه لم يات بعد لم يجزه وهذه مسالة الاسير اذا اشتبه عليه الصوم فصام قبل رمضان لم يجزه لانها عبادة موقتة فاذا اداها قبل وقتها لم يجزه كالصلوة واما ان وافق صومه رمضان جاز لانه نوى الفرض الذي عليه من فرض رمضان فصحت نيته على اي وجه وقعت ٥ وان صام بعده اجزاه لانه فعل العبادة بعد وجوبها فكانه نوى ذلك ولا يقال ان من شرط القضا عندكم تعيين النية وهذا صام وهو لا يعلم انه يقضي ذلك لانه عين الفرض الذي عليه من الشهر وليس عليه الا القضا فتعين ذلك ٥ وقالوا ان كان القضا وافق شوال قضى يوم الفطر لان قضا رمضان لا يجوز فيه وان وافق ذا الحجة قضا اربعة ايام يوم النحر وايام التشريق لان صوم هذه الايام لا يجزي عن القضا

باب ما يفسد الصوم

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله ما فعله الصائم مما حظره الله تعالى في الصوم وهو ناس لصومه فلا قضا عليه وهو على صيامه وقال مالك ان كان في صوم رمضان قضى وان كان في صوم تطوع لم يقض وروي مثل قولنا عن علي وابن عمر وابي هريرة وزيد وعطا وطاوس وعلقمة ومجاهد والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وسعيد بن جبير والنخعي وقال ربيعة يقضي بالجماع لنا ما روى ابو هريرة ان النبي عليه السلام قال من نسي وهو صايم فاكل او شرب فليتم صومه فان الله اطعمه وسقاه وروى ابو سلمة عن ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال من افطر في شهر رمضان ناسيا فلا قضا عليه ولا كفارة ولان ما لا يوجب القضا في غير رمضان لا يوجب القضا فيه كساير المعاني ٥ وقد قال ابو حنيفة لا قضا على الناسي للاثر الذي روي عن النبي صلى الله عليه والقياس ان يقضي ولولا الاثر لكان اولى اذا كان صحيحا قال ابو يوسف وليس هو بحديث شاذ تجتري على تركه ٥ واما اذا وطي ناسيا لم يفطر وعن عطا والثوري الفرق بين الوطي والاكل لنا ان ما يفسد الوطي في الصوم كما يفسد الاكل فاذا ثبت علينا الحكم الناسي في احدهما كان الاخر مثله ٥ قال ابو الحسن وانما يفطر من وجوه اربعة ما وصل الى الجوف وما خرج منه من فرج الفم اذا اعاده وما وصل

الى الراس دون ما خرج منه وكما لا يوجب الغسل الا ان يكون عن فكر او نظر اما ما وصل الى الجوف فانه يفطر عند ابي حنيفة في كل حال
لانه ينافي الامساك والصوم هو الامساك ولا فرق بين ان يصل الى الجوف من الفم او من غيره من المخارق المعتادة مثل الحقنة لانها
تصل الى الجوف لا من الفم ولا يقال ان الواصل بالحقنة لا يتعلق به الرضاع فكذلك التحريم لان معنى الرضاع ما يحصل للصبي
من التغذي وذلك لا يكون به انما التعلق ... ومعنى الفطر زوال الامساك وهذا المعنى موجود ٥ واما ما وصل الى الجوف
او الى الدماغ من غير المخارق المعتادة مثل ان يصل من جراح فانه يفطر عند ابي حنيفة وقالا لا يفطر لان الفطر يتعلق
بالواصل والمسلك فاذا استوى به الواصل المعتاد وغير المعتاد فكذلك في المسلك ووجه قولهما ان الصوم
هو الامساك وذلك يقع في المخارق المعتادة التي خلقها الله تعالى في البدن فاما الجراحة فغير معتادة فلا يتعلق بها فطره
واما الخارج من الجوف الى الفم فان لم يملاه لم يفطره روى ذلك الحسن عن ابي حنيفة نصا وقد ذكر في الاصل ان القي يفطر
ولم يفصل والصحيح انه على تفصيل الحسن وان جعلناه رواية اخرى فلان ما ينقض الصوم لا فرق بين قليله وكثيره
لان ذلك في حكم الجشا والريق الا ترى انه لا ينقض الطهارة ٥ واما اذا ملا الفم فهو على وجهين ان كان فعله
افطر وان غلبه لم يفطر وذلك لحديث ابن سيرين عن ابي هريرة ان النبي عليه السلم قال اذا ذرعه القي فليس عليه القضا ولو
تقيا فعليه القضا وعن ابي الدردا ان النبي عليه السلم قا فافطر ولان القياس ينفي تعلق الفطر به لانه خارج يوثر في الوضو
وانما تركنا القياس اذا استدعاه للخبر فما سواه فهو على اصله ٥ وان قا بلغما فملا فمه لم يفطره عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يفطر وهذا فرع على اختلافهم في نقض الطهارة فمن لم ينقض به الطهارة جعله كالريق ولا
كفارة في القي لان قوله عليه السلم عليه القضا بيان لجميع الحكم ولان ما نقصه اقل من ما ... الجماع ٥ واما اذا اعاد القي فروى
الحسن عن ابي حنيفة قال اذا اخرج القي الى حلقه فرده وهو يقدر على ان يرمي به وهو ذاكر لصومه فعليه القضا وروى
ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة اذا ذرعه القي فخرج ملا فيه او اكثر ثم رجع الى حلقه وهو ذاكر لصومه
فقد افطر تعمد ذلك او غلبه ٥ فان كان اقل من ملا فيه لم يفطره ما رجع وذكر الحاكم في رواية ابن ابي مالك عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة انه اذا قا اقل من ملا فيه ورده وهو يقدر ان يرمي به فطره وذكر عنه رواية اخرى من طريق ابن ابي مالك
عن ابي يوسف اذا ذرعه القي ملا الفم ثم رجع الى حلقه متعمدا او غلبه فرجع مثل الحمصة وهو القدر الذي يفطره في الاكل
فطره وان كان خرج اقل من ملا الفم لم يفطره ما رجع قال وهذا قول ابي يوسف وقال ابن ابي مالك سمعت ابا يوسف
يقول بعد هذا اذا كان اقل من ملا فيه فارجعه متعمدا افطره وان غلبه لم يفطره وروى ابن سماعة عن محمد فيمن ذرعه القي
ملا فيه او اقل ثم رجع بعضه فان كان القلس ملا الفم فانه يفطره اذا كان ذاكرا لصومه فان كان اقل من ملا فيه فان عاد
بفعله وهو يقدر على طرحه فعليه القضا وان رجع بغير فعله فان كان لا يقدر على طرحه فلا قضا عليه وروى ابن سماعة
عن ابي يوسف فيمن قا ملا فيه او اقل ثم عاد فان غلبه فعليه القضا اذا كانت الغلبة في الخروج والرجوع جميعا ٥
فان غلبه في الخروج واعاده بغير غلبة فعليه القضا قليلا كان او كثيرا الا ان يكون مثل حب السويق وهذا كله اذا لم يخرج من فمه
فان خرج منه ثم اعاده فطره ٥ قال ابو الحسن رحمه الله وان تعمد القي فقا اقل من ملا فيه لم يفطره هذه الرواية الصحيحة
عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد والحسن بن زياد وقال زفر اذا قا اقل من ملا فيه افطر اذا كان متعمدا وجه رواية الحسن في
القي القليل اذا رده ان القي اذا كان ملا الفم فرده افطر وكذلك القليل الا ترى ان الريق لما لم يفطره برده استوى فيه الامران وجه
رواية ابن ابي مالك ان ما دون ملا فيه كالريق بدلالة انه لا يبطل الوضو فلا يفطره برده وجه رواية ابن سماعة في الفرق بين القليل
والكثير وبين ان يرجع بفعله او غلبه بغير فعله فلان الفطر لم يقع فيه حال خروجه فان عاد على وجه لا يمكن الاحتراز منه صار
بمنزلة الريق وان ابتدا ابتلاعه فقد امكنه الاحتراز منه فصار كالمبتدا اكله الا ترى ان الذباب اذا وصل الى جوفه لم يفطره ولو
تناوله باختياره فطره وان لم يكن من جنس الماكول والذي قال ابو يوسف اذا اعاده فهو مثل رواية الحسن وقوله الا ان يكون
مثل حب السويق فلان هذا القدر في حكم ما بقي بين الاسنان فخرج من هذه الجملة ان قول ابي يوسف فيمن ذرعه القي ملا فيه ثم عاد
بغير فعله لم ينقض صومه وقال محمد يبطل لابي يوسف انه يتعذر الاحتراز في عوده كتعذره في خروجه فاذا ... في الخروج
ما كان من قصده او غير قصده اختلف ابتداؤه في العود ولان ما دون ملا الفم اذا عاد بغير فعله لم يبطل صومه وما يبطل الصوم
فلا فرق بين قليله وكثيره وجه قول محمد ان ما حصل في فيه وهو ملا الفم فالاحتراز ممكن من عوده فصار كمن تمضمض
فسبق الما الى جوفه وهو ذاكر قال ابو يوسف فيما دون ملا الفم اذا ارجعه لا ينقض صومه لانه لا يمكن الاحتراز عن مثله
فهو الجنس فصار كالريق وليس كذلك الكثير لانه يحترز من عوده الا ترى ان الانسان لا يضبط نفسه في امساكه ولا ...
يبطل صومه لانه ما يفسد الصوم لا يختلف قليله وكثيره وهذا كله في السابق ٥ فاما اذا استقا عمدا لم ينقض صومه عند
ابي يوسف اذا كان اقل من ملا الفم وقال محمد ينقض صومه لان ما يفسد الصوم لا يختلف حكم قليله وكثيره و اما اذا رده فعند
ابي يوسف في احدى الروايتين لا ينقض صومه وفي الاخرى ينقض وقد قالوا فيما يصل الى الجوف مما ليس مقصودا بالاكل
اذا وصل على وجه لا يمكن الاحتراز عنه لم يفطره مثل الذباب وقال ابو يوسف القياس فيه ان يفطره لان الفطر لا يختلف بالماكول
وغير الماكول كما لو اكل بنفسه ولكنا استحسنا لانه يختص بغير مقصود ولا يمكن الاحتراز عنه كالغبار ٥ قال ابو يوسف وقد
دخل في حد الاستحسان بعض القياس الا ترى انه لو وصل الى جوفه ثم عاد فخرج لم يفطره وهذا صحيح لانه لما لم يفطره
ما استقر في جوفه لم يفطره بالبقا بعد ذلك ولا يلزم على هذا اذا طعن برمح فبقي النصل انه لا يفطره ... لانه
لو نزعه لم يفطره و يفطره ببقائه لان الرمح لم يستقر ... الا ترى انه يخرج باختياره واما الزيادة ...

واما الغبار والدخان وطعم الادوية في حلقه فانه لا يفطره لان هذا لا يخلو الصايم منه ولا يمكنه الاحتراز منه ومن هذا النوع
اذا ابتلع ما بين اسنانه روى هشام عن محمد في سمسمة بين اسنانه ابتلعها لم يفسد صومه وان ابتدا ادخالها في فيه فسد
صومه وفي الجامع الصغير في الصايم بين اسنانه شي فادخله حلقه متعمدا قال لا يفسد صومه وعن ابي يوسف في الصايم
يكون بين اسنانه لحم فابتلعه متعمدا فعليه القضا دون الكفارة قال ابن ابي مالك وهذا اذا كان مثل الحمص او اكثر
وقال زفر فيه القضا والكفارة والذي ذكره في الجامع الصغير محمول على تفصيل ابن ابي مالك الوجه في ذلك ان
اليسير الذي يبقى بين الاسنان ليس بمقصود في نفسه ولا يمكنه الاحتراز منه كالريق ولانه من بقايا ما كان مباحا
والاحتراز منه غير ممكن فهو كالقليل الذي يبقى في فمه من الاكل والمضمضة وجه قول زفر انه من جنس ما يتعلق
الكفارة به الا انه متغير فصار كلحم منتن وعلى هذا اذا اجمع ريقه في فمه ثم ابتلعه لم يفطره لانه لا يخلو مما لا يمكن الاحتراز
منه وليس بمقصود في نفسه ٥ واما ما وصل الى الدماغ بالسعوط او الاقطار في الاذن فانه يفطره لما روي في حديث
لقيط بن صبرة قال كنت وافد بني المنتفق على عهد رسول الله صلى الله عليه فقال لي اسبغ الوضو وخلل الاصابع وبالغ في الاستنشاق
الا ان تكون صايما ولولا ان ما يصل بالمبالغة يفطر والا لم يكن للاحتراز منه معنى ولان الراس متصل بالجوف فصار كجوانب
جوفه واما ما خرج من الراس مما وصل اليه فانه لا يفطر كمن استعط بالليل فخرج نهارا وذلك لان الخارج الطاهر من
الدماغ لا يوثر في الطهارة ولا في الصلوة وهي اضعف فلان لا يبطل الصوم اولى ٥ واما ما يوجب الغسل كالحيض
والنفاس فانه يبطل الصوم وذلك لما قدمنا من حديث عايشة ان النسا على عهد رسول الله كن يقضين الصوم
ولا يقضين الصلوة فدل على ان الحيض ينافي الصوم وكذلك الانزال اذا كان بمباشرة لان النبي عليه السلم اوجب على
الواطي في رمضان الكفارة ولو لم يبطل صومه بالوطي لم يوجب عليه الكفارة ٥ وكذلك اذا التقى الختانان ولم ينزل
لان هذا في حكم الانزال في جميع الاحكام من وجوب الغسل وتحليل الزوج والمهر وغير ذلك ٥ فاما اذا انزل عن
فكر او نظر لم يبطل صومه لانه انزل عن غير مباشرة كالاحتلام وقد قال مالك من تابع النظر فانزل فعليه القضا وهذا ليس
بصحيح لان القضا لما لم يجب بقليل النظر كذلك بكثيره ٥ واذا اكتحل الصايم لم يفطره وان وجد طعم الكحل في حلقه
روي ذلك عن عمر وقال ابن ابي ليلى يفطر لنا ما روي في حديث رافع ان رسول الله صلى الله عليه دعا في رمضان بكحل اثمد
فاكتحل به وقال ابن مسعود خرج رسول الله صلى الله عليه في رمضان وعيناه مملوتان من كحل كحلته ام سلمة ولان العين
لا منفذ منها الى الجوف وما يصل اليه من الطعم يصل من المسام وذلك لا يعتد به ٥ ويكره ان يتعرض لادخال شي
في فمه او ان مضغه ولا يفطره ذلك الا ان يصل الى جوفه وذلك لانه لا يامن ان يصل الى جوفه من العروق شي
فيعرض نفسه للافطار وقال عليه السلم ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه
وانما لم يفطره لان الفم في حكم ظاهر البدن فما يصل اليه لا يفطره قال وان تناوب فرفع راسه فوقع في حلقه
من قطرات مطر او ما صب فيه من اب فسد صومه وكذلك ان اوجر مكرها وقال الشافعي اذا اكل بنفسه افطر
والا لم يفطر لنا انه وصل الى جوفه ما هو من جنس المطعوم والمشروب غالبا مع ذكره للصوم فصار كما لو وصل
بفعله ولان العذر مع الذكر لا ينافي الفطر كالمريض وعلى هذا قال اصحابنا اذا صب في حلقه وهو نايم او مجنون افطر
وقال زفر لا يفطر لنا ان هذا عذر من جهة الادمي فلا يمنع فساد العبادة كالمكره حتى جامع او صلى قاعدا
وجه قول زفر انه اعذر من الناسي فاذا لم يفطر الناسي فهذا اولى

باب العذر الذي يجوز معه الفطر

قال الشيخ رحمه الله اسقط الله تعالى الصوم عن المسافر والمريض
واوجب عليهما عدة من ايام اخر وذلك لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر والسفر والمرض
لا يوجبان القضا وانما المراد به فافطر فعدة من ايام اخر ولان الصوم عبادة من العبادات فلا يسقط بالاعذار ٥ قال
اصحابنا الصوم في السفر جايز وهو قول علي وعايشة وعثمان بن ابي العاص وابن عباس وروي ان عليا اهل هلال رمضان وهو
يسير الى النهروان فاصبح صايما وقال عمر وابن عمر وابو هريرة لا يجوز صومه لنا ما روى عاصم عن انس ان النبي عليه السلم
قال في المسافر ان افطر فرخصة وان صام فهو افضل وعن عايشة قالت جا رجل من اسلم الى رسول الله صلى الله عليه يقال
له حمزة بن عمرو فقال يا رسول الله اني رجل اسافر افاصوم في السفر قال ان شيت وعن ابن عباس قال خرج رسول الله
صلى الله عليه وسلم من المدينة عام الفتح في شهر رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم افطر وافطر الناس وفي حديث انس
قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه فلم يعب المفطر على الصايم ولا الصايم على المفطر ٥ قال اصحابنا والصوم افضل اذا
لم يلحقه مشقة وهو قول حذيفة وعايشة وعروة بن الزبير وقال ابن عباس الفطر افضل والاصل فيه حديث انس الذي
قدمناه وقوله عليه السلم من كان له حمولة ياوي الى شبع فليصم رمضان حيث ادركه ولانه يودي العبادة في وقتها من غير
مشقة فهو افضل من تاخيرها بنفسه كالصلوة ولا يشبه صلوة العصر بعرفة لان فعلها بنفسه افضل وانما يوخرها
لاجل الامام ولا يلزم صلوة المغرب بمزدلفة لان من اصحابنا من قال انها متعلقة بالمكان فلا يدخل وقتها قبل بلوغه اليه
قال اصحابنا من سافر بعد دخول رمضان جاز له ان يفطر وقال علي وابن عباس انما يجوز الفطر لمن كان مسافرا قبل
استهلال الشهر فاذا اهل وهو في الحضر ثم سافر لم يفطر لنا قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر
ولم يفصل ولان الفطر انما يجوز للمشقة وهذا موجود فيمن سافر في خلال الشهر ولان صوم كل يوم منه عبادة
منفردة فيتناوله كاليوم الاول ولا يقال ان الفرض تعين عليه بالاقامة فلا يسقط عنه بالسفر كاليوم الذي سافر فيه

لانه لا يتعين عليه الا صوم اليوم الذي هو فيه فاما ما بعده فهي عبادات منفرده فلا تجب الا بدخول وقتها كالصلوات قال
ابو الحسن وكل مفطر لعذر يقدر على القضا او يرجي له في باقي عمره فالقضا له لازم ولا يجزيه الطعام في ذلك كالمريض والمسافر
والحبلى والمرضع اذا خافتا على الولد ٥ والاصل في وجوب القضا قوله تعالى فعدة من ايام اخر وقد اختلف اصحابنا في
القضا فمنهم من قال هو على الفور ومنهم من قال على التراخي وكان ابو الحسن يقول انه موقت بما بين رمضانين والصحيح
انه على التراخي لقوله تعالى فعدة من ايام اخر وروي ان رجلا سال النبي عليه السلم فقال علي قضا ايام من رمضان افاقضيه متتابعا
او متفرقا فقال ارايت لو كان عليك دين فقضيته متفرقا الا كان يجزي عنك قال نعم قال فالله احق بالتجاوز ولو كان على الفور
لوجبت المتابعة وعلى هذا قال اصحابنا لا يكره لمن عليه قضا رمضان ان يتطوع بالصوم لان الوجوب ليس على الفور ومن
قال بالفور لزمه ان يكره التطوع له قبل القضا ٥ قال اصحابنا اذا اخر قضا رمضان حتى دخل رمضان اخر فلا فديه عليه وقال
الشافعي عليه فديه والكلام في هذا الفصل يقع في ان القضا لا يتوقت بزمان لانها عباده موقته فلا يتوقت قضاوها بدخول
اول وقتها كالصلوه ٥ والدليل على انه لا فديه عليه انه افطر بعذر ويرجى له القضا فلا يلزمه الفديه مع الصوم كما لو
صام في اول رمضان ولم يوخره من السنه الاولى ٥ واما الحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولدهما جاز لهما
الفطر لقوله عليه السلم ان الله اسقط عن المسافر شطر الصلوه والصوم وعن المرضع والحامل وعن المريض ولانه يلحقهما ضرر
بالصوم كالمدنف ٥ وعليهما القضا ولا فديه عليهما وقال الشافعي القضا والفديه لكل يوم مد لنا انه مفطر معذور
يرجى له القضا فلا يلزمه الفديه كالمريض والمسافر ولان الفديه لو لزمتهما لم يلزمهما القضا كالشيخ الهم الفاني ٥
واما الشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصوم فيجوز له ان يفطر لقوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فديه طعام مسكين روي عن جماعه من
الصحابه انهم قالوا معنى الايه انهم يطوقونه فلا يطيقونه لانه يلحقه ضرر بالصوم فهو كالمريض والمسافر ٥ وعلى الشيخ
الفديه وقال مالك لا فديه عليه لنا اتفاق السلف على ان المراد بالايه الشيخ الكبير وقد اوجب الله تعالى عليه الفديه ولانه
عاجز عن الصوم ولا يرجى له القضا فانتقل فرضه الى الاطعام كالميت ولا يقال ان الشيخ لا يلزمه الصوم فكيف يلزمه
بدله لانه عندنا مخاطب بالصوم ولو تكلف المشقه صح صومه ويقع عن فرضه فجاز ان يخاطب بالبدل ٥ والفديه عندنا
ان يطعم عن كل يوم مسكينا نصف صاع من بر لانها صدقه مقدره ككفاره الاذى ٥ قال ابو الحسن والسفر
الذي يبيح الفطر هو الذي يبيح القصر والاقامه التي تلزم المسافر هي التي يلزمه بها الاتمام وذلك لان السفر الصحيح الذي
تتعلق به الاحكام هو سفر ثلثة ايام فصاعدا والاقامه الصحيحه التي تتعلق الاحكام بها هي اقامه خمسه عشر يوما فصاعدا
او دخول الوطن والكلام فيه مضى في كتاب الصلوه ٥ قال والمرض الذي يبيح الفطر هو ما يخاف منه الموت او زياده
العله كائنا ما كانت العله لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا وهو عام ولان العبادات تسقط بالمشقه كالصلوه فاما ٥
ومن افطر شيئا مما ذكرنا في رمضان ثم زال العذر فعليه من القضا بعدد الايام التي يزول عنه العذر فيها وليس عليه
قضا الايام التي لم يزل عنه فيها العذر والاصل في هذا ان المسافر اذا لم يزل عنه العذر فيها وبقي مسافرا حتى مات
والمريض بقي مريضا حتى مات فلا قضا عليهما حتى ماتا لان الله تعالى اوجب القضا بشرط ادراك العده ولم يدرك كلها ولانه
فعل ما سقط عنهما للعذر والعذر قائم فلا يجب صوم اخر معه واما اذا ادرك العده فصح المريض واقام المسافر
بعدد الايام التي افطرا فيها لزمهما القضا لان الشرط قد وجد وهو ادراك العده ٥ فان مات ولم يقض فعليه ان
يوصي بان يطعم عنه لكل يوم مسكين وذلك لان الفرض وجب عليه وعجز بعد وجوبه فانتقل الى ما يقوم
مقامه وروى [illegible] ان ابا مالك الاشجعي [illegible] ان رجلا سال النبي عليه السلم عن رجل ادرك رمضان
وهو شديد المرض لا يطيق الصوم فمات هل يقضى عنه فقال النبي عليه السلم ان مات قبل ان يطيق الصيام فلا يقضى
عنه وان مات وهو [illegible] فليقض عنه والمراد القضا [illegible] الاطعام [illegible]
[illegible] رمضان [illegible] وروى عن ابن عمر انه قال لا
يصوم احد عن احد [illegible]
[illegible]
[illegible]
قال ويطعم لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير [illegible]
[illegible] الكفاره [illegible] فان صح المريض ايام ثم مات لزمه من القضا بعدد ما
صح فيه [illegible] الخلاف [illegible] ابي حنيفه وابي يوسف [illegible]
[illegible] الوجوب [illegible]
[illegible] الخلاف الذي ذكره [illegible]
[illegible] مات قبل ان يصح [illegible]
[illegible]
[illegible] مقدار [illegible]
ووجوبه على ادراك العده وجب قول محمد ان الوجوب بالنذر ما حصل في حال المرض وكيف على اقوال ما

وجبه من الايام كما اوجب الله تعالى سوا فثبت ان المسئلة الاولى لا خلاف فيها ٥ ومن جن رمضان كله فلم يفق في ليله ونهاره فليس
عليه القضا وقال مالك يقضي لنا ان الجنون استغرق وقت العباده فصار كمن جن في جميع وقت الصلوه ولانه معنى يوثر في التكليف
فاثر في القضا كالصغر ٥ واذا افاق المجنون في بعض الشهر لزمه قضا ما مضى منه وقال الشافعي لا يلزمه قضا ايام الجنون لنا
انه معنى لا يتنافى في حكم الحول فلا يمنع وجوب قضا الصوم كالحيض والاغما ٥ وقد اختلف اعني ايمتنا المتاخرين في هذه المسئلة فمنهم
من قال الجنون الطاري والاصلي سوا ومنهم من قال ان الجنون الاصلي اذا افاق في بعض الشهر لم يلزمه قضا الكل وروى هشام
عن ابي يوسف في صبي له عشر سنين جن فلم يزل مجنونا حتى اتت عليه ثلثون سنه او اكثر ثم صح في اخر يوم من شهر رمضان فالقياس ان
لا يلزمه قضا ما مضى من الشهر ولكني استحسن ان يقضي ما مضى من هذا الشهر ولا احفظ فيه شيئا عن ابي حنيفه وجه
القياس ان التكليف حصل بالافاقه ابتدا كالبلوغ وجه الاستحسان ان الجنون نوع مرض وقد اوجب الله تعالى القضا
على المريض وهو يوثر في التكاليف كالصغر وذلك يسقط القضا فالحقناه بالصغر من وجه وبالمرض من وجه فقلنا اذا انقضى
جميع الشهر مجنونا لا يقضي شيا ٥ وان افاق في شي منه قضى الجميع الماضي وقد روي عن محمد في المجنون الاصلي انه لا يقضي ما مضى
من الشهر لان ابتدا التكليف حصل بالافاقه وليس كذلك الجنون الطاري لان التكليف بالافاقه في وقت العباده فكان
مكلفا في جميع الشهر ٥ واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في بعض الشهر صام ما بقي ولا قضا عليهما فيما مضى ولا في اليوم
الذي اسلم فيه الكافر او بلغ فيه الصبي اذا كان ذلك بعد طلوع الفجر وروي عن عطا فيمن اسلم في رمضان لزمه قضا ما مضى
والدليل على قولنا قوله عليه السلم الاسلام يجب ما قبله وروي سفين بن [illegible] ربيعه الثقفي قال قدم وفد من ثقيف على
النبي عليه السلم فضرب لهم الخيمه في المسجد فاسلموا فلم يامرهم بقضا ما فات واما اليوم الذي اسلم فيه فلا يلزمه قضاوه وقال
مالك يقضي لنا ان الكافر ليس في الخطاب كالصغير واما الصبي اذا بلغ فلقوله عليه السلم رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم الخبر
وهذا يمنع توجه الخطاب عليه قبل بلوغه وروى ابن سماعه عن ابي يوسف في الصبي يبلغ قبل الزوال او اسلم الكافر ان عليهما
القضا وان كان بعده فلا قضا ٥ قال وان اسلما قبل الزوال قضا ما اجزاهما وذلك لانهما ادركا وقت النيه فكانهما ادركا
الليل وهذا الخلاف مشهور عن اصحابنا لان عدم التكليف اذا حصل في اول النهار اسقط فرض جميعه لانه لا يتبعض
ومن اغمي عليه في ليله من رمضان او في يوم فافاق قبل الزوال او جن فنوى في ذلك اليوم فانه يجزيه وما كان بعد ذلك
فانه لا يجزيه الا ما افاق فيه قبل الزوال فنوى وقال الشافعي في احد اقواله اذا اغمي عليه في جميع اليوم بطل صومه لنا
ان الاغما مرض فلا يمنع صحة الصوم كسائر الامراض ولانه يوثر في التمييز كالنوم فاما اليوم الثاني والثالث فالمانع
انه لم ينو الصوم والصوم لا يصح الا بالنيه ٥

باب الصيام المتتابع وغير المتتابع

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله جملة هذا الباب ان كل صوم فرضه الله متتابعا فهو متتابع ان افطر
فيه من غير عذر وجب عليه الاستقبال والصوم الذي فرضه الله تعالى صوم الظهار والقتل وكفاره رمضان وذلك لانه فرضه بصفه
فاداوه على غير تلك الصفه لم يجز وكذلك ما اوجبه المكلف على نفسه متتابعا لان ما اوجبه الانسان معتبر بما اوجبه الله
تعالى وكل صوم لم يوجبه الله تعالى متتابعا فان شا فرق وان شا تابع مثل قضا رمضان وقد دل عليه قوله تعالى فعدة من ايام
اخر ولم يفصل وقد روي عن علي ومعاذ وابن عباس وابي هريره ان شا تابع وان شا فرق وقالت عائشه يلزمه متتابعا ٥
وروي عن محمد بن المنكدر قال بلغنا ان النبي عليه السلم سئل عن تقطيع قضا رمضان فقال ذلك اليك ارايت لو كان على احدكم
دين فقضاه الدرهم والدرهمين الم يكن قضا فالله احق ان يعفو ويغفر وروى ابن عمر عن النبي عليه السلم قضا رمضان ان شا
فرق وان شا تابع ٥ واما كفاره اليمين فالصوم فيها عندنا متتابع لان في قراه ابن مسعود فصيام ثلثه ايام متتابعات وهذه
القراه بلغت من طريق الاستفاضه الى عهد ابي حنيفه يتلى بها في المحاريب ثم انقطع نقلها وقد روي عن ابي حنيفه انه قال
كان ابو عبد الرحمن السلمي يقوم في رمضان ليله بقراه علي وليله بقراه عبد الله بن مسعود ولانه صوم في كفاره يدخل في طريق البدل
كصوم كفاره الظهار ٥ واما صوم المتعه فان شا تابع وان شا فرق لان الله تعالى اطلق ذكره ولا يقال ففي قراه ابي ثلثه
ايام متتابعات في الحج لان هذا لم ينقل نقل استفاضه ولا يجوز الزياده في القران بخبر الواحد ٥ واما الصوم في زمان
بعينه فليس بمتتابع وانما هو متجاور فاذا قال لله علي صوم رجب فافطر يوما منه قضاه خاصه الا ترى ان صوم رمضان
لما كان متجاورا لم يلزمه بالفطر فيه الا قضا ما افطره ولانه اذا اوجب شهرا بعينه فافطر في خلاله لزمه الصيام في بقيه
المده التي اوجب صومها فاوجبناه اولى وليس كذلك اذا اوجب صوما متتابعا في زمان بغير عينه لانه اذا افطر فيه
فلم يات به على الصفه التي اوجب فاذا امرناه بالقضا كان فاعلا ما اوجب ٥ قال ومن اوجب شهرا متتابعا او لزمه
شهران متتابعان فافطر فيهما لمرض او عذر استقبل لانه يقدر على صوم شهرين لا يتخللهما فلزمه الاتيان بالعباده
على ما اوجب ٥ واما اذا حاضت المراه في الشهرين لم يقطع ذلك التتابع لانها لا تقدر على صوم شهرين لا حيض
فيهما فصار الحيض كزمان الليل وعلى هذا قالوا فيمن اوجب على نفسه صوم سنه متتابعا فافطر يوم الفطر ويوم
النحر وايام التشريق لم يبطل ذلك التتابع لانه لا يقدر على سنه تخلو عن هذه الايام ٥ وقالوا تصل الحايض قضا ايام الحيض
بصومها لان هذا التتابع يقدر عليه فلا يجوز لها تركه وان حاضت في صوم كفاره اليمين استقبلت لانها تقدر على صوم ثلثه ايام
لا حيض فيها ٥ وروى ابن رستم عن محمد فيمن صامت شهرا ثم حاضت ثم ايست بعد ذلك من الحيض استقبلت لانها تقدر
على صوم شهرين لا حيض فيهما بعد الاياس فصار حيضها كالمرض ٥ وقال ابو يوسف اذا صامت شهرا ثم حاضت
خمسه ايام ثم حبلت في الشهر الثاني بنت على صومها لان الحبل لا يخرجها ان تكون من ذوات الحيض فهي وان كانت

ممن يتاخر حيضها يجوز ان يتعجل بوضع الحمل فصار لعين الحبل على ان حيضها لا يوثر في صومها وان جاز ان يتاخر في بعض الاوقات

باب ما يكره للصايم ان يفعله وما لا يكره قال الشيخ رحمه الله

قال ابن سماعه وبشر ومعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفه لا باس ان يكتحل الصايم بالاثمد وغيره ويقطر في عينه ويكتحل بالصبر وان وجد طعم ذلك في حلقه او بزاقه فليس يضره ولا يفطره وقد قدمنا هذه المسله وبينا ان العين لا منفذ منها الى الجوف وما يصل اليها فانه يصل الى المسام كما يصل الدخان اليه ٥ قال وكره ابو حنيفه ان يمضغ الصايم العلك والمراه الطعام لصبيها وذلك لانه لا يومن ان ينفصل من ذلك الى الجوف ما يفطره فيكره لذا التعريض للفطر وانما لم يفطره ذلك لان مضغ العلك لا يصل به منه شي الى الجوف وعنه الطعم والطعم لا يفطره وقد قال اصحابنا ان المسله موضوعه على مضغ علك معجون فاما اذا مضغ علكا لم يلتام افطر لانه لا يلتام في فيه الا بانفصال اجزا تنقطع منه وذلك يوجب بطلان الصوم وقال في الاصل في المراه تمضغ لصبيها طعاما ان كان لا بد لها منه لم يكره لانه موضع حاجه ٥ قال ويكره ان يذوق الصايم العسل او السمن او الزيت وما اشبهه بلسانه ليعرف اجيد هو ام ردي وان لم يدخل حلقه وذلك لانه لا يامن ان يدخل حلقه فيفطره ٥ ولا باس للصايم ان يستاك بالسواك الرطب واليابس عند كل صلوه وان يغمره في الما وهو قول يعقوب وقال الشافعي يكره السواك في اخر النهار لنا ان ما لا يكره للصايم قبل الزوال لا يكره بعده كالمضمضه ولانه تطهير للفم لا يكره في اول النهار فلا يكره في اخره كالمضمضه واما قوله السواك الرطب فان كان يعني المبلول بالما فلا يكره وعن ابي يوسف انه يكره لنا حديث عايشه قالت كان رسول الله صلى الله عليه يستاك بالسواك الرطب وهو صايم ولان بل السواك يقصد به تطهير الفم فهو كبلل المضمضه ووجه قول ابي يوسف ان السواك لا يفتقر الى بله فصار ذلك ادخال الما فيه من غير حاجه ٥ وان كان يعني بالرطب الرطب فهو الاخضر وقد روي عن ابن عباس انه قال لا باس للصايم ان يستاك بالسواك الاخضر وقال النبي عليه السلام خير خصال الصايم السواك ولم يفصل ٥ قال ابو حنيفه اذا سافر الرجل نهارا لم يسع له ان يفطر وذلك لان الصوم تعين عليه بالاقامه في ابتدا النهار واجتمع في العباده حكم السفر والاقامه فالحكم للاقامه ٥ واذا اراد دخول مصر يتوي فيه الاقامه فان كان مصره كره له ان يفطر في ذلك اليوم وان كان مسافرا في اوله لانه يصير مقيما في اخره فيجتمع فيه حكم السفر والاقامه وان كان نوى ان يدخل ذلك المصر لا يتفق له حتى تغيب الشمس فلا باس ان يفطر ذلك اليوم في السفر لانه مسافر فيه فلا يجتمع له حكم الاقامه مع السفر قال ولا باس ان يقبل الصايم ويباشر اذا امن على نفسه ما سوى ذلك وروى الحسن عن ابي حنيفه انه قال لا باس بالقبله للصايم وانه كره المعانقه والمباشره والمصافحه وان فعل ذلك لم يفسد صومه ٥ قال الشيخ رحمه الله والاصل في جواز القبله للصايم اذا امن على نفسه خبر عمر قال هششت الى اهلي فقبلت ثم اتيت رسول الله فقلت اني عملت اليوم عملا عظيما اني قبلت وانا صايم فقال ارايت لو تمضمضت بما كان تفرتك فقال لا فقال ففيم اذا وروي الاسود عن عايشه قالت كان رسول الله صلى الله عليه يقبل وهو صايم وعن انس ان رسول الله صلى الله عليه سيل عن القبله للصايم فقال لا بحالة تشبهها ٥ واما اذا لم يامن على نفسه كره لما روى ابو مسلم مولى ام سلمه ان شابا وشيخا سالا النبي عليه السلام عن القبله للصايم فرخص للشيخ ونهى الشاب وروى عبد الله بن عمرو ان شابا سال رسول الله صلى الله عليه عن القبله فنهاه رسول الله صلى الله عليه وساله شيخ فرخص له فنظر بعضنا الى بعض فقال عليه السلام قد علمت لم نظر بعضكم الى بعض ان الشيخ يملك نفسه ٥ واما المباشره فلا يكره في احدى الروايتين اذا امن على نفسه لما روى الاسود عن عايشه ان النبي عليه السلام كان يباشر وهو صايم وكان املككم لاربه وعن عايشه ان النبي عليه السلام قال حل شي من امراتك لك حلال اذا كنت صايما الا ما بين الرجلين واما روايه الحسن فلان الغالب ان المباشره لا يومن معها ما يفطره فيكره ٥ قال ابو يوسف في الجوامع يكره للصايم ان يمضمض لغير وضو ولا باس ان يستنشق ويغتسل ويصب على راسه ويبل الثوب ويتلفف به اما المضمضه فان كان لتطهير الفم لم يكره وذلك لانها تفعل لغرض صحيح فلا يعتبر جواز ان يحصل من الافطار واما اذا كانت لغير طهاره فانه يكره لانه لا يامن ان يصل الى الجوف ولا معنى له التعريض للافطار من غير غرض ٥ واما الاستنشاق والاغتسال وصب الما على راسه والتلفف بثوب فقد قال ابو حنيفه انه يكره لانه اظهار ضجر بالعباده وامتناع من تحمل مشقتها وقال ابو يوسف لا يكره وروي عن الشعبي انه يكره صب الما على الراس من الحر وقال الحسن لا يكره وروي ابو بكر بن الحرث ان النبي عليه السلام صب على راسه ما من شده الحر وهو صايم وعن ابن عمر انه كان يبل الثوب ويلقيه عليه وهو صايم ولانه دفع لمشقه الصوم فجاز كالاستظلال ٥ ولا يكره الحجامه للصايم وقال اصحاب الحديث يفطر لنا ما روى انس قال حجمنا ابو طيبه في رمضان فقلنا من اين جيت فقال حجمت رسول الله صلى الله عليه وهو صايم وروي عن ابن عباس ان النبي عليه السلام احتجم وهو صايم وروي انس ان النبي عليه السلام احتجم وهو صايم محرم وروي ابو سعيد ان النبي عليه السلام قال لا يفطر الصايم الحجامه والقي والاحتلام ولانه دم عرق كالفصد ولانه لو شق قرحه في موضع الحجامه لم يفطره وخروج الدم يتعدى الامرين كالاخرى والذي روي من قوله حين مر بمعقل بن يسار وهو يحتجم في رمضان افطر الحاجم والمحجوم فقد روي عنه عليه السلام انه رخص بعد ذلك في الحجامه ويجوز ان يكون ذلك على سبب يوجب الافطار فذكر الافطار لذلك السبب وعرفه بالحجامه كما روي ابن عباس ان النبي عليه السلام مر برجلين وهما يغتابان الناس فقال افطر الحاجم والمحجوم ويبين ان الحجامه عمل باليد والعمل باليد لا يفطر الصايم ٥ قال ومن صام يوما ظن انه عليه ثم علم انه ليس عليه فاحب الينا ان يمضي فيه وان افطره فلا قضا عليه وقال زفر ان افطر فعليه القضا وذكر الطحاوي عن ابي حنيفه فيمن دخل في صلوه يظن انها عليه لزمته مثل قول زفر لنا انه لم يوجب على نفسه الصوم بالدخول وانما دخل ليتقيه عن ما عليه

الزمه فاذا تبين ان لا شي عليه لم يلزمه بالدخول شي كمن قضى دينا ظن انه عليه ووجه قول زفر انه متى دخل في القربه فاذا افسدها وجب عليه القضا كالمبتدي بالصوم وانما استحبوا له المضي لان القربه صحت من جهته فلا يبطلها ٥ قال لا يكره قضا رمضان في العشر عند اصحابنا وهو قول عمر وروي عن علي كراهته لنا قوله عليه السلام ما من ايام العمل الصالح فيها احب الى الله من ايام العشر وعموم قوله تعالى فعده من ايام اخر ولان هذه الايام يستحب فيها الصوم ففعل القضا فيها اولى من فعله في غيرها والذي روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن قضا رمضان في العشر محمول على من كان له اعتاد التطوع لصومها فيقضي في غيرها حتى يجمع بين الفضيلتين فيكون اولى ٥ قال ابو حنيفه في تعجيل الفطر اذا غربت الشمس احب الينا وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا تزال امتي بخير ما لم ينتظروا بالافطار طلوع النجوم وقوله عليه السلام ثلث من اخلاق المرسلين تاخير السحور وتعجيل الافطار ووضع اليمين على الشمال في الصلوه

باب من يوم بالامساك في رمضان وهو مفطر قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

كل من سقط عنه فرض الصوم في رمضان في اول النهار بعذر ثم زال العذر بعد طلوع الفجر فان كان بحال لو كان بها قبل طلوع الفجر لزمه الصوم فانه يومر بالامساك عما يمسك عنه الصايم وذلك مثل الحايض تطهر في بعض النهار او يسلم الكافر او يبلغ الصبي او يفيق المجنون او يقدم المسافر مصره فانهم يومرون بالامساك عن كل ما يمسك عنه الصايم ٥ فان بها الى حال لو كان عليها قبل طلوع لم يلزمها الصوم فانه لا يجب عليه الامساك مثل الطاهر اذا حاضت وقال الشافعي في الحايض اذا طهرت لا يلزمها الامساك لنا قوله عليه السلام في يوم عاشورا من لم ياكل منكم فليصم ومن اكل فليمسك بقية يومه ولان كل من كان في بعض نهار الصوم المستحق على صفه لو كان عليها في اوله لزمه الصوم فاذا طرات بعد الفطره لزمه الامساك كالمشهود اذا شهدوا برويه الهلال ولان المعنى الموجب للصوم موجود وقد ارتفع المانع من الوجوب ٥ فاذا الطت فقد عرضت نفسها للتهمه فلم تجز وليس كذلك الطاهر اذا حاضت لان المعنى المانع من الصوم موجود فلا يلحقها تهمه

باب الاوقات التي يكره فيها الصوم

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله اجمع اصحابنا لم يختلف عنهم رواية في كراهه الصوم في سته ايام العيد وايام التشريق واليوم الذي يشك فيه من رمضان تحريا من رمضان ٥ اما الكلام في يوم الفطر والاضحى وايام التشريق فقد قال اصحابنا لا يجوز ان يصام فيها نذرا ولا قضا ولا تطوعا وروي عن عايشه وابن عباس انهما كانا يصومان ايام التشريق والاصل في ذلك ما روي سعد بن ابي وقاص قال امرني رسول الله صلى الله عليه ان انادي ايام منى الا انها ايام اكل وشرب فلا تصوموا وروي عقبه بن عامر ان النبي عليه السلام نهى عن صيام سته ايام يوم الفطر ويوم النحر ويوم عرفه ويوم النحر وايام التشريق وهذا محمول على الحاج اذا كان يضعف لصوم يوم عرفه عن الوقوف ٥ وقد قال اصحابنا اذا صام في هذه الايام كان صايما ويكره له ذلك وقال الشافعي لا ينعقد فيها صوم لنا انه نهى عن صيامها والنهي لا يمنع وقوع المنهي وانما المنع جوازه من القرب ولانه يوم نهي عن الصوم فيه فوجب ان يصح فيه نوع من الصيام كيوم الشك ٥ واما اذا نذر صوم هذه الايام صح نذره في رواية محمد عن ابي حنيفه وكذلك رواه بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفه ويقال له صم غيرها وهو قول ابي يوسف ومحمد وروى ابن سماعه عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه لا يلزمه بالنذر شي وهو روايه ابن المبارك عن ابي حنيفه وهو قول زفر وجه الروايه الاولى انه يوم يلي رمضان فصح نذر صومه ابتدا كيوم الشك ولانه يوم عيد في الشريعه فاذا نذر صومه ابتدا صح كيوم الجمعه ولا يمكن للشافعي ان يقول لموجبه على اصل قوله فيمن قال لله علي ان اصوم كل خميس فوافق ذلك هذه الايام لانه ليس بابتدا النذر ولا يصح ان يتعلق مع الشافعي في نذر صوم ايام التشريق فنقول انه وقت مختلف في جوازه عن فرضه فصح اضافه النذر اليه كيوم الشك وانما قلنا انه يصوم غيرها لانه نذر الصوم وايقاعه على وجه منهي فيومر بفعله لا على وجه منهي كمن قال لله علي ان احج ولجامع وانما قلنا انه ان صام في هذه الايام سقط نذره لانه لم يوجب على نفسه غيره فاذا فعله كما نذره لم يلزمه شي اخر ولان القايل احد قولين اما من قال لا يجب بنذره شي او من قال يصح نذره ويسقط موجبه بصوم هذه الايام فثبت هذا بالاجماع واما وجه روايه ابن سماعه وهو قول زفر فلان صوم هذه الايام ليس بقربه ونذره ما ليس بقربه لا يتعلق به وجوب كنذر صوم اليوم الذي اكل فيه ويوم الحيض ٥ واما اذا دخل في صوم هذه الايام ثم افسده لم يلزمه القضا وقال ابو يوسف ومحمد عليه القضا لان الوجوب يقع بالدخول وهو منهي عنه وما بعده مداوم عليه فلا يجب المضي على ما هو منهي عنه واذا لم يجب المضي لم يلزمه القضا وكذلك قال فيمن دخل في الصلوه عند الزوال ثم افسدها انه لا قضا عليه في احدى الروايتين لانه ممنوع من الدخول فيها وما بعده مداوم عليه وقال في الروايه الاخرى يلزمه القضا وذلك لان الوجوب يتعلق بالتحريمه وهي ليست عندنا من الصلوه وانما النهي في هذا الوقت عن القنوه وقد وقعت التحريمه غير منهي عنها والوجوب يتعلق بها لازم القضا والدخول في الصوم مسلما يلزمه جز من الصوم وهو صوم وهو منهي عنه في هذا الزمان ووجه قولهما ان الدخول سبب للايجاب كالنذر ٥ وقد قال اصحابنا ان صوم المتعه لا يجب في ايام التشريق وقال الشافعي يصح لنا ان ما لا يجوز فيه قضا رمضان فلا يجوز فيه صوم المتعه كيوم النحر ٥ واما يوم الشك فانه يكره ان يصومه بنيه رمضان ويجوز عن غير رمضان وروي كراهه صومه عن ابن عمر وحذيفه وانس وقال ابن مسعود لان افطر يوما من رمضان ثم اقضيه احب الي من ان ازيد فيه ما ليس منه وقال الشعبي

كان علي وعمر وعثمان ينهون عن صوم اليوم الذي يشك فيه من رمضان وكانت عايشة تصومه وقالت لان اصوم من شعبان
احب الي من ان افطر يوما من رمضان ومثله عن اسما وابي هريرة والاصل في ذلك ما روي عن النبي عليه السلم انه نهى عن صوم
يوم الشك من رمضان وقال من صام يوم الشك فقد عصى ابا القسم ولانه يوم من شعبان بدليل قوله عليه السلم فان غم عليكم فعدوا
شعبان ثلثين واذا كان من شعبان فصامه بنية الفرض لم يجزه ٥ واما اذا صامه بنية التطوع لم يكره عندنا وقال الشافعي
يكره لنا ما روي عن علي وعايشة انهما قالا لان نصوم يوما من شعبان احب الينا من ان نفطر يوما من رمضان ولم ينقل عن احد
من الصحابة كراهيته الا بنية الفرض او بنية مترددة ولانه يوم من شعبان كساير الايام ٥ ولا باس بالصوم قبل رمضان بيوم
او يومين او ثلثة وكان ابن عباس يفصل بين الفرض والنفل بفطر وكان علي يخطب ويقول لا تقدموا الشهر ومن الناس
من يمنع الصوم اذا انتصف شعبان لنا ما روي ان النبي عليه السلم كان يصل شعبان برمضان ولانه يوم من شعبان كالنصف
الاول والذي روي عن النبي عليه السلم انه قال لا تقدموا الشهر بيوم ولا بيومين الا ان يوافق ذلك صوما كان يصومه احدكم
فهذا محمول على النهي عن استقبال الشهر مخافة ان يلحق بالفرض والذي روي ان النبي عليه السلم قال اذا انتصف شعبان
فلا تصوموا احد فهو محمول على من يضعف بذلك عن صوم رمضان ٥ وقال ابو يوسف كانوا يكرهون ان يتبعوا رمضان
صياما خوفا ان يلحق ذلك بالفريضه وهذا صحيح وروي عن مالك انه قال اكره ان اتبع رمضان بستة من شوال قال وما
رايت احدا من اهل الفقه والعلم يصومها ولم يبلغنا عن احد من السلف وان اهل العلم يكرهون ذلك ويخافون بدعته وان
يلحق اهل الجفا برمضان ما ليس منه [illegible] هذا عن مالك
[illegible] رسول الله [illegible] صوم الوصال [illegible]
بينهما [illegible] ان النبي عليه السلم نهى عن صوم الوصال [illegible] لست كاحدكم اني ابيت عند ربي يطعمني ويسقيني ٥
قال ونهى عن صوم الصمت وهو ان يصوم الانسان ولا يتكلم لان ذلك من فعل المجوس [illegible]
فهو منهي ٥ ولا باس بصوم يوم الجمعة في قول ابي حنيفه ومحمد [illegible] وذلك لانه افضل عن غيره من
الايام والصوم في الزمان الفاضل لا يمنع منه الا ان يرد فيه نهي ٥ ويكره صوم يوم النيروز والمهرجان ان تعمد ذلك
فان وافق ذلك فلا باس [illegible] هذه الايام بالصوم تعظيما لها وقد نهي عن تعظيم هذه الايام [illegible]
[illegible] عن صيام السبت الا في الفرض [illegible] يوم السبت يوم كان يصومه فلا باس
وذلك لان [illegible] بالصوم وتعظيمه [illegible] باليهود [illegible] جامع ابي يوسف قال كانوا يستحبون صيام الايام
البيض وليس بواجب وكان بعضهم يصوم الاثنين والخميس [illegible] توقيت الصوم في يوم فمن فعل ذلك
خميس ومن ترك ذلك فلا شي عليه ومن صام يوما وافطر يوما فحسن وقيل ان ذلك صوم داود النبي عليه السلم ومن صام
شعبان فوصله برمضان فحسن وكانوا يستحبون ان يصوموا قبل عاشورا وبعده يوما خلافا لاهل الكتاب وقال الحسن
عن ابي حنيفه لا باس بصوم يوم عرفه وصومه افضل لمن يقوى عليه في السفر والحضر بعرفه وذلك لانه اذا صام
في هذا اليوم فقد جمع بين قربتين وهذا اذا لم يضعفه عن الوقوف والدعا فان اضعفه كره لان الدعا لا يستدرك
في غير هذا اليوم والصوم يستدرك قال ابو يوسف وقد جاء حديث في كراهة صيام يوم الجمعة الا ان يصوم قبله
يوما او بعده يوما ويكره صوم الدهر فمن صام الدهر وافطر يوم الفطر ويوم الاضحى وايام التشريق فقد قال بعض
الفقها انه لم يصم الدهر ولم يدخل هذا فيما نهي عنه قال ابو يوسف وليس هذا عندي كما قال والله اعلم هذا قد صام الدهر
وهذا صحيح لان النهي عن صيام الدهر لو كان لاجل هذه الايام لخصها بالنهي وانما نهي عن ذلك لانه يضعف عن
العبادات ويودي الى التبتل المنهي عنه

باب وجوب الكفاره

في افساد الصوم قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله الكفاره في قول اصحابنا لا تجب الا في افساد
الصوم في شهر رمضان خاصه ولا تجب الكفاره فيما سوى ذلك وذلك لان الكفاره تجب لحرمة الزمان
ولا تجب لحرمة الصوم وحرمة الزمان لا توجد في غيره وليس كذلك كفارة الحج لانها تجب لحرمة العبادة فاستوى فيها
الفرض وغير الفرض ٥ والكفاره تجب في ثلثة معاني الجماع والاكل والشرب على صفة في ذلك نذكرها
فاما الجماع اذا حصل في الفرج والتقى الختانان وجبت الكفاره انزل او لم ينزل وهو قول عطا وقال سعيد بن جبير
لا كفاره لنا ما روى حميد عن ابي هريرة ان النبي عليه السلم امر الذي غشي امراته في رمضان بمثل كفارة الظهار
وروت عايشة ان النبي عليه السلم امر الواطي باطعام ستين مسكينا وعن سعد بن ابي وقاص ان رجلا جا الى النبي عليه السلم
فقال اني افطرت يوما من رمضان فقال اعتق رقبة او صم شهرين متتابعين او اطعم ستين مسكينا والكفارات
لا تعلم الا من جهة التوقيف ولانها عبادة على البدن لا تفعل في السنة الا مرة فجاز ان تجب بافسادها الكفاره
كالحج ٥ قال اصحابنا الكفاره على الترتيب وقال مالك على التخيير لنا حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلم اوجب على
المجامع مثل كفارة الظهار وروي انه قال اعتق رقبة فقال لا اجد فقال صم شهرين متتابعين ولانها كفارة
فيها صوم شهرين متتابعين فكانت على الترتيب ككفارة الظهار والقتل والذي روي في حديث سعد فقد قصد به
بيان ما يقع به التكفير في الجملة ٥ وقد حكي عن الحسن انه قال في كفارة المجامع بدنه اذا لم يجد الرقبة وهذا لا
يصح لان الكفاره انما تؤخذ من طريق التوقيف وقد بيناه ولان البدنه لا تجتمع مع صوم وقت شهرين
ككفارة الظهار والقتل ٥ قال اصحابنا والصوم ستون يوما وعن الحسن اربعون يوما وما قدمناه من الاخبار

دلالة عليه والذي روي في حديث انس ان النبي عليه السلم قال من افطر في رمضان فعليه صوم شهر يحتمل ان يكون في المفطر الاثم
الذي لا يلزمه الكفاره فاستحب له ان يصوم شهرا الا استدراك فضيلة الصوم ٥ وقد تكلم السلف في هذا فقال ربيعه
يصوم مكان اليوم اثنى عشر يوما لان الله تعالى رضي من عباده شهرا من جملة اثنى عشر شهرا وحكي عن النخعي انه قال
يصوم الف يوم لان الله تعالى جعل في شهر رمضان ليلة فضلها على الف شهر ٥ قال اصحابنا يجب على المجامع
القضا والكفاره وقال الاوزاعي ان كفر بالصوم فلا قضا عليه وقد روى ابو هريرة ان النبي عليه السلم امر الذي واقع امراته
ان يصوم ستين يوما ولان صوم الشهرين تكفير فلا يسقط به القضا كالعتق ٥ واختلفت الرواية عن ابي حنيفه
فيمن جامع في الموضع المكروه فروى الحسن بن زياد عنه ان لا كفاره وروى بشر بن الوليد في نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفه
فيمن وطي في الدبر او في الفرج اذا توارت الحشفه وجب الغسل انزل او لم ينزل وعليه القضا والكفاره وروى
بشر وعلي بن الجعد في كتاب الحدود عن ابي يوسف ان قياس قول ابي حنيفه ان يكون عليه الكفاره وهو قول ابي يوسف
ومحمد وجه رواية ابي يوسف ان قياس قول ابي حنيفه ان يكون عليه الكفاره لانه وطي مقصود فيتعلق به الكفاره
كالوطي في الفرج فاما على اصلهما فهذا الوطي يتعلق به الحد فيتعلق به الكفاره كالوطي في الفرج ووجه رواية
الحسن انه وطي لا يتعلق به الحد عنده كوطي الميته ٥ واذا وطي بهيمة فلا كفاره عليه عند اصحابنا لانه وطي غير مقصود
كوطي الميته ٥ فان وطي بهيمة فانزل فعليه القضا لان الانزال اذا حصل بفعله وجب عليه القضا كالمجامع فيما دون
الفرج ٥ قال اصحابنا اذا اكل وشرب ما يصلح به البدن اما على وجه التغذي او على وجه التداوي فعليه القضا
والكفاره وقال الشافعي لا كفاره عليه لنا انه احد الامساكين فكان فيه ما يتعلق به الكفاره العظمى كالامساك الاخر
او امساك عن احد اللذتين ولان الشرب معنى يتعلق به الحد فجاز ان يتعلق به كفارة العتق كالوطي ٥ فان
اكل ما لا يتغذى به ولا يتداوى فعليه القضا ولا كفاره عليه وهذا مثل الحصا والتراب وقد حكي عمن لا نعتد به
انه لا يفطر وهذا غلط لان الصوم هو الامساك واكل هذه الاشيا ينافي الامساك فاما الكفاره فلا تجب وقال مالك
تجب لنا ان ماثم الفاعل لهذا الفعل دون ماثم المجامع فصار كمن استقا عمدا ولان الكفاره تجب على وجه العقوبه
وتسقطها الشبهه فلا تجب الا بماثم مخصوص كالحد واما مالك فقال انه افطر لغير عذر كالجماع ٥ وقال الحسن
بن زياد عن ابي حنيفه فيمن بلع نواه يابسه او قشر جوزه صحيحه يابسه او لوزه يابسه فعليه القضا ولا كفاره عليه
لان هذا لا يعتاد اكله هكذا بقشره فهو كابتلاع الحصى ٥ وان اكل عجينا فعليه القضا ولا كفاره عليه كذلك رواه
ابن رستم عن محمد لان اكل العجين لا يقصد به التغذي ولا التداوي وقال ابن رستم وكذلك ان ابتلع دقيقا لانه يصير
عجينا قبل ان يصل الى الجوف وقال الحسن عن ابي حنيفه وان قمح حنطة فعليه القضا والكفاره لان هذا يعتاده
الناس بالاكل وروى ابن رستم عن محمد فيمن ابتلع اهليلجة ان عليه القضا ولا كفاره لانه لا يتداوى بها على هذه
الصفة وروى هشام عنه ان عليه الكفاره قال ابو الحسن وهو اقيس عندي لان هذا يتداوى به هكذا على هذه
الصفة وهكذا رواه ابن رستم عن محمد ٥ وان اكل طينا ارمنيا فعليه الكفاره لانه بمنزلة الغاريقون يعني انه
يتداوى به البطن قال ابن رستم وقلت له هذا الطين الذي ياكله الناس قال لا ادري ما هذا فكانه لم يعلم
انه مما يتداوى به ام لا وقال هشام عن محمد في الطين الارمني ان كان يشرب للدوا ففيه الكفاره وان لا فلا
قال هشام قلت لمحمد اذا ابتلع لوزة رطبة او بطيخة صغيرة قال عليه القضا والكفاره لان هذا مما يوكل على حاله
ويلتذ به ٥ قال والجوزة الرطبة يبتلعها قال لا كفاره عليه لان الجوز لا يوكل هكذا وقال هشام عن محمد ان اكل
مسكا او غالية او زعفرانا فعليه الكفاره لان هذا يتداوى به وروى ابن سماعة عن ابي يوسف اذا مضغ الجوزة
او اللوزة اليابسة حتى وصل المضغ الى الجوف منها ثم ابتلعها فعليه الكفاره لانه اكل للبها وان ضم اليه
ما لا يقصد بالاكل ٥ واذا اصبح جنبا في رمضان فصومه تام وهو قول علي وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي الدردا
وابي ذر وابن عباس وابن عمر ومعاذ وعن ابي هريرة انه لا صوم له والاصل في ذلك قوله تعالى فالان باشروهن
وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر فاباح تعالى الجماع
الى حين الطلوع وحكم بتمام الصوم بقوله ثم اتموا الصيام الى الليل ومعلوم ان من بقي على الجماع الى الفجر
اصبح جنبا وجوز صيامه وروت عايشة ان رجلا اتى النبي عليه السلم فقال اني اصبحت جنبا واريد ان اصوم فقال عليه السلم
وانا اصبح جنبا واريد ان اصوم فقال انك لست مثلنا فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ارجو
ان اكون اعلمكم بما اتقي وروى ابو بكر بن عبد الرحمن ان ابا هريرة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من طلع
له الفجر وهو جنب فلا صوم له فذكرت ذلك لعبد الرحمن فانكره وقال ايت عايشة فسلها فسالت عايشة
وام سلمة فقالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من غير احتلام ثم يتم صومه في رمضان فاتيت
مروان فاخبرته فقال لي اذهب الى ابي هريرة فرد عليه فذكرت ذلك له فقال انت سمعتها فقلت نعم فقال
حدثني به الفضل بن عباس ٥ قال اصحابنا اذا طلع الفجر والرجل مواقع فنزع مع الطلوع ونزع او كان
يشرب فقطعه او كان ياكل فالقى اللقمه ولم يزدردها فصومه تام وقال زفر يفطر في الجماع ولا
يفطر في الاكل لنا انه اذا اشتغل مع الطلوع بالمفارقه والنزع فقد فعل ما هو شرط في صحة الصوم
فترك الجماع ومن فعل ما هو شرط في صحة العبادة لم يمنع انعقادها كتارك الاكل عنده وجه

قول زفر انه حصل بعد الطلوع جزء من المخالطه لو انفرد ذلك لمنع الصوم فكذلك حال البقا وليس كذلك الاكل لانه اذا القى اللقمه
مع الطلوع فلم يوجد بعد الفجر جزء من الاكل فانعقد صومه وعلى هذا الخلاف اذا وطي نهارا ناسيا ثم تذكر ونزع مع الذكر ٥ واما اذا
طلع الفجر وهو مخالط فبقي عليه فعليه القضا ولا كفاره عليه وكذلك اذا جامع في خلال النهار ناسيا فذكر وبقي عليه وروي عن ابي يوسف
انه قال اذا بقي عليه بعد الطلوع فعليه الكفاره واذا بقي عليه بعد الذكر فلا كفاره عليه وقال زفر عليه القضا والكفاره والكلام
يقع في موضعين احدهما ان صومه لم ينعقد لانها عباده يخرج منها بالوطي فيمنع الوطي انعقادها كالصلوه والاعتكاف واذا
لم ينعقد لم تجب الكفاره لان الكفاره تجب بافساد الصوم ولانه وطي لا يتعلق بابتدايه كفاره فلم يتعلق بالبقا عليه كفاره العتق
اصله وطي الناسي واما ابو يوسف فقال اذا بقي بعد الطلوع فابتدا الوطي كان عمدا ووطي العمد يوجب الكفاره واما الناسي فابتدا
وطيه كان ناسيا ووطي الناسي لا يتعلق به كفاره ٥ قال ابو الحسن رحمه الله وهذا كله اذا كان الفعل من غير شبهه او عذر
فان كان هناك شبهه او عذر سقطت الكفاره والعذر والشبهه ان ياكل او يجامع وهو يرى ان عليه ليلا وقد طلع الفجر وهو
لا يعلم او يرى ان الشمس غابت ثم يتبين له انها لم تغب وهذا صحيح اذا تسحر وهو لا يعلم بطلوع الفجر ثم علم فقد افطر وقال مالك
يفطر في صوم الفرض دون صوم النفل لنا ان اكله صادف النهار مع ذكره للصوم فصار كما لو اكل مع العلم بالطلوع ولان ما
يفسد الصوم لا فرق فيه بين الفرض والنفل كالجماع ٥ ويمسك بقيه يومه لان علمه بالطلوع لو تقدم الاكل لوجب الصوم فاذا
تاخر عنه وجب الامساك على ما قدمناه من خبر العوالي ٥ وعليه القضا لقوله تعالى فعده من ايام اخر ولا كفاره عليه لانه معذور
في الاكل وكفاره رمضان تجب على وجه العقوبه وتسقط بالعذر والشبهه كالحد ٥ وقد ذكر على هذه الاصول اذا اكل ثم
بانت له الشمس وقد روي ان عمر افطر فلما صعد المؤذن المئذنه قال هذه الشمس فقال عمر انما بعثناك داعيا ولم نبعثك راعيا
ما تجانفنا لاثم وقضا يوم يسير ٥ وكذلك اذا صام في سفره فافطر متعمدا في سفره وبعد ما قدم مصره فلا كفاره عليه لان
هذا اليوم غير مستحق العين الا ترى انه كان في اول النهار مخيرا بين الصوم والفطر ٥ وكذلك اذا اكل او شرب او جامع ناسيا
او ذرعه القي فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضا ولا كفاره عليه قال محمد الا ان يكون بلغه الخبر يعني ان
اكل الناسي لا يفطر وان من ذرعه القي لا يفطر والاصل في هذا ما بينا ان الكفاره تؤثر فيها الشبهه والشبهه اذا استندت الى اصل
تعلق بها الحكم والا لم يتعلق بها واكل الناسي والقي ينافي الامساك في الظاهر فاذا ظن انه قد افطر فالشبهه مستنده
فلا يجب عليه الكفاره ٥ قالوا فان احتجم او فعل نحو ذلك مما اختلف الناس فيه هل يفطر ام لا فان ذلك لا يكون عذرا ولا شبهه
اذا تعمد بعده الاكل وقد ظن ان الحجامه تفطره الا ان يكون افتي بانه قد افطر او يكون ممن سمع الحديث ان الحجامه تفطره فليسقط
عنه الكفاره وذلك لان الحجامه لا تنافي الامساك في الظاهر فاذا ظن انها تفطره فشبهته لم تستند الى سبب فلا تسقط عنه
الكفاره ٥ فاما اذا استفتي فقيها فهو معذور لان العامي يلزمه الرجوع الى قول الفقيه وقد افتاه بما اختلف فيه الفقها
فصار ذلك عذرا ٥ فاما اذا كان بلغه الحديث فقد روي الحسن عن ابي حنيفه انه لا كفاره عليه لان الانسان يجب عليه الاخذ
بحديث رسول الله صلى الله عليه فاذا سمعه وعمل به استندت شبهته الى اصل وروي ابن سماعه وبشر عن ابي يوسف في المحتجم اذا افطر
بحديث الحاجم والمحجوم فعليه القضا والكفاره من قبل ان جماعه الفقها على ان الحجامه لا تفطره ووجه ذلك ان العامي اذا سمع
خبرا لا يجوز له العمل به لانه لا يامن ان يكون مصروفا عن ظاهره او منسوخا فمتى رجع الى ما لا يجوز له الرجوع اليه لم يعذر ٥
قال ابو الحسن واذا لمس امراه او قبلها او ضاجعها ولم ينزل فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك او جامع كان عليه القضا
والكفاره لان القبله واللمس لا تنافي الامساك في الظاهر ٥ قال الا ان يكون تاول حديثا او استفتي فقيها فافطر على
ذلك التاويل فلا كفاره عليه وان اخطا ذلك الفقيه وكان الحديث خطا ٥ وان ادهن شاربه فظن ان ذلك يفطره او استفتي
او تاول حديثا انه يفطره ثم اكل او شرب فان عليه القضا والكفاره وهذا انما لا يجوز ان يتاول فيه وكذلك قالوا فيمن اغتاب
فظن ان الغيبه تفطره او استفتي فقيها او تاول حديثا فان الكفاره تجب ولا يعتد بالتاويل ٥ ومن اصبح في رمضان
لا ينوي الصوم فاكل او شرب فلا كفاره عليه وقال زفر عليه الكفاره وقال ابو يوسف ان اكل قبل الزوال فعليه الكفاره
وان اكل بعد الزوال فلا كفاره عليه اما ابو حنيفه فمن اصله ان الصوم لا يصح الا بنيه فما لم ينو فليس بصايم فوطيه لا يوجب
كفاره واما زفر فمن اصله ان صوم رمضان لا يقف على النيه فجماعه قبل النيه وبعدها سواء ٥ واما ابو يوسف
فقال حكم الصوم مراعي قبل الزوال لجواز ان ينوي فيتم منه فاذا جامع فقد اسقط المراعاه فكانه افسد الصوم واذا
جامع بعد الزوال فقد زالت المراعاه قبل جماعه فلا يجب عليه كفاره وروي الحسن بن زياد عن ابي حنيفه فيمن اصبح لا ينوي
الصوم ثم نوي قبل الزوال ثم جامع في بقيه يومه فلا كفاره عليه لانه كان في اول النهار على صفه لا يلزمه بالوطي كفاره
فصار ذلك شبهه في اخره ٥ قال اصحابنا في المجامع في رمضان الكفاره تجب على الرجل والمراه اذا طاوعته وقال
الشافعي في احد قوليه لا كفاره عليها وفي القول الاخر تجب عليها ويتحملها الزوج اما وجوب الكفاره عليها فلانه وطي
يتعلق به الحد فجاز ان يتعلق به الكفاره ولان كل من لزمه الحد [illegible] يلزمه الكفاره كالرجل واما انها يلزمها
فكل من لزمته الكفاره لم يتحملها عنه غيره كزوج المكرهه والعاقله تدعوا الى نفسها مجنونا ٥ قال ومن جامع في يوم من
رمضان متعمدا او اكل او شرب ثم فعل ذلك في يوم ثاني وثالث فعليه لجميع ذلك كفاره واحده ما لم يكفر
فان كفر عما تقدم اجزت الكفاره عما قبلها ولا تجزي عما بعدها وروي زفر عن ابي حنيفه ان عليه كفاره واحده وان كفر ٥
واما اذا افطر في رمضانين فالمشهور ان عليه لكل وطي كفاره وان لم يكفر وقد ذكر محمد في الكيسانيات ان عليه كفاره
واحده وقال الشافعي عليه لكل يوم كفاره لنا انه معنى يجب بالوطي فجاز ان يتكرر الموجب له ويبعض (?) واحد كالحد

والاغتسال ولان الشهر له حرمه واحده بدلاله انه احد الاركان الخمس فكان له حرمه واحده كالصلوه والحج ولان
التحلل عن جميعه يقع بفعل واحد فكان له حرمه واحده كالحج واذا ثبت ان له حرمه واحده وقد هتكها بالجماع الاول
فالجماع الثاني صادف حرمه مهتوكه لا حرمه لها تستحقه فلا يلزمه الكفاره وليس كذلك اذا كفر في احدى الروايتين
لان الحرمه بالتكفير انجبرت فتعلق بالوطي الثاني الكفاره ٥ قال ولو افطر في ثلثه ايام من رمضان فظن انه يوجب
الكفاره وافطر في اليوم الاول فاعتق ثم افطر في الثاني فاعتق ثم في الثالث اعتق فاستحقت الرقبه الثالثه
فعليه الكفاره لليوم الثالث وهذا صحيح على روايه الاصل لان ما تقدم من الكفاره لا يجزي عما بعده فان استحقت
الثانيه ايضا فعليه كفاره واحده لليوم الثالث والثاني وان استحقت الاولى مع ذلك فعليه كفاره واحده لانه لم يكفر
بكفر (?) فان كانت استحقت الاولى خاصه او استحقت فلا شي عليه لان الثالثه تجزي عما قبلها ٥ واما اذا جامع في رمضانين
فوجه الروايه المشهوره ان لكل واحد منهما حرمه على حيالها فما يتعلق بهتك احدى الحرمتين لا يوثر في الاخرى
وعلى الروايه الاخرى اعتبر الفعل ولم يعتبر الشهر فجعل الجماع في الشهرين كوطي كان بامراتين فلا يتعلق به الا
حد واحد

باب الشهاده على رويه الهلال

قال الشيخ رحمه الله اذا غم على الناس الهلال في شهر رمضان فعليهم ان يكملوا عده شعبان ثلثين يوما ثم يصوموا لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال
صوموا لرويته وافطروا لرويته فان غم عليكم فعدوا ثلثين من شعبان وكذلك ان غم عليكم هلال شوال فاكملوا عده رمضان ثلثين يوما
للخبر ولان الاصل بقا الشهر فلا ينتقل عنه الا بيقين وقد حكي عن بعض الناس انه يرجع الى قول المنجمين وهذا قول يخالف الشرع
لان النبي عليه السلم منع من الرجوع الى الكهنه والمنجمين وقال من اتى كاهنا او منجما فصدقه بما قال فهو كافر بما انزل على محمد
والذي روي انه عليه السلم قال فان غم عليكم فاقدروا له فمعناه التقدير بكمال العدد بدلاله الخبر المبين ٥ فان شهد شاهد واحد
عدل مسلم (?) على رويه هلال رمضان وفي السما عله فالشهاده جايزه رجلا كان او امراه عبدا كان او امه محدودا في قذف
تاب بعد ما (?) وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف ومحمد وزفر ولا اختلاف عنهم في ذلك وقال الشافعي في احد قوليه لا تقبل
الا شهاده رجلين والاصل في ذلك ما روي عكرمه عن ابن عباس قال جا رجل الى النبي عليه السلم فقال ابصرت الهلال فقال اتشهد
ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله فقال نعم فقال قم يا بلال فاذن في الناس فليصوموا غدا ٥ وقبل قوله في رويه الهلال
وامر الناس بالصيام وعن طاوس قال شهدت ابن عمر وابن عباس بالمدينه فجا رجل الى واليها فشهد عنده على رويه هلال
رمضان فسال ابن عمر وابن عباس عن شهادته فامراه ان يجيزها وقالا ان رسول الله صلى الله عليه اجاز شهاده رجل واحد على
رويه هلال رمضان قالا وكان رسول الله لا يجيز في شهاده الافطار الا شهاده رجلين ولان من قبل قوله في الخبر جاز ان يقبل
في الهلال كالاثنين ٥ واما اعتبار العداله فلانه من اخبار الدين فلا يقبل الا من عدل ٥ قالوا ويقبل شهاده واحد على
واحد في هلال رمضان كما يقبل الخبر والذي قاله الطحاوي في مختصره انه يقبل قول الواحد عدلا كان او غير عدل فليس
بصحيح ويجوز ان يكون اراد عدلا في الباطن او غير معروف العداله في الباطن لان الاخبار يقتصر فيها على عداله الظاهر
فاما المحدود في القذف فقد روي الحسن عن ابي حنيفه ان شهادته مقبوله في هلال رمضان لان خبره مقبول وقد قبل
اصحاب رسول الله صلى الله عليه اخبار ابي بكره وروي ابن ابي مالك عن ابي حنيفه انه لا تقبل شهادته لانه ممن لا تقبل شهادته
كالفاسق ٥ واذا لم يكن بالسما عله لم يقبل في الهلال الا شهاده من يقع العلم بشهادته وقد روي عنه انه تقبل شهاده
اهل محله وقال الشافعي في احد قوليه تقبل قول الواحد وفي قوله الاخر تقبل قول الاثنين لنا ان ما شرط في شهادته رويه
هلال ذي الحجه جاز ان يشترط في الشهاده لهلال رمضان اصله العداله ولان العدد الذي يقع العلم بخبرهم معنى
معتبر في الاخبار فجاز ان يعتبر في الشهاده برويه الهلال كالعداله ولان من لا يقع العلم بخبره لا تقبل شهادته برويه
الهلال حال الصحو كالواحد ٥ واما اذا ورد الواحد من خارج المصر فشهد برويه الهلال ولا عله بالسما فقد ذكر الطحاوي
ان شهادته مقبوله وظاهر الروايه يقتضي ان لا يقبل خبره لان الموانع اذا زالت لم يجز ان ينفرد بالرويه واحد في المصر
ولا في غيره ووجه روايه الطحاوي انه اذا شهد خارج المصر فالمطالع هناك اظهر والموانع عن الرويه اقل فيجوز
ان يراه دون اهل المصر ٥ واما هلال شوال فلا يقبل فيه الا شهاده رجلين او رجل وامراتين كما في شهاده الحقوق
والاموال وهذا اذا كان بالسما عله لما روي ان الحرث بن حاطب اخو محمد بن حاطب خطب بمكه ثم قال عهد الينا رسول الله
صلى الله عليه ان ننسك لرويه الهلال فان لم نره وشهد شاهدا عدل نسكنا بشهادتهما وقد شهد لي عن رسول الله هذا
بهذا واشار الى عبد الله بن عمر فقال عبد الله بن عمر وبهذا امرنا رسول الله صلى الله عليه ولان هذه شهاده فيها منفعه لادمي فصارت
كالشهاده بحقوق الادميين ٥ واما اذا كانت السما مصحيه لم يقبل فيه الا قول الجماعه كما بينا في هلال رمضان ٥ قال
ابن سماعه قلت لمحمد اذا قبلت شهاده الرجل الواحد على شهادته وقد غم على الناس رويه الهلال يعني هلال شوال
وافطرت يوما لا ادري لعله من رمضان قال لا اتهم المسلم ان يتعجل يوما مكان يوم وان اتهمته ان ينقص يوما وهذا
الزام ظاهر لانه اذا قبل شهاده الواحد في اول الشهر ثم افطر بكمال العده فقد افطر بقول الواحد وذلك لا يجوز واجاب
محمد بما ذكر من نفي التهمه ويجوز ان يجاب عنه بان شهاده الواحد انما قبلت في ايجاب الصوم ثم ثبت جواز الفطر مقتضاها
ويجوز ان يثبت بمقتضي الشهاده ما لا يثبت بها كما يثبت الميراث بحكم النسب الذي يثبت بشهاده القابله بالولاده وان
كان الميراث لا يثبت بشهادتها ٥ وقد حكي عن محمد انه فصل في ذلك بين شهاده الصوم وشهاده الفطر وقال اذا قبلت
شهاده الواحد على هلال رمضان لانه دخول في العباده ولم اقبل في الفطر الا شهاده اثنين لانها خروج عن عباده

الأذى أن رجلا لو شهد بالسلام رجل صليت عليه ولو شهد أنه ارتد لم أقبل شهادته ٥ وقال الحسن عن أبي حنيفة إذا أخبر رجل من
المؤمنين أو امرأة أو عبد ثقة أنه رأى الهلال ينبغي أن يصوموا ولا يفطروا إلا مع الإمام وجماعة المسلمين وهذا خلاف قول محمد لأنه
أوجب الصوم بالاحتياط ولم يخرجه منه بالشك قالوا ولو صاموا بشهادة شاهدين أفطروا بتمام العدد لأن قولهما يقبل في الفطر
فأما هلال ذي الحجة فقد ذكر أبو الحسن أنه كهلال شوال لأنه يتعلق به منفعة الآدمي وهو جواز الأضحية وقد روي عنهم أنه
تقبل شهادة الواحد إذا كانت بالسماء علة لأنه أمر من أمور الدين فصار كهلال رمضان ٥ قال أبو الحسن لا تعتبر رؤية الهلال برؤيته
قبل الزوال ولا بعد الزوال وإنما العمل على الرؤية قبل الغروب من الشمس وهذا صحيح إذا رأى الهلال آخر يوم من رمضان قبل
الزوال أو بعده فهو لليلة المستقبلة وقال أبو يوسف إذا كان قبل الزوال فهو لليلة الماضية وقد روي عن عمر وابن مسعود وابن عمر
وأنس مثل قولنا وروي عن عمر رواية أخرى أنه لليلة الماضية وهو قول علي وعائشة وجه قولهما قوله عليه السلام صوموا لرؤيته
وأفطروا لرؤيته والمراد منه الرؤية الماضية ولأن الهلال أقرب إلى الليلة المستقبلة منه إلى الليلة الماضية فكونه لها أولى
وجه قول أبي يوسف أنه لا يرى قبل الزوال إلا أن يكون لليلتين فوجب أن يحكم بوجوب الفطر ٥ قال أبو يوسف إذا صام
أهل مصر تسعة وعشرين وأفطروا للرؤية وفيهم مريض لم يصم فعليه قضاء تسعة وعشرين يوما إذا علم ما صام أهل مصره لأن
القضاء يجب بعدد أيام الفطر فإذا أفطر تسعة وعشرين قضى مثلها ٥ وقد قالوا فيمن أفطر شهرا لعذر ثلثين يوما ثم قضى شهرا
فكان تسعة وعشرين يوما أن عليه قضاء يوم آخر لأن المعتبر العدد الذي أفطر فيه دون الهلال ٥ قال أبو الحسن رحمه الله فإن لم
يعلم هذا الرجل ما صنع أهل مصره صام ثلثين لأن الأصل أن الشهر ثلثين يوما وإنما ينقص فرضه بنقصان العدد فإذا لم يعلم ذلك
فهو على أصل التمام ٥ قال وإن صام أهل بلد ثلثين يوما للرؤية وصام أهل بلد تسعة وعشرين يوما للرؤية فعلم ذلك من صام
تسعة وعشرين فعليهم قضاء يوم وذلك لأن الذين صاموا الثلثين يوما قد رأوا الهلال قبل هؤلاء بليلة والعمل على قول من رأى دون
من لم ير الرؤية وهذا إذا كان بين البلدين تقارب لا تختلف فيه مطالع الهلال فأما إذا تباعد أحد البلدين من الآخر بعدا لم يلزم
أهل أحد البلدين حكم الآخر لأن مطالع البلاد تختلف وقد حكي عن أبي عبد الله بن أبي موسى الضرير أنه استفتي في أهل الإسكندرية
أن الشمس تغيب فيها ومن على منارتها يرى الشمس بعد ذلك بزمان كثير فقال يحل لأهل البلد الفطر ولا يحل لمن على رأس المنارة
الفطر إذا كان يرى غروب الشمس لأن مغرب الشمس يختلف فيعتبر كل واحد بالغروب عنده ٥ قال أصحابنا إذا رأى الرجل
هلال رمضان فلم يقبل الإمام شهادته فعليه أن يصوم لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته ولأنه متعبد بما يعلمه وإن لم يثبت ذلك
في حق غيره ٥ وإن أفطر في هذا اليوم فلا كفارة عليه عندنا وقال الشافعي عليه الكفارة لنا أنه يوم مختلف في وجوب صومه لأن
الحسن البصري يقول لا يصوم إلا مع الإمام فصار كيوم الشك ٥ وإذا أكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر إلا مع الإمام لأنه
يلحق بنفسه تهمة ولأنه يجوز أن يكون اشتبه عليه فرأى ما ليس بهلال هلالا فلا يفطر بالشبهة وإذا صام بالاحتياط فهو أولى ٥

باب ما يوجبه الرجل على نفسه قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله

ومن صام تطوعا فقد أوجبه فإن أفسد الصوم بعذر جاز له فيه أو أفسد عليه بوجه من الوجوه فعليه القضاء معذورا كان أو
غير معذور أما وجوب القضاء عليه بالإفساد فلما روى الزهري عن عروة عن عائشة قالت أصبحت وحفصة صائمتين متطوعتين
فأهدي لنا حيس فأكلنا منه فسألت حفصة رسول الله صلى الله عليه عن ذلك فقال اقضيا يوما مكانه وروي أن عمر استشار
الصحابة وقال إني أصبحت صائما متطوعا فوقعت على جاريتي فقالوا قد أتيت أمرا عظيما فقال علي أتيت حلالا وعليك
يوم مكان يوم فقال عمر أنت أحسنهم فتوى ٥ وعن أنس بن سيرين أنه صام يوم عرفة فعطش عطشا شديدا فسأل
بضعة عشر نفسا من أصحاب رسول الله فقالوا أفطر واقض يوما مكانه ولأنها عبادة يجب بإفسادها الكفارة فإفسادها
بعد الشروع أوجب القضاء كالحج ٥ وقد قال أصحابنا أن النفل يجب بالدخول ويكره الخروج منه إلا بعذر وروي عن محمد
أنه قال في المتطوع بالصوم إذا دخل على أخ له فدعاه إلى الطعام أفطر وقضى فجعل هذا القدر عذرا ٥ وذكر الحسن عن أبي حنيفة
أنه لا يفطر إلا من عذر وذكر في موضع آخر أنه يفطر ويقضي وهو محمول على العذر والدليل على أنه يجب بالدخول أنها
عبادة تجب بالنذر فجاز أن تجب بالدخول كالحج وروي كراهية الإفطار عن ابن عمر ومكحول والنخعي وذكر محمد في بعض نسخ
الأصل أكره له ذلك وقول أبي الحسن فقد أوجبه يقتضي المنع من الخروج ٥ وإذا قال لله علي أن أصوم يوما أو كذا وكذا يوما
أو شهرا فعليه صيامه والوفاء بنذره ويلزمه من ذلك عدد الأيام متتابعا إذا لم يعين الوقت إن شاء تابع وإن شاء فرق لأن
ما أوجبه على نفسه فرع لما أوجبه الله تعالى عليه فيجب عليه بقدر ما أوجب فأما جواز التفريق فلأنه أوجب الصوم مطلقا
فهو كقضاء رمضان الذي أوجبه الله مطلقا ولأن نذره قد اقتضى التفريق ألا ترى أن الصوم يصح بالنهار دون الليل فلم
يلزمه التتابع إلا بشرط وليس كذلك إذا نذر اعتكاف أيام لأن الاعتكاف يصح في جميع المدة فصار كمن حلف لا يكلم
إذا حلف عليه ٥ قال فإن عين وقتا وجب أن يصومه فإن أفطر فيه يوما قضاه وصام ما بقي من الوقت وهذا على ما
قدمنا أن الصوم المتعلق بزمان بعينه متجاور وليس بمتتابع فإذا أفطر يوما منه قضاه خاصة كصوم رمضان ٥ قال
وإن لم ينوه قضاء وعليه يمين إذا أفطره أو أفطر فيه يوما إذا كان أراد يمينا وهذا قول أبي حنيفة ومحمد لأن من أصلهما
أن اللفظ الواحد يجوز أن يحمل على النذر واليمين وقال أبو يوسف في قوله الآخر لا يحمل اللفظ عليهما فإن أراد الإيجاب كان
إيجابا وإن أراد اليمين كان يمينا وإن أرادهما كان إيجابا وجه قولهما أن اللفظ يصلح لكل واحد منهما بدلالة أنه إذا
نواه حمل وإذا صلح لهما ولا تنافي بينهما جاز أن يحمل عليهما كلفظ العموم وليس هذا عند أبي حنيفة كالحقيقة والمجاز
لأن أحدهما مستعمل في موضعه والآخر معدول به عن موضعه وذلك مستحيل في الشيء الواحد وجه قول أبي يوسف

أن الإيجاب يقتضي وجوب القضاء برد الفعل واليمين لا تقتضي القضاء وإنما توجب الكفارة فاختلف حكمهما فلم يجز أن يراد
بلفظ واحد وليس كذلك الحقيقة والمجاز لأن معناهما غير مختلف وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف إن أراد اليمين كان يمينا
لأن النذر يمين لقوله عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة يمين وإن أراد الإيجاب فهو ظاهر اللفظ وإن أرادهما حمل على
الإيجاب لأنه يقتضي وجوب القضاء وكان أولى مما لا يوجب القضاء ٥ والأصل في وجوب المنذور بالنذر قوله تعالى
ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله إلى قوله فأعقبهم نفاقا في قلوبهم فالله ذمهم في تركهم الوفاء بالنذر والذم لا يكون
إلا بترك واجب وقد قال أصحابنا إن ما أوجبه بالنذر مما له أصل في الواجبات وجب عليه وما أوجبه مما لا أصل له لم يجب
في الرواية المشهورة كعيادة المريض لأن ما يوجبه فرع على ما أوجبه الله تعالى فوجب أن يحمل جنس ما أوجبه عليه دون
غيره وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة فيمن نذر أن يعود مريضا لزمه وهو قول أبي يوسف فاعتبر في هذه الرواية الإيجاب
ما هو قربة ولم يعتبر ما له أصل في الواجبات ٥ وإذا قال لله علي صوم رجب فجاء الوقت وهو مريض مرضا لا يستطيع
معه الصوم أو يستطيعه مع ضرر يلحقه أفطر وقضى وذلك لأن نذره صادف ذمة صحيحة فلزمه فإذا أفطر
قضى كصوم رمضان ٥ وكذلك إن كان الموجب امرأة فولدت قبل دخول رجب ولم تزل نفساء حتى خرج رجب فعليها
القضاء لأن ما أوجبه معتبر بما أوجبه الله تعالى ومعلوم أنها لو نفست في رمضان قضت فكذلك في صوم النذر ٥
قال فإن مات الموجب لصوم رجب قبل دخول رجب أو كان لم يزل مريضا حتى مضى فليس عليه القضاء إذا مات قبله وقيل
عليه القضاء إذا مضى رجب وهو مريض لأن الوجوب تعلق بزمان بعينه فإذا مات قبله لم يلزمه كصوم رمضان ٥ وأما
إذا أدرك الزمان فإن نذره ثبت في الذمة وصح الوجوب فلزمه القضاء فإن لم يكن الإيجاب صحيحا لم يلزمه شيء مثل
أن تقول المرأة لله علي أن أصوم أيام حيضي أو قال الرجل لله علي صوم يوم أكل فيه وذلك لأن الصوم لا يصح مع
الحيض والأكل فإذا ذكر ذلك فقد ... فإنه لم يقصد الإيجاب فلم يتعلق بالنذر حكم ٥ فإن قال لله علي أن أصوم
يوما يقدم فيه فلان أو يوم يشفي الله فيه مريضي فكان ذلك في يوم أكل فيه أو كان بعد الزوال أو بالليل فلا شيء
عليه عند محمد فأما إذا قدم فلان ليلا فلا شيء عليه لأن شرط النذر لم يوجد وهو قدومه في يوم ألا ترى أن اليوم عبارة
عن بياض النهار وإن جاز أن يحمل على الوقت المبهم بدليل فلما أضاف الصوم إليه وهو لا يصح إلا بالنهار علمنا أنه
أراد بياض النهار دون الوقت المبهم وليس هذا كمن قال لعبده يوم يدخل الدار فأنت حر فدخل ليلا حيث يعتق
لأن الدخول يصح ليلا ونهارا فحمل اليوم عليه كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ٥ وأما إذا قدم فلان في يوم قد أكل
فيه أو حاضت المرأة فعليها القضاء عند أبي يوسف وقال محمد لا شيء عليها وجه قول أبي يوسف أن الوجوب
قد صح بالنذر والوقت شرط فإذا حصل استند الوجوب إلى حال النذر فكأنها قالت لله علي أن أصوم غدا فحاضت
فيه أو أكلت وجه قول محمد أن النذر المعلق بالشرط كالمعقود عقيب الشرط فكأنها قالت بعد الحيض والأكل لله علي
أن أصوم فلا يلزمها شيء ٥ وأما إذا قدم بعد الزوال فقد قال محمد لا شيء عليه لأن ما بعد الزوال لا يصح الصوم فيه فكأنه
ابتداء النذر ولم يذكر عن أبي يوسف خلافه فيجوز أن يفرق بينهما لأن زمان الحيض يصح الصوم فيه من امرأة غيرها
وما بعد الزوال لا يصح ابتداء الصوم فيه بحال كزمان الليل ٥ وليس للمرأة التي لها زوج أن تصوم تطوعا بغير إذنه
لقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تصوم صوم تطوع إلا بإذن زوجها ولأن له حقا في استمتاعها
فلم يكن لها منعه من حقه ٥ وإن كان صيامها لا يضره فليس له أن يمنعها ولها أن تصوم وإن نهاها لأنه يمنعها
لا يستوفي حقه من وطيها إذا كان صائما أو مريضا فلا معنى لمنعه منه ٥ وليس للعبد ولا الأمة ولا المدبر ولا المدبرة ولا
أم الولد أن يصوموا بغير إذن المولى لأن المولى أملك لمنافعهم من الزوج لمنفعة زوجته فإذا لم يكن للزوجة أن تصوم بغير
إذنه وإن لم يضر بالزوج فالمولى أولى أن يمنعهم لأن منافعهم مملوكة له وليس لهم أن يصوموا بغير إذنه وإن لم يضر
بالمولى لأن المنفعة له مملوكة فلا يجوز صرفها إلى غير جهته فأما الأجير الذي يستأجره ليخدمه في الشهر فلا يصوم
تطوعا إلا بإذنه لأن الصوم يضر به في الخدمة فإن كان ذلك لا يضر بالمستأجر فله الصوم بغير إذنه لأن حقه في المنفعة
فإذا لم يتضرر بطل المنع كالزوج ٥ وأما ابنة الرجل وأمه وأخته فيتطوع بغير إذنه لأنه لا حق له في منافعهن ٥ قال
وإن صاموا بغير إذنه فللزوج أن يفطر المرأة ويمنعها من ذلك وكذلك المولى وتقضي المرأة إذا أذن لها الزوج أو مات
ويقضي العبد إذا أذن له المولى أو أعتق وذلك لأن الصوم إذا وقف على إذنه لتعلق حقه بالمنفعة جاز له أن
يبطل الصوم ليستوفي حقه فأما الإيجاب فلا يسقط لأنه صادف ذمة صحيحة والقضاء موقوف على الإمكان
لسقوط حق الزوج والمولى إما بالإذن أو بزوال الملك وليس لهم أن يصوموا بغير إذنه وإن لم يضر بالمولى لأن
منافعهم له فلم يكن لهم صرفها إلى التطوع بغير رضاه وإن لم يستضر به

باب الاعتكاف قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله

الاعتكاف سنة والأصل فيه قوله تعالى
ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد فأضافه إلى المساجد المختصة بالقرب ومنع الامتناع من الوطي المباح لأجله
وقال تلك حدود الله فلا تقربوها وروت عائشة وأبو هريرة أن النبي عليه السلام كان يعتكف العشر الأواخر في رمضان حتى
توفاه الله وقال الزهري عجبا للناس تركوا الاعتكاف وقد كان رسول الله صلى الله عليه يفعل الشيء ويتركه ولم يترك الاعتكاف
منذ دخل المدينة إلى أن مات وقد قال عطا الخراساني مثل المعتكف مثل عبد ألقى نفسه بين يدي ربه تعالى يقول لا
أبرح حتى تغفر لي ٥ ومن شرط الاعتكاف الصوم وهو قول عائشة وابن عباس وإحدى الروايتين عن علي وقال

ابن مسعود ليس من شرطه الصوم وهو قول الشافعي لنا ما روت عايشة ان النبي عليه السلام قال لا اعتكاف الا بصوم ولان ترك
الاكل لحد اما في الصوم فجاز ان يجب لاجل الاعتكاف المطلق بالنذر كالامساك عن الجماع ولانها عبادة مقصودة تخرج منها
بالوطي فجاز ان تخرج منها بالاكل كالصوم قال ولا يصح الاعتكاف الا في مساجد الجماعات قال الطحاوي يصح في كل مسجد جماعة
وقال الحسن عن ابي حنيفة لا يصح الا في مسجد تصلى فيه الصلوات كلها وقال سعيد بن المسيب لا يصح الا في مسجدين
والاصل في ذلك قوله تعالى وانتم عاكفون في المساجد وهذا عام ولان كل حكم يتعلق بالمسجد اذا لم يختص بالمسجد الحرام
تعلق بجميع المساجد كسنة الصلوات وقد اختلفت الرواية عن ابن مسعود وحذيفة فروي ان حذيفة قال لابن مسعود
ان قوما قد اعتكفوا بين دارك ودار ابي موسى افلا تمنعهم فقال لعلهم ذكروا ونسيت واصابوا واخطات وهذا يدل
من مذهب ابن مسعود على جواز الاعتكاف في كل مسجد وروي ان ابن مسعود مر بقوم قد اعتكفوا فقال وهل يكون
الاعتكاف في غير المسجد الحرام والمساجد الثلثة فقال حذيفة سمعت النبي عليه السلام يقول لا اعتكاف الا في كل مسجد له امام
ومؤذن ويحتمل ان يكون ابن مسعود انما اراد المجاورة دون الاعتكاف ٥ قال ابو الحسن الاعتكاف ضربان واجب
وتطوع فالواجب ان يقول لله علي ان اعتكف يوما او شهرا او يعلقه بشرط فيقول ان شفى الله مريضي والتطوع
ان يدخل من غير ان يوجبه بلسانه وهذا صحيح لان الاعتكاف ليس بواجب باصل الشرع فاما ان يوجبه بنذره او بدخوله فيه
ولا تعتكف المراة الا في مسجد بيتها ولا ينبغي ان تخرج من المنزل في الاعتكاف وروى الحسن عن ابي حنيفة ان للمراة ان
تعتكف في مسجد الجماعة وان شاءت اعتكفت في مسجد بيتها وهو افضل لها من مسجد حيها ومسجد حيها افضل لها من
المسجد الاعظم وليس هذا خلاف رواية الاصل لان على رواية محمد ذكر الفضل لها ولم يتعرض للجواز وعلى الروايتين جميعا يجوز
اعتكافها في المسجد وقال الشافعي لا يجوز اعتكافها في مسجد بيتها لنا ان البيت محل مسنون صلوة الشخص فكان محلا
لمسنون اعتكافها كالرجل ولان كل عبادة كان محل مسنونها في حق الرجل المسجد كان محل مسنونها في حق المراة
البيت كالصلوة ٥ ولا يخرج المعتكف من معتكفه ليلا ولا نهارا الا لما لا بد له منه من غايط او بول وحضور الجمعة ٥
والاصل في ذلك حديث عايشة ان النبي عليه السلام كان لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان وذلك لانه لا يمكن فعله في
المسجد فلا بد من خروجه فاما الاكل والشرب فهو في المسجد لانه يمكن فعلهما فيه فلا حاجة به الى الخروج عنه قال
اصحابنا لا يخرج لعيادة مريض ولا لصلوة جنازة لان ذلك ليس بواجب ولا تدعوا الحاجة اليه وقد روت عايشة ان النبي عليه السلام
كان يمر بالمريض وهو معتكف فيسال عنه ولا يعرج عليه والذي روي عن النبي عليه السلام من الرخصة في عيادة المريض وصلوة الجنازة
قال ابو يوسف ذلك محمول عندنا على الاعتكاف الذي يتطوع به من غير ايجاب فله ان يخرج متى شا فاما الجمعة فالخروج
اليها لا يفسد اعتكافه وقال الشافعي ان اوجب اعتكافا في غير الجامع فسد لنا انه خرج من معتكفه للجمعة فلا
يفسد اعتكافه اصله اذا كان الاعتكاف تطوعا وقد دخل في اول النهار ثم خرج الى الجمعة ورجع ولان الجمعة لا بد منها
ولا يمكن فعلها في المسجد الذي هو فيه فالخروج اليها لا يبطل اعتكافه كحاجة الانسان ٥ قال ابو الحسن وينبغي ان
يخرج الى الجمعة عند الاذان فيكون في المسجد مقدار ما يصلي فيه اربعا او ستا قبل الجمعة وقال الحسن عن ابي حنيفة مقدار
ما يصلي قبلها اربعا وبعدها اربعا وقال محمد اذا كان منزله بعيدا خرج حين يرى انه يبلغ المسجد عند النداء وهذا الصحيح
لان الغرض ادراك الجمعة فيجب ان يعتبر الوقت الذي ياتي فيه بالجمعة وتوابعها التي لها فصار كما اذا كان المسنونة
وذلك يختلف ببعد المنزل وقربه فيتقدر ذلك فاما اعتبار اربع ركعات قبلها فلانها من سنة الجمعة واما اعتبار الست
فلانه تضم اليها تحية المسجد ٥ فان اقام في المسجد حين خرج الى الجمعة يوما وليلة لم ينتقض اعتكافه ولا احب له ان يفعل
ذلك وانما لم ينتقض لان الجامع يصلح ابتدا الاعتكاف فيه فصلح البقاء فيه وكره لانه يفرق اعتكافه في اماكن ٥ قال
ان انهدم المسجد الذي هو فيه او اخرجه سلطان او غير سلطان فدخل مسجدا غيره من ساعته صح اعتكافه استحسانا والقياس
ان يفسد لانه ترك اللبث المستحق عليه فصار كما لو تركه باختياره وعيب ان يكون القياس والاستحسان في الاكراه لانه
عذر من جهة ادمي واستحسنوا لان هذا القدر اليسير معفو عنه بدلالة انه يحصل في خروجه الى الحاجة اذا مشى في
طريقه في المشي فاما اذا انهدم المسجد فالعذر من جهة الله تعالى فلا يبطل العبادة ولانه لا يمكنه الاعتكاف فيه
مع الانهدام فصار الخروج مما لا بد منه كالخروج لقضا الحاجة ٥ قال وان خرج لغير ما ذكرنا ساعة فسد اعتكافه
عند ابي حنيفة ولم يفسد في قول ابي يوسف ومحمد حتى يخرج اكثر من نصف يوم قال محمد قول ابي حنيفة اقيس
وقول ابي يوسف اوسع وجه قوله ان الاعتكاف لبث فما يفسده لا يتقدر بالاوقات كالوقوف بعرفة ولان ترك
الاعتكاف ترك الامساك فاذا استوى في قليل احدهما وهو الامساك كذلك الاخر وهو ترك اللبث وجه قولهما
ان الخروج اليسير معفو عنه وان كان لغير حاجة بدلالة من خرج فتمادى في مشيه لم يبطل اعتكافه وان
كان تاما كالمكث في زمان لا يحتاج اليه لانه في حكم اليسير ٥ واذا كان الاعتكاف تطوعا فلا باس ان يعود المعتكف
المريض ويشهد الجنازة وهذا على الرواية التي لا يتقدر الاعتكاف فيها بيوم ويصح منه ما يوجد فمتى خرج لم يبطل اعتكافه
فاما على الرواية التي توجب عليه اليوم بالدخول في جزء منه فاذا خرج لعيادة المريض فسد ٥ قال ولا يحرم الاعتكاف
على المعتكف شيا كان له حلالا قبل ذلك الا ما حرمه الصوم الا الجماع بالليل والمباشرة والاصل في تحريم الجماع على
المعتكف ليلا او نهارا قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ولانه لبث في مكان مخصوص فافسده
الوطي كالوقوف ٥ واما اذا جامع فيما دون الفرج فان انزل بطل اعتكافه وقد اتى محرما وكذلك اذا قبل او لمس لقوله

ولا تباشروهن وهذا عام ولانه لبث في مكان يحرم الاستمتاع كالوقوف بعرفة والناسي في ذلك كالذاكر ٥ قال [illegible]
وجملة هذا ان ما اختص تحريمه بالصوم اختلف فيه الذاكر والناسي كالاكل وما حرم لاجل الانتفاع استوى فيه النسيان والذكر
كالخروج من المسجد ويعرف الفرق بينهما ان ما حرم بالليل والنهار فالنهي عنه لاجل الاعتكاف وما حرم بالنهار دون الليل
فالنهي عنه لاجل الصوم ٥ فان نظر فانزل لم يفسد اعتكافه لانه انزال من غير مباشرة كالاحتلام ٥ وان انتقل المعتكف
من مسجد الى مسجد من غير عذر انتقض اعتكافه في قول ابي حنيفة ولا ينتقض في قول ابي يوسف وهذا على ما قدمنا
ان الخروج اليسير لغير عذر يبطل الاعتكاف عند ابي حنيفة وعندهما لا يبطل ٥ قال الحسن عن ابي حنيفة وليس للمراة
ان تعتكف في بيتها في غير مسجدها وانما يراد بمسجد البيت الموضع المعد للصلوات فهو في حقها كالمسجد فلا تعتكف
في غيره ولا تخرج منه اذا اعتكفت الا لحاجة ٥ قال وليس لزوجها ان ياتيها اذا كان قد اذن لها وذلك لانه لا يجوز له الرجوع
بعد الاذن الا ترى انه لما اذن لها فقد ملكها منافعها وهي ممن تملك بالتمليك فلم يجز له الوطي كما لا يجوز له النهي ٥ فاما
الامة اذا اذن لها فقد قالوا انه يكره له الرجوع لانه تخلف وعده فان رجع جاز لانها لم تملك منافعها بالتمليك وعلى
هذا لا يجب عليه ترك وطيها وان استحب له ٥ قال ولا يكون الاعتكاف عند اصحابنا جميعا في ليل لا نهار معه وذلك
لان الاعتكاف تبع للصوم عندنا والليل لا يصح الصوم فيه فلم يجز افراده بالاعتكاف وليس كذلك اذا اعتكف ليلا
ونهارا لان الاعتكاف يصح فيه تبعا للنهار وقد يصح الشي على جهة التبع دون الانفراد كبيع الشرب والطريق ولا طاف

باب ما يوجبه الرجل على نفسه من الاعتكاف

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله من اوجب اعتكافا والدخول فيه بغير كلام فعل منه ما شا من وقت قليل او كثير
عند محمد يجوز ان يعتكف ساعة من نهار ويخرج منه او نصف يوم او ما شا قال ابو الحسن عن ابي حنيفة لا يعتكف اقل من
يوم وجه ما حكاه عن محمد وهو رواية الاصل لانه لبث في مكان فلا يتقدر بوقت كالوقوف بعرفة وجه رواية
الحسن ان الاعتكاف فرع للصوم والصوم مقدر بيوم فوجب ان يتقدر الاعتكاف بذلك ٥ وان اوجب اعتكافا
بلسانه فقال لله علي ان اعتكف يوما او يومين لزمه في قوله يوما يوما واحدا يدخل المسجد قبل طلوع الفجر ويخرج
منه بعد غروب الشمس وذلك لان اليوم عبارة عن بياض النهار فيجب ان يدخل المسجد قبل طلوع الفجر ليستوفي
زمان اليوم بالاعتكاف ٥ فان قال لله علي اعتكاف ليلة لم يلزمه شي وروي عن ابي يوسف انه ان نوى ليلة
بيومها لزمه ذلك ولم يفصل محمد في الاصل فيجوز ان يجعل اختلاف رواية فوجه رواية الاصل ان الليل
عبارة عن سواد الليل فاذا نوى دخول اليوم معها فقد نوى ما لا يحتمله اللفظ فلا يلزمه ولا يلزمه الليلة بانفرادها
لان الاعتكاف لا يصح فيها وجه قول ابي يوسف انه لو قال علي اعتكاف ليال دخلت الايام فيها فاذا افرد
ليلة ونوى اليوم معها فقد نوى ما يكون تبعا لليل عند الاجتماع فيجوز ان يكون تبعا بالنية عند الانفراد ويجوز ان يقال
ان الذي ذكره في الاصل اذا اطلق النية وما ذكره ابو يوسف اذا نوى ليلة بيومها فهو قولهم جميعا ٥ وان قال يومين
او ليلتين او اكثر من ذلك العدد بلفظ النهار لزمه من الايام وذلك لان ذكر احد العددين على طريق الجمع يقتضي
دخول ما بازاه من العدد الاخر بدليل قوله تعالى ثلثة ايام الا رمزا وقال ثلث ليال سويا والقصة واحدة فعبر
عنها تارة بالايام وتارة بالليالي ثم قال تعالى في موضع اخر سخرها عليهم سبع ليال وثمانية ايام فلما ان اراد
ان يفصل بين الامرين افرد كل واحد منهما بالذكر وقد روي عن ابي يوسف انه قال فيمن نذر اعتكاف يومين
انه يلزمه اعتكاف ليلة واحدة بينهما وما ذكرناه دلالة عليه ٥ واما اذا اوجب اعتكاف عشر ليال او عشرين ليلة
دخل فيها مثلها من الايام في قولهم واختلفت الرواية عن ابي يوسف فقال يدخل قبل غروب الشمس وروي عنه
انه يدخل قبل طلوع الفجر وحصل اثر ساعة ذلك فروي عنه ان المستحب ان يدخل قبل غروب الشمس فاذا دخل
قبل طلوع الفجر جاز فتبين ان الذي ذكره في الدخول قبل غروب الشمس استحباب ووجهه انه سمى ليلتين
ليلة فكان الاولى ان يبتدي بالليل ليستكمل عدد الليالي التي سماها ووجه الجواز ان ذكر الليالي كذكر
الايام في العدد والايام هي المقصودة والليل تبع فصار كانه اوجب ثلثين يوما فيجب ان يدخل فيها قبل طلوع
الفجر ٥ ويلزمه ذلك متتابعا عندنا وقال زفر ان شا تابع وان شا فرق لنا انه حكم يتعلق بمدة يصح في
جميعها فكان متتابعا كترك الكلام وجه قول زفر انه اطلق الايجاب فلم يلزمه التتابع الا بالشرط كما
لو نذر الصوم ٥ فان اوجب الاعتكاف في وقت بعينه فقال لله علي ان اعتكف شهر كذا فترك
الاعتكاف يوما منه قضاه دون غيره وهذا على ما قدمنا ان الزمان المعين ليس بمتتابع وانما هو متجاور ٥
واذا قال لله علي ان اعتكف ثلثين يوما وقال نويت النهار دون الليل فهو كما نوى لان حقيقة اليوم اسم
النهار وانما حمل على الوقت المبهم بدليل فاذا نوى حقيقة كلامه صدق ٥ وله ان يفرقه لان القربة
لما تعلقت بالنهار دون الليل لم يلزمه التتابع الا بشرط كالصوم ٥ وان قال اردت الليل دون النهار لم تعمل
نيته ولزمه الليل والنهار جميعا وذلك لانه صرح بايجاب الايام فاذا قال نويت بها الليالي دون الايام فقد
نوى ما لا يحتمله اللفظ ولا يقبل قوله ٥ وان قال ثلثين ليلة وقال نويت الليل لم يلزمه شي لانه نوى حقيقة لفظه
والاعتكاف لا يصح بالليالي المفردة ٥ وان قال شهرا ونوى النهار دون الليل او الليل دون النهار لم يدين ولزمه
الشهر كله ليله ونهاره وذلك لان الشهر عبارة عن قطعة من الزمان يدخل فيه الليل والنهار من طريق المعنى فاما

اللفظ فلم يوضع له فاذا نوى تخصيص ما ليس في لفظه لم يقبل وان كان في معناه كمن حلف لا ياكل ثم قال اردت ما يوكل
دون ما لا يوكل لا يجوز وفرق اصحابنا بين الاستثنا والتخصيص فجوزوا الاستثنا فيما هو في معنى الكلام ولم يجوزوا
التخصيص الا فيما تضمنه لفظه وليس كذلك اذا قال لله علي اعتكاف شهر النهار دون الليل لانه وصل بالكلام
التخصيص فيقبل وان لم يعد الى اللفظ كمن قال لا اكل لحما ان التخصيص يوثر لاتصاله بلفظه والله اعلم بالصواب

كتاب المناسك

بسم الله الرحمن الرحيم

باب في فرض الحج

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله الحج في اللغه عباره عن القصد وقد صار في الشرع قصد البيت بما في صفه مخصوصه
فان كان اهل اللغه يعرفون ذلك فالاسم لغوي وان عرفت الشريعه احكامه وان كانوا لا يعرفونه فالاسم شرعي فيه معنى
اللغه والمناسك جمع منسك والنسك ما يتقرب به الانسان الى الله تعالى الا انه في العرف قد اختص بافعال
الحج والعمره والاصل في وجوب الحج قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وقوله عليه السلم
بني الاسلام على خمس وذكر فيها حج البيت وقوله عليه السلم من مات ولم يحج فلا عليه ان يموت يهوديا او نصرانيا واجمعت
الامه على وجوبه ولا يجب في العمر الا مره واحده لما روي ان الاقرع بن حابس سال النبي صلى الله عليه فقال يا رسول الله
الحج في كل سنه ام مره واحده فقال بل مره واحده فمن زاد فتطوع وروي ابو هريره ان النبي عليه السلم خطب فقال ان
الله تعالى فرض عليكم الحج فقال رجل اكل عام يا رسول الله فقال لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم ثم قال ذروني ما
تركتكم فانما هلك من كان قبلكم بسوالهم واختلافهم على انبيائهم واذا نهيتكم عن شي فانتهوا واذا امرتكم
بشي فاتوا منه ما استطعتم وذكر ابو الحسن في فضل الحج حديث ابي هريره قال قال رسول الله صلى الله عليه من حج
هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق رجع كيوم ولدته امه من الذنوب وروي دخل الجنه وروي انه عليه السلم قال
العمره الى العمره كفاره ما بينهما والحج المبرور ليس له جزا الا الجنه وعن عمر ان النبي عليه السلم قال تابعوا بين الحج والعمره
فان متابعه ما بينهما ينفي الفقر والذنوب كما ينفي الكير خبث الحديد وعن مجاهد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج

باب من يلزمه فرض الحج

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وروي عن النبي عليه السلم
انه قال السبيل هو الزاد والراحله وقد بينا الكلام في وجوب الحج وفي شرايط الوجوب ولا يجب الحج على العبد الا على البالغ
لقوله عليه السلم ايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجه الاسلام وقال رفع القلم عن ثلث ولا يجب الا على حر لقوله صلى الله عليه
ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم اعتق فعليه حجه الاسلام والعقل لقوله عليه السلم وعن المجنون حتى يفيق وصحيح الجوارح
واختلف اصحابنا في الاعمى فقال في الاصل عن ابي حنيفه لا حج عليه وروى الحسن عن ابي حنيفه في الاعمى والمقعد والزمن
ان عليهم الحج وقال ابو يوسف ومحمد الحج لازم للاعمى اذا وجد زادا وراحله ومن يكفيه مونه سفره في خدمته
قال فاما المقعد والمقطوع اليد او الرجل اذا لم يقدر بنفسه فالحج عنه ساقط وجه قول ابي حنيفه انها عباده
لا تجب على المغصوب بنفسه فلا تجب على الاعمى بنفسه كالجهاد وعكسه الصلوه والصوم ولانه لا يتمكن من
النزول والركوب الا بغيره فلا يلزمه فرض الحج بنفسه كالمغصوب وجه قولهما انه يقدر على المشي بنفسه الا
انه لا يهتدي فهو كالضال واما المقعد والزمن فوجه روايه الحسن انه مستطيع لغيره وذلك لا يمنع وجوب
الحج كمن لا يستطيع الا بالراحله وجه قول محمد ان المقعد والزمن لا يقدر على فعل العباده بنفسه فلا يلزمه كحكمها
وليس كذلك الاعمى لانه لا يقدر على الادا بنفسه قال اصحابنا لا يجب الحج الا بوجود الزاد والراحله وقال
الحسن عن ابي حنيفه اذا كان عنده فضل عن المسكن والخادم وما يكتري به شق محمل او زامله او عقبه
رجل ويفضل لذوي الكرا النفقه ذاهبا وجائيا فعليه الحج وان لم يكفه ذلك الا ان يمشي او يكتري عقبه فليس عليه
الحج ماشيا ولا راكبا عقبه وقال مالك اذا كان يستطيع المشي وجب عليه الحج وان لم
يجد راحله لنا ما روي ان النبي عليه السلم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحله وذلك بيان للمراد بالايه
فوقف الوجوب عليه ولانه يلحقه لفقد الراحله مشقه زايده على العاده فهو كفقد الزاد وانما شرط اصحابنا
الراحله في وجوب الحج على من بعد عن مكه فاما اهل مكه ومن حولهم فالحج يجب على القوي منهم بغير راحله
لانه لا يلحقه مشقه في الادا الا كما يلحقه في ادا الجمعه وقد اعتبر اصحابنا ان يجد الزاد والراحله فاضلا عن
مسكنه وخادمه وثيابه واثاثه وفرشه وسلاحه وطعامه وطعام عياله سنه هكذا قال ابو يوسف في
روايه ابن سماعه وبشر وعلي وقال بشر في حكايته او شهرا وقال معلى عن محمد وما يكفي لاولاده الصغار وزوجته
وهذا صحيح لان المنزل والخادم ممنوع من بيعهما وكذلك الثياب والاثاث فاعتبر الفاضل عنها واما نفقه
الاهل فهي واجبه لحق ادمي وحق الادمي مقدم على حق الله تعالى في احكام الدنيا وانما قدر مره سنه ومره شهرا
بحسب اختلاف مسافه الحاج لانه يحتاج الى نفقه اهله الى حين عوده ومن الناس من يحج ويعود في سنه ومنهم
من يعود قبل ذلك او بعده فاعتبر قدر المسافه وقد ذكر ابن شجاع فقال اذا كان له دار لا يسكنها
دارا يواجرها او لا يواجرها ومتاع لا يمتهنه وعبد لا يستخدمه وجب عليه ان يبيع ذلك ويحج به وحرمت عليه الزكوه

اذا كان مقدار ما يسكنه وهذا صحيح لان ما لا يسكنه من الدور ولا يمتهنه من الثياب ولا يستخدمه من العبيد لا تدعوا اليه
الحاجه فصار كساير الاموال قال فان امكنه بيع منزله وان يبتاع منه منزلا ادون ويحج بما يبقى فهو افضل ولا يجب عليه
لانه محتاج الى سكناه فلا يعتبر في الحاجه قدر ما لا بد منه كما لا يجب بيع المنزل والاقتصار على السكنى ولم يتعرض
ابو الحسن لامن الطريق وهو من شرايط الحج ومن اصحابنا من يجعله من شرايط الوجوب كالزاد والراحله ومنهم من يجعله
لا الادا قال ابن شجاع من كان له زاد وراحله وهو يخاف من سلطان فان المنع بالخوف كالمنع لعدم الراحله قال وهذا قول
ابي حنيفه فجعله من شرايط الوجوب وذلك لانه لا يتوصل الى الحج مع الخوف الا بضرر فلا يلزمه فرضه كعدم الزاد
والراحله ومن قال انه من شرايط الادا قال ان رسول الله صلى الله عليه فسر السبيل بالزاد والراحله ولم يذكر امن الطريق
ولا يجوز تاخير البيان عن وقت الحاجه فدل انه ليس من شرايط الوجوب واذا ثبت وجوب الحج وشرايط وجوبه
فقد اختلف اصحابنا في كيفيه الوجوب فكان ابو الحسن يقول هو على الفور […] وذكر الزجاجي المسله على الخلاف
فقال عند ابي يوسف انه على الفور وعند محمد على التراخي وذكر ابن شجاع قال كان ابو حنيفه يقول من كان عنده
ما يحج به وكان يريد التزويج فانه يبدا بالحج لان الحج فريضه اوجبها الله وهذا يدل على انه على الفور وروى عن ابي يوسف
انه قال فيمن معه الف درهم يمكنه ان يحج بها وهو يخاف العزوبه قال يحج بها ولا يتزوج والدليل على انه على
الفور ما روي عن النبي عليه السلم انه قال من ملك زادا وراحله يبلغانه بيت الله فلم يحج فلا عليه ان يموت يهوديا او نصرانيا
فظاهره يقتضي ان من في غالب ظنه انه لا يعجز عن الحج فمات استحق الوعيد وهذا خلاف قول مخالفنا ولانها عباده
تتعلق بافسادها الكفاره فوجب ان يكون وجوبها بابتدا الشرع على الفور كصوم رمضان ولانه فرض لا يفعل في العمر
الا مره فلم يجز تاخيره عن وقت وجوبه كالايمان وعكسه الزكوه وجه قول محمد ان الله تعالى فرض الحج في سنه
ست وحج رسول الله صلى الله عليه سنه عشر ولو كان وجوبه على الفور لم يوخره قال ابو الحسن قال ابو يوسف
اذا لم يكن له من ذلك شي لم يكن له مسكن ولا خادم ولا قوت عياله وعنده دراهم تبلغه الحج فلا ينبغي ان يجعل ذلك
في غير الحج فان فعل اثم وكل الحج له لانه اذا كان له هذه الاشيا فهو يستضر ببيعها واذا لم يكن له فهو لا يستضر
بابتياعها فلزمه الحج ولم يعذر في تركه فاما قوت العيال الذي ذكره فمعناه ما يزيد مقدار الذهاب والرجوع
وقد بينا انه مقدم على فعل الحج قال وان كان ملك ذلك في اول السنه قبل اشهر الحج وقبل ان يخرج اهل
بلده فهو في سعه من بيع وصرفه الى اي الاصناف التي سميناها شا فاذا جا وقت الحج وهي دراهم فعليه الحج وليس له
ان يصرف ذلك الى غير الاصناف التي سميناها وذلك لانه في اول السنه لم يلزمه التاهب للحج فمن لا فرض عليه يجوز
له ان يتصرف في ماله كيف شا فاذا جا وقت خروج اهل بلده فالحج وان لم يجد فقد لزمه التاهب لذلك فصار
كالمسافر اذا كان معه ما للطهاره وقد قرب الوقت لا يجوز له ان يستهلكه في غير الطهاره كذلك هذا قال
ابو الحسن ومن سقط عنه فرض الحج ممن ذكرنا فحج على تلك الحال اجزاه اذا كان حرا بالغا صحيح العقل وهذا كالفقير
اذا حج لانه من اهل الفرض وانما لم يلزمه لفقد شرطه الذي يتوصل به الى مكه فاذا حصل بها صار كاهلها فلزمه الفرض
وكذلك الاعمى والزمن والمسافر والعبد في الجمعه لانهم من اهل الفرض وانما سقط عنهم للمشقه فاذا تحملوها وقع
ما يفعلانه من فرضهما وليس كذلك العبد لانه ليس من اهل الفرض فما يفعله من الحج لا يقع من الفرض قال
ولا تكون المراه ممن يجد السبيل الى الحج الا بهذه الشرايط مع وجود المحرم شابه كانت او عجوزا وقد اختلف
اصحابنا في المحرم كما اختلفوا في امن الطريق وظاهر ما ذكره ابو الحسن انه من شرط الوجوب وقال الشافعي
يجوز لها الحج بغير محرم ولا زوج اذا خرجت في رفقه ومعها نسا ثقات لنا ما روي في حديث ابن عباس قال لا يخلون
رجل بامراه ولا تسافر امراه سفرا فوق ثلثه ايام الا مع محرم او زوج فقام رجل وقال اني اكتتبت في غزاه كذا وان
امراتي خرجت للحج قال فاحجج معها وهذا يدل ان الرجل شرط في سفر الحج اذ لو لم يكن كذلك لا نكر عليه
خروجه معها ولم يجوز له ترك الجهاد لاجله وذكر الدارقطني حديث ابن عباس ان النبي عليه السلم قال لا تحجن امراه
الا ومعها محرم ولانه قد يلحق المراه اذا كانت وحدها لا بد ان تقع ممنوعه مثلها اصله الخلوه بالاجنبي ولان عدم
المحرم يمنع عن السفر المباح فيمنع سفر الفرض كالعده وقد قال اصحابنا انها تخرج لحجه الفريضه اذا كان معها
محرم وان لم ياذن لها زوجها وقال الشافعي لا تخرج بغير اذن زوجها لنا انها عباده وجبت عليها ابتدا كالصلوه
ولان حقه لو منع الادا لمنع الوجوب لحق المولى في الجمعه واما في حجه الاسلام فلزوجها ان يمنعها لان
حقه متعلق بمنافعها فله ان يمنعها من التنفل بالحج كما يمنعها من التنفل بالصوم واما قوله شابه كانت
او عجوزا فصحيح لان الحج عام […] ومن ان يطلع عليها الرجال في حالها ركوبها ونزولها والمحرم يصونها
من ذلك وهذا المعنى موجود في العجوز ايضا واما صفه المحرم فكل من لا يجوز له مناكحتها على التابيد
اما بنسب او رضاع او بالصهر لان التحريم المويد يزيل التهمه في الخلوه معها ولهذا قالوا ان المحرم اذا لم يكن مامونا
لم يجز ان تسافر معه لان الغرض لا يوجد ولا فرق بين العبد والحر لان التحريم موجود فيهما وكذلك المسلم
والذمي لان الذمي يحفظ محارمه وان كن مسلمات قالوا الا ان يكون مجوسيا يعتقد اباحه مناكحتها فلا
تسافر معه لانه لا يومن عليها كالاجنبي وقالوا في الصبي الذي لم يحتلم والمجنون الذي لا يفيق انهما
ليسا بمحرم في السفر لانه لا يتاتى منهما حفظها وقالوا في الصبيه التي لا تشتهي تسافر بها من غير محرم

لانها في حكم الرجل فاذا بلغت حد الشهوه لم تسافر بها الا محرم لانه لا يومن عليها ٥ وقد قالوا في المراه اذا وجب عليها الحج
انه يلزمها ان تنفق على محرمها الحج بها لانه لا يلزمها انفاق مال نفسها وهي لا تتوصل الى الحج الا به فيلزمها كما يلزمها شرا
الراحله التي لا تتوصل الا بها ٥ وفي الروايه امراه لا محرم لها ولا زوج انه لا يجب عليها ان تتزوج بمن يحج بها لان الشرط
غير موجود فلا يلزمها تحصيله كما لا يلزمها اكتساب الراحله ٥ والمحرم معتبر اذا كان بين المراه وبين مكه مسيرة ثلثه ايام فصاعدا
فان كان اقل من ذلك حجت بغير محرم لان ذلك ليس بسفر فصار كخروجها من محله الى محله ٥ ومن كان في غده من اهل الحج
فعليه ان يحج عن نفسه رجلا وهذا كالزمن والاعمى في قول ابي حنيفه والمريض والمحبوس والاصل في ذلك ان هذه
العباده تاره تتعلق بالبدن وتاره بالمال وحكمها في احدى الحالتين مخالف لحكمها في الاخرى الا ترى انها اذا وجبت على
البدن كان المال غير مقصود فيها بدلاله انه لو حج بغير مال جاز واذا وجبت في المال فهي عباده ماليه الا ان تعلقها
بالمال موقوف على عدم تعلقها بالبدن ٥ والاصل في جواز النيابه عمن يعجز عن الحج حديث الخثعميه انها قالت للنبي عليه السلام
ان فريضه الله في الحج ادركت ابي شيخا كبيرا افاحج عنه فقال لها حجي عن ابيك ٥ قال فان دام العذر الذي اسقط فرض
الحج الى ان يموت اجزى ذلك الحج عنه وان صح لم يجزه وذلك لان العجز اذا دام فالذي لم يتعلق بالبدن وما تعلق بالمال
فقد اداه واذا صح فقد تعلق الفرض ببدنه وما اداه عباده ماليه فلا يقوم مقام ما يجب على البدن ٥ قال فاما الفقير
اذا حج عنه فدام الفقر به الى ان يموت لم يجزه الحج انما يجزي الحج ان يحج عنه من ماله والفقير لا مال له وهذا صحيح لان العباده
اما ان تكون ماليه او بدنيه فالبدنيه لا تجب على الفقير ولا مال له حتى يلزمه العباده الماليه فاذا حج عنه غيره لم يقع موقع
الفرض وهذا يدل على ان المعضوب اذا بذل له الطاعه لم يلزمه فرض الحج لانه لا يملك ما يبذل المال وقال الشافعي ان
بذل له ابنه الطاعه وجب عليه الحج وان بذل له المال فلا يصير مستطيعا ولا يلزمه قبوله فان قبله لزمه الحج لنا انه
بذل له الطاعه فلا يصير مستطيعا كما لو بذل له الصروره ولانه معنى لا يملك في الزاد والراحله فلا يصير مستطيعا بالحج كبذل
المال قبل القبول وقد قال اصحابنا ان النيابه تجوز في نفل الحج عن الصحيح والزمن وقال الشافعي لا يجوز لنا انه يصح
النيابه في فرضها فصح في نفلها كالصدقه وعكسه الصلوه ٥ قال ولا يلزم المراه الحج مع وجود المحرم اذا كانت معتده في
بلدها من طلاق او موت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وروي ان عمر رد المعتدات من ذي الحليفه ورد هو
ابن مسعود من النجف ولانها تستدرك الحج في وقت اخر ولا تستدرك العده فكان الجمع بين الامرين اولى ٥ فان لزمتها
العده وهي مسافره فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثه ايام فهذا والاول سوا لانها لا تحتاج في العود الى انشا سفر
فصار كما لو كانت في المصر وان كان بينها وبين منى لها ثلثه ايام فصاعدا امضت على سفرها فان صارت الى اقرب المواضع
منها التي تامن فيه على نفسها اقامت ولم تخرج عند ابي حنيفه وتخرج عند ابي يوسف ومحمد ان كان لها محرم وقد بينا هذه
هذه المسئله في العدد

باب الحج والعمره قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

قال الله تعالى الحج اشهر معلومات وهذا يدل على توقيت هذه العباده والعبادات الموقته لا بد لتوقيتها من فايده ٥ والتوقيت
عندنا بالاشهر لان الافعال لا يجوز ان تتقدم عليها وان تقدم الاحرام يجوز ان يفعل فيها وفايده اخرى وهو انه يكره الاحرام
قبل اشهر الحج ولا يكره فيها ومن اصحابنا من قال انما يكره تقدم الاحرام ليس لمعنى يعود الى الوقت وانما هو لانه لا يامن
مواقعه المحظور فان امن لم يكره وقد روى ابن سماعه عن محمد انه قال اكره الاحرام قبل الاشهر ويجوز فان فعل لا يجوز احرامه
وهو لابس او حامل في خلوق وهذا يدل على ان الكراهه لمعنى يعود الى الوقت وقد قال اصحابنا ان اشهر الحج شوال
وذو القعده وعشر من ذي الحجه وقال مالك الى اخر ذي الحجه وقد روي عن ابن مسعود وابن عمر وابن الزبير والنخعي وابرهيم
والضحاك مثل قولنا وعن ابن عمر مثل قول مالك والدليل على ما قلنا ان ما بعد يوم النحر ليس بوقت موضوع لاركان هذه
العباده ووقت العباده ما وضع لاركانها ولان عند مالك ان الاحرام بالحج فيها لا يجوز ويستحيل ان يكون وقت العباده
ولا يجوز ان يحرم بها فيه فاما يوم النحر فقد ذكر الشيخ ابو بكر في احكام القران ما يدل على انه من الاشهر وكذلك كان
يقول شيخنا ابو عبد الله رحمه الله وذكر الطحاوي في مختصره قال والعشر الاول من ذي الحجه وذكر ابو يوسف في الجوامع عشر
ليال وتسعه ايام وذكر ابو بكر الرازي في الاحكام عن ابن ابي مالك شهران وعشر ليال وذكر ابن شجاع في اختلافه
على مالك فان قيل ان يوم النحر من الاشهر باجماعنا فهذا يدل انه عنده من الاشهر فان قلنا انه من الاشهر فلان
الصحابه قالوا في الاشهر شوال وذو القعده وعشر من ذي الحجه فذكر احد العددين على طريق الجمع تقتضي دخول ما
بازايه من العدد الاخر ولان الله تعالى قال يوم الحج الاكبر وقيل في التاويل يوم عرفه وقيل يوم النحر ويستحيل ان يسمى يوم الحج
وليس من الاشهر ولانه اول وقت لركن من اركان الحج وركن العباده لا يكون موضوعا في غير الوقت ولان كل ليله كانت
من الاشهر فيومها من الاشهر كما قبل ليله النحر وان قلنا انه ليس من [illegible] فلان الحج يفوت بطلوع الفجر من يوم النحر والعباده
لا تكون فايته مع بقا وقتها ٥ قال وقال اصحابنا فيمن قدم الاحرام بالحج على الاشهر انه ينعقد وقال الشافعي عمره لنا
انه احد نسكي القران فصح قبل اشهر الحج كالعمره ولان يوم النحر وقت لركن من اركان الحج فكان وقتا للاحرام كيوم عرفه ولانه
احرام انعقد بنيه الحج فلم يكن عمره كما لو كان في اشهر الحج فاما قوله تعالى الحج اشهر معلومات وقد روي مخالفنا ان المراد
به وقت الحج فقد قال بعضهم الحج اشهر وهذا يقتضي ان يكون افضل الحج ما وقع في الاشهر قال ويحتمل ان يكون افضل
الحج ما وقع في الاشهر بمعنى انه ما سوى ذلك لا يجري مجراه كما يقال الفقيه ابو حنيفه وفي الجود حاتم واذا احتمل
لا يعتج بترك الظاهر لم يمكن ما يدعيه من احتمال اللفظ اولى مما يدعونه فاما قوله تعالى فمن فرض فيهن الحج فقد روي عن

جاء عن السلف انهم قالوا الفرض التلبيه وقوله فلا رفث المراد به الجماع قال الله تعالى احل لكم ليله الصيام الرفث الى نسائكم وقيل
المراد به رفث الكلام والفسوق المعاصي وذلك منهي عنه قبل الاحرام وبعده الا ان مصادفته للعباده اغلظ في باب
التحريم فاما الجدال في الحج ففيه تاويلان احدهما ان تجادل رفيقه والثاني الجدال في اشهر الحج الذي كانت الجاهليه تفعله
لانهم كانوا ينسون في الشهور فيقدمون الاشهر الحرم تاره ويوخرونها اخرى ٥ ولا ينبغي لاحد ان يلبي قبل اشهر الحج فان
فعل لزمه وقد اساء وقد بينا من اصحابنا من قال ان الكراهه ليست لاجل الوقت وانما لانه لا يامن مواقعه المحظور
ومنهم من جعله لمعنى يعود الى الوقت ٥ قال ولا يستحق ان يفعل فيها من الاحرام شيئا مما يوجبه الاحرام قبل اشهر
الحج من طواف وسعي او غيره وذلك لان افعال العباده لا يجوز تقديمها على وقتها كافعال الصلوه وليس كذلك
الاحرام لانه اجرى مجرى اسباب الصلوه التي هي الطهاره والستر [illegible] اول الاشهر بالاتفاق وانه
يتعقبه الافعال كذلك الحكمان تقدمه على الوقت ٥ ووقت العمره السنه كلها ويكره في يوم عرفه وايام التشريق
وقد اختلف السلف في العمره في اشهر الحج فكان عمر رضي الله عنه ينهى عنه ويقول افصلوا بين الاشهر والعمره [illegible]
عمرتها فانه اكمل لحجكم وعمرتكم والدليل على جوازه ما روي ان النبي عليه السلام اعمر طائفه من اهله
في عشر ذي الحجه [illegible]
صلى الله عليه وسلم [illegible]
يكون الموسم في وقت واحد من السنه وهذا ما تعلق له بالوقت ٥ فاما الايام الخمسه فيكره فيها العمره
وروي عن ابي يوسف انه يكره الاحرام يوم عرفه قبل الزوال وقال الشافعي لا يكره في هذه الايام لنا ما روي عن
عائشه انها قالت تمت العمره في السنه كلها الا يوم عرفه ويوم النحر وايام التشريق ولانها ايام لها تحليل وتحريم
فوجب ان يكون [illegible]
[illegible]
عندهم في تلك الوقت [illegible] العمره عندنا سنه وقال الشافعي واصحابه [illegible] لنا قوله عليه السلام الحج جهاد
والعمره تطوع وقال [illegible] العمره واجبه [illegible] على البدن غير موقته
تودى باحرامها [illegible] الفرض الموقت [illegible] في وقته
كالنوافل مع الصلوات

باب المواقيت قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

روي عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت لاهل المدينه ذا الحليفه ولاهل الشام الجحفه ولاهل نجد قرن
ولاهل اليمن يلملم وقال هن لهن ولمن اتى عليهن من غير اهلهن ممن اراد الحج والعمره وهذا صحيح وروي عن ابن عباس
ان النبي صلى الله عليه وسلم وقت لاهل المدينه ذا الحليفه ولاهل الشام الجحفه ولاهل نجد قرن [illegible]
لاهل المدينه ذو الحليفه ولاهل الشام الجحفه ولاهل اليمن يلملم ولاهل نجد قرن وقال هن لهن ولمن اتى عليهن من غير
اهلهن ممن كان يريد الحج والعمره ومن كان دون ذلك فمن اهله وروى القسم عن عائشه قالت وقت رسول الله
لاهل المدينه ذا الحليفه ولاهل الشام ومصر الجحفه ولاهل اليمن يلملم ولاهل العراق ذات عرق وروى عطا عن جابر
ان النبي عليه السلام وقت لاهل العراق ذات عرق [illegible] وتخصيص العبادات بالاماكن انما يعلم من طريق التوقيف وهذه المواقيت
هي اخر وقت تجوز الاحرام عنه وما قبلها كله وقت ٥ وكلما قدم الاحرام عليها فهو افضل وقال بشر عن ابي يوسف
وكل ما تقدم الاحرام قبل بلوغه الميقات فهو افضل وروى الحسن عن ابي حنيفه قال اذا كان
يملك نفسه ان يمنعها مما منع منه الاحرام وقال الشافعي الاحرام من الوقت افضل لنا حديث ام سلمه ان النبي عليه السلام
قال من احرم من المسجد الاقصى الى المسجد الحرام بحج او عمره غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تاخر ووجبت له الجنه
واما [illegible] ابو يوسف عن الرجل يركب البحر من مصر ونحوها
وهو يريد مكه للاحرام من اين يهل فقال اذا حاذى الوقت فقد احرم وان كان في مكان البحر [illegible] ان يتجاوزه
الا باحرام وانه يحرم منه [illegible] في البحر والبر [illegible] من طريق غير مسلوك احرم اذا حاذى ميقاتا
من هذه المواقيت لانه في حكم المحاذي [illegible] الى مكه ٥ ولا يجاوز المواقيت الا محرما وذلك لان التوقيت
لا بد له من فايده اما المنع من التقدم عليها او التاخر عنه فاذا جاز التقدم عليها علمنا ان الفايده منع التاخر عنه [illegible]
وقت اخر ولان النبي صلى الله عليه جعل هذه المواقيت لاهلها ولغير اهلها وقد قال ابو حنيفه في غير اهل المدينه اذا
مروا على المدينه فجاوزوها الى الجحفه فلا باس بذلك واحب الي ان يحرموا من ذي الحليفه وذلك لانهم اذا حصلوا
في الميقات يتخيرون في حجهم فياتي لهم ذلك فاما اهل المواقيت ومن دونها الى مكه فميقاتهم في الحج
والعمره الحل الذي بين المواقيت والحرم وذلك لقوله تعالى واتموا الحج والعمره لله قيل في التفسير ان تحرم بهما من
دويره اهلك ولان اهل المواقيت لمن دونها يجوز ان يدخل مكه بغير احرام فكذلك في بابه الاحرام من الحل
واذا ثبت ان من كان دون المواقيت يحرم من اهله بظاهر الايه فكذلك من جميع الحل الا ترى ان من قبل المواقيت لما
جاز له الاحرام من دويره اهله جاز له من اي موضع شا ما بينه وبين الميقات ٥ وميقات اهل مكه في الحج الحرم وذلك
لما نعي في تاويل الايه ولان النبي صلى الله عليه لما امر اصحابه بفسخ الحج بعمره امرهم يوم التروية ان يحرموا بالحج من المسجد
فدل على ان من انشا احرام الحج من مكه فوقته الحرم ٥ قالوا ووقتهم في العمره الحل لما روي ان النبي عليه السلام لما اراد ان يعمر عائشه

من محمد دخل على عائشة وهي تبكي فقالت أكل نسائك يرجعن بنسكين وأنا أرجع بنسك واحد فأمر أخاها عبد الرحمن
فأعمرها من التنعيم ولأن الإحرام من حكمه أن يجتمع في أفعاله الحل والحرم فلذلك أمر بالإحرام من الحل ٥

باب التلبية قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله

إذا أراد الحاج الإحرام بالحج أو العمرة أو بهما اغتسل أو توضأ والغسل أفضل وذلك لما روي أن النبي عليه السلام اغتسل لإحرامه
واغتسل للوقوف وهذا الغسل عندنا ليس بواجب لما روي أن النبي عليه السلام لما نزل بالشجرة جاءه أبو بكر فقال له إن أسماء
نفست فقال له مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج والغسل الواجب لا يجوز مع النفاس فعلم أن المقصود منه النظافة
فكل غسل يفعل لهذا المعنى فالوضوء يقوم مقامه كغسل الجمعة والعيدين ٥ والغسل أفضل لأنه يأتي على الوضوء قال
ويلبس ثوبين جديدين أو غسيلين إزارا ورداء وذلك لأن المحرم ممنوع من لبس المخيط ولا بد من ستر العورة وما يتقي به
الحر والبرد فجعل ذلك بالإزار والرداء وإن كان المقصود ما ذكرنا فالجديد والغسيل في ذلك سواء إلا أن الجديد أفضل
لأنه أقرب إلى الطهارة ٥ ويتطيب وادهن بما شاء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول محمد في الأصول وروى المعلى
عنه أنه قال كنت لا أرى به بأسا حتى رأيت قوما أحضروا طيبا كثيرا ورأيت أمرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك وجه
قولهما ما روت عائشة قالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه حين أحرم ولإحلاله حين أحل قبل أن يطوف بالبيت ولقد
رأيت وبيص الطيب في مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ثلاث وروي أنها قالت كنا نخرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنضمخ جباهنا
بالمسك عند الإحرام ثم نحرم فنعرق فيسيل على وجوهنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يراه ولا ينكره ولأن ابتداء الطيب حصل
على وجه مباح والباقي عليه ليس كالمبتدي فلم يكره له البقاء عليه كالحلق وجه قول محمد ما روي أن النبي عليه السلام قال للأعرابي
اغسل عنك هذا الخلوق وروي عن عمر وعثمان كراهة ذلك ولأنه إذا بقي على الطيب انتقل من مكان إلى مكان فصار كالمبتدي
لتطيب ذلك المكان الثاني الجواب أما خبر الأعرابي فإنما نهاه عن الخلوق لأن الرجل ممنوع من التزعفر وأما حديث
عمر وعثمان فقد عارضه ما روي عن عائشة وابن عمر بخلافه وأما اعتبار انتقال الطيب فلو انتقل لوجب به الجزاء وقد أجمعوا أنه
لا جزاء عليه ٥ وقد تكلم أصحابنا فيمن ابتدأ الطيب بعد إحرامه وكفر ثم بقي عليه فمنهم من قال لا كفارة عليه لأن التكفير أسقط حكم
الابتداء والبقاء على الطيب لا يتعلق به كفارة ومنهم من قال إن ابتداء الاستعمال كان محظورا فلذلك تعلق به كفارة الجزاء وفي
مسألة الخلاف كان الابتداء مباحا فلم يتعلق بالبقاء كفارة ٥ قال ثم يصلي ركعتين لما روي عن النبي عليه السلام أنه قال أتاني آت من
ربي وأنا بالعقيق فقال لي صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل لبيك بعمرة في حجة ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم
الصلاة على الإهلال فدل على أنها سنته ٥ ثم يلبي في دبر صلاته تلك أو بعد ما تستوي به راحلته والأفضل عندنا أن يلبي
عقيب الصلاة وهو قول ابن عباس وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى ركعتين ثم استوى على راحلته فلما قامت أهل وروى جابر أن النبي
عليه السلام أهل حين استوى على البيداء وروي عن ابن عمر أنه قال ما هذه البيداء الذي تكذبون فيها على رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما أهل
حين استوى على راحلته والدليل على ما قلناه ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أتاني آت من ربي فقال لي صل في هذا الوادي
المبارك ركعتين الخبر فدل على أن التلبية متعلقة بالصلاة وروي عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس كيف اختلف أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم في إهلاله فقال أنا أعلم بذلك صلى رسول الله ركعتين ثم أهل بالحج فرآه قوم فقالوا أهل عقيب الصلاة ثم
استوى على راحلته فأهل فكان الناس يأتونه أرسالا فأدركه قوم فقالوا أهل عقيب ما استوى على راحلته ثم ارتفع على
البيداء فأهل فأدركه قوم فقالوا إنما أهل حين ارتفع على البيداء وايم الله لقد أوجبه في مصلاه ولأنه ذكر أمر يتقدم
الصلاة عليه فكان بعده عقيب الصلاة أفضل كتكبير التشريق ٥ قال والتلبية أن يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا
شريك لك لبيك إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك والأصل في ذلك ما روى ابن عمر وابن مسعود في تلبية
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه الألفاظ ولم يختلف عنه فيها ٥ والكلام في التلبية يقع في مواضع منها أن الدخول في
الإحرام عندنا لا يقع بمجرد النية حتى يضم إليها التلبية أو سوق الهدي وقال الشافعي يصير محرما بالنية لنا في وجوب
التلبية قوله عليه السلام أتاني آت من ربي وأنا بالعقيق فقال لي صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل لبيك بعمرة في
حجة والأمر على الوجوب ولأن هذه عبادة لها تحليل وتحريم فوجب الذكر في ابتدائها كالصلاة ٥ وقد قال أصحابنا إن
الدخول في الإحرام يقع بذكر يقصد به التعظيم وسواء كان بالفارسية أو العربية وهذا هو المشهور عن أبي يوسف
رواه ابن أبي مالك وبشر ومعلى وروى الحسن بن زياد عنه أنه لا يكون محرما إلا بالتلبية فأما أبو حنيفة فمضى على أصله
لأن الذكر الموضوع في ابتداء العبادة لا يختص عنده بعبارة بعينها ولا بلغة بعينها كتكبيرة الصلاة وأما أبو يوسف ومحمد
في المشهور من قولهما في الإحرام بالصلاة قال أبو يوسف تختص الترجمة بالتكبير وتجوز الإهلال بكل ذكر وقال
محمد لا تجزئه الترجمة مع القدرة إلا بالعربية وتجوز الإهلال مع القدرة بغيرها والفرق بينهما أن أفعال الصلاة لا يقوم
غيرها مقامها وأفعال الحج يقوم غيرها مقامها فكانت أوسع فلذلك جاز فيها ما لا يجوز في الصلاة ٥ وأما
رواية الحسن فقال إنه ذكر يقع به الدخول في العبادة فيختص بما ورد به الشرع كالتكبير واتفقوا جميعا أن الذكر على
الذبيحة لا يختص بعبارة بعينها ولا بلغة بعينها لأن المقصود منه مخالفة المشركين ٥ قال أصحابنا السنة أن يأتي
بتلبية رسول الله ولا ينقص منها شيئا فإن زاد عليها فهو مستحب وحصل أصحاب الشافعي مذهبه أنه مباح وقد
روي عن ابن عمر أنه كان يزيد في تلبيته لبيك وسعديك والخير بيديك والرغباء إليك والعمل لبيك لبيك وعن عمر أنه
زاد في لبيك مرغوبا ومرهوبا إليك لبيك ذا النعماء والفضل الحسن لك وقال أبو هريرة كان في تلبية رسول الله صلى الله عليه

لبيك إله الحق ولأنه ذكر يقصد به تحميد الله والثناء عليه فجاز أن يتعلق بالزيادة عليه بعد استيفائه فضيلة كالتشهد
وقد روي عن محمد أن الأفضل في التلبية أن يقول لبيك إن الحمد بالكسر وذلك لأنه إذا كسر صار ما بعده ثناء وإذا فتح كان صفة
ولأن يأتي بزيادة الثناء أولى ٥ قال وإذا لبى ينوي بها حجا أو عمرة أو هما جميعا كان كما نوى وإن لم يتكلم بهما في إحرامه لأن التلبية تقع
بها الدخول فلا يحتاج إلى تسمية ما يدخل فيه كالصلاة وإن سمى جاز لأن النبي عليه السلام قال أتاني آت الخبر والأحسن أن يقول
إذا أراد أن يبتدئ إحرام الحج اللهم إني أريد الإحرام بالحج فيسره لي وتقبله مني وكذلك إن أراد العمرة ذكرها وإن أراد الجمع
بينهما قال ذلك ويبدأ بذكر العمرة قبل الحج في التلبية لبيك بعمرة وحجة وذلك لأن الحج مما تمتد فيقع فيه الموانع والعوارض
فالأولى أن يقدم عليه الدعاء لله تعالى بتسهيله وإنما قدم العمرة على الحجة في الذكر لأن أفعالها تقدم كذلك الإهلال
بها يقدم ٥ ومن لم ينو الإحرام وليس له نية في حج ولا عمرة مضى في أيهما شاء ما لم يطف بالبيت فإن طاف بالبيت
شوطا واحدا كان إحرامه عمرة والأصل في انعقاد الإحرام بالمجهول ما روي أن عليا قدم من اليمن مع أبي موسى في
حجة الوداع فقال لهما رسول الله بماذا أهللتما فقالا بإهلال كإهلال رسول الله وإذا انعقد الإحرام جاز أن يؤدي به حجة
أو عمرة وهو بالخيار في صرفه إلى أيهما شاء ٥ فإذا ابتدأ في الطواف فقد أخذ في عمل العمرة قبل التعيين فتعينت بفعله كما
تتعين بقصده وكذلك لو لم يطف حتى جامع أو أحصر كانت عمرة لأن القضاء قد لزمه فأوجبوا عليه المتيقن ٥ ومن كان
عليه حجة الإسلام فأحرم لا ينوي فريضة ولا تطوعا فهي حجة الإسلام وكان القياس أن لا يقع عن حجة الإسلام إلا بتعيين النية
لأن الوقت يصلح للفرض والنفل فلا يتعين للفرض إلا بنية كوقت الصلاة وإنما استحسنوا لأن أمر المسلم محمول على
الصحة وأنه لا يتكلف المشقة ويريد به النفل ويبقى الفرض في ذمته وإنما يقدم الفرض فوقع ذلك عن الفرض
لحسن الظن به ٥ ومن ساق هديا وقلده وهو يريد الإحرام بالحج أو بالعمرة أو بهما معا فهو محرم إذا قلد هديه وتوجه
معه بما قصد له من ذلك وإن لم يلب بلسانه والأصل في وقوع الإحرام بالتقليد مع السوق قوله تعالى ولا الهدي
ولا القلائد ولا آمين البيت الحرام ثم قال وإذا حللتم فاصطادوا ولم يجر للإحرام ذكر فدل على أنه يقع بالسوق مع التقليد
ولأنها قربة تختص بابتداء الإحرام كالتلبية ولأن القائل أحد قائلين أما من قال إن الإحرام يقع بمجرد النية وأما من قال
يقف على معنى ينضم إلى النية وذلك المعنى إما التلبية أو السوق وقد دللنا على أن الإحرام لا يقع بالتلبية فوقع بالسوق
للإجماع وروى طاوس عن ابن عباس أنه قال إذا قلد الرجل الهدي أو جلله وهو يريد الإحرام وجب عليه الإحرام وعن قيس
بن سعد بن عبادة أنه كان بالشجرة يغسل أحد شقي رأسه فالتفت فإذا هديه قد قلدت فقام ولم يغسل شقه الآخر ٥
فأما إذا قلد ولم يسق لم يكن محرما وذلك لأن النبي عليه السلام قلد هديه ثم أحرم بالتلبية فلو كان الإحرام وقع بالتقليد
لم يكن للتلبية معنى ولهذا قال أصحابنا إن الأولى أن يقدم التلبية ثم تقليد الهدي لأنه إذا قلدها ثم سار بها فاتبعها
مع النية فيصير محرما بغير تلبية والإحرام بالتلبية أفضل ٥ ولا يكون محرما بالتجليل ولا بالإشعار وذلك لأن التجليل
ليس بقربة وإنما يفعل لتبقى الحيوان من حر وبرد والدخول في الحج يختص بفعل هو قربة فأما الإشعار فهو عند
أبي حنيفة مكروه فلا يقع به الدخول ٥ فإن قلد هديه وبعثه ولم يتوجه معه فإن خرج بعد ذلك يريد
العمرة أو الحج لم يكن محرما حتى يلحق هديه ويتوجه معه إلا هدي المتعة فإنه إن خرج كان محرما حين خرج قبل أن يلحق
هديه ٥ والأصل في أنه لا يصير محرما بتوجيه الهدي ما روت عائشة أن النبي عليه السلام كان يبعث الهدايا وهو مقيم بالمدينة
لا يجتنب ما يجتنبه المحرم ولأنه إذا سار مع الهدي فقد وجد منه فعل هو قربة فجاز أن يصير به محرما وإذا وجهه فقد
وجد منه الأمر بالفعل فلم يصر بالأمر محرما كما لو أمر غيره بالتلبية ٥ فإذا لحق الهدي وسار به فقد وجد ابتداء السوق
فصار به محرما ولا يعتد بما قبله فأما إذا بعث بهدي المتعة والقران ثم خرج خلفه فالقياس أن لا يكون محرما إلا بما
قدمنا والاستحسان أن يكون محرما حين سار ولم يلحق لأن هدي المتعة لم يثبت في الابتداء على الإحرام ما ليس لغيره ألا
ترى أنه يمنع من التحلل حتى يبلغ محله ما لم يثبت في الابتداء فلذلك قالوا إنه يصير محرما بالتوجه في هدي المتعة إذا كان في
أشهر الحج فإن كان قبلها لم يصر محرما حتى يلحق بالهدي لأن أحكام التمتع لا يثبت لها حكم قبل الأشهر فلا يصير هذا الهدي
للتمتع قبلها فيصير كهدي التطوع ٥ قال وينبغي إذا أحرم أن يتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث والفسوق والجدال
ولا يشير إلى صيد ولا يدل عليه ولا يغطي وجهه ولا رأسه ولا يلبس قميصا ولا قباء ولا سراويل ولا ثوبا مسه ورس ولا
زعفران إلا أن يكون قد غسل فلا ينفض ٥ أما الرفث والفسوق والجدال فلقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج
وقد قدمنا معنى ذلك ٥ وأما قتل الصيد والاصطياد فمحرم لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم
وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ٥ وأما الإشارة والدلالة فلأن النبي عليه السلام قال لأصحاب أبي قتادة
هل أشرتم هل دللتم هل أعنتم فقالوا لا فقال إذا فكلوا وهذا يدل على تحريم ذلك وأما لبس القميص والقباء والسراويل فلحديث ابن عمر
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يلبس المحرم قميصا ولا قباء ولا عمامة ولا قلنسوة ولا سراويل ٥ وأما ما مسه الورس والزعفران
فلقوله عليه السلام ولا ثوبا مسه ورس أو زعفران إلا أن يكون غسيلا وإنما اعتبر وإن غسل أن لا ينفض لأن المنع
ليس لبقاء اللون وإنما هو للرائحة فإذا زالت زال المنع ٥ وأما تغطية الوجه والرأس فعندنا لا يجوز للمحرم وقال
الشافعي يجوز أن يغطي وجهه لنا ما روي أنه عليه السلام رخص لعثمان في أن يغطي وجهه حين اشتكت عينه ولأن
تخصيصه فلو كان مباحا لم يكن للرخصة معنى ولأن حكم الإحرام في الرجل آكد منه في المرأة فإذا لم يجز لها تغطية
وجهها فلأن لا يجوز للرجل أولى ٥ وأما تغطية الرأس فلنهيه عليه السلام عن العمامة والقلنسوة ٥ وليكثر

من التلبية ما استطاع في ادبار الصلوات وكلما علا شرفاً او هبط وادياً وبالاسحار والاصل في ذلك ما روي الاعمش عن خيثمة
قال كانوا يستحبون التلبية عند الستة دبر الصلوة واذا استقلت بالرجل راحلته واذا صعد شرفاً او اذا هبط وادياً
واذا لقي بعضهم بعضاً وروي ان اصحاب رسول الله كانوا يلبون اذا علوا شرفاً او هبطوا وادياً او لقوا ركباً وبالاسحار ولان
هذا الذكر يفعل في الابتداء من العباده ويتكرر في اثنائها فكان السنه ان يفعل عند اختلاف احوالها كالتكبير ه قال
ويرفع صوته بالتلبية والاصل في ذلك ما روي خلاد بن السايب الانصاري عن ابيه ان النبي صلى الله عليه قال اتاني
جبريل فامرني ان امر اصحابي ومن معي ان يرفعوا اصواتهم بالتلبية فانها من شعار الحج وروي انه قال افضل
الحج العج والثج والعج العجيج بالتلبية والثج نحر الدما بالذبح وقد قال اصحابنا ان الاذكار والادعيه يستحب فيها الاخفا
الا ما يتعلق بالغير كالاذان الذي يقصد به الاعلام والخطبه التي جعلت علامة للدخول والاشتغال والقراه التي امر
المؤتم باستماعها ه فاما التلبية فانها من علامه العباده ولان ابرهيم عليه السلم صعد على ابي قبيس فاذن في الناس بالحج
فالتلبية اجابة لتاذينه فهو في حكم ما تعلق بالغير فالسنه الجهر به ه قال ولا يلبس قميصاً ولا سراويل ولا عمامه ولا ياخذ
من شعره ولا ظفره شيئا اما اللبس فحديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه قال لا يلبس المحرم ولا يلبس عمامه ولا قلنسوة ولا خفين
الا ان لا يجد النعلين فيقطعهما اسفل الكعبين ه واما اخذ الشعر والظفر فلقوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم وترتيب ذلك
على الذبح وقال النبي صلى الله عليه المحرم الاشعث الاغبر وقال الله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله وبالله التوفيق

باب ما يفعل المحرم بعد احرامه قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله

واذا دخل المحرم مكة فلا يضره ليلاً دخلها او نهاراً والاصل في ذلك ما روي ان النبي عليه السلم صلى العشا بذي طوى ثم هجع هجعة ثم دخل
فطاف وروي ابن عمر ان النبي صلى الله عليه كان يبيت بذي طوى ويدخل مكة نهاراً وروي عن عائشة انها دخلت مكة ليلاً ودخل
الحسن والحسين ليلاً فطافا وروي عن عمر انه دخل في رمضان بعمره والناس يصلون التراويح فصلى معهم والذي روي عن عمر
من النهي عن دخولها ليلاً فقد قيل ان ذلك مخافه السرق ولئلا يحتاج الانسان ان ينزل ولانه دخول مكه فيستوي فيه الليل
والنهار كساير الدخلات ه ويدخل المسجد ويبدي بالحجر فاذا استقبله كبر ورفع يديه كما يرفع في الصلوة ثم يستلمه او يستلمه
ان امكنه من غير ان يوذي احداً فان لم يقدر استقبله وكبر وهلل وحمد الله وصلى على النبي صلى الله عليه ولا يدع في ذلك ما روي
ان النبي عليه السلم لما دخل مكة بدا بالمسجد وروي عن مكحول ان النبي عليه السلم كان اذا نظر الى البيت قال اللهم زد بيتك هذا تشريفاً
وتكريماً ومهابة وزد في تشريفه وتكريمه ممن حجه واعتمره وروي ان النبي صلى الله عليه لما دخل المسجد ابتدا بالحجر فاستلمه وروي
فاستقبله وكبر وهلل ولم يذكر اصحابنا دعا بعينه لان الادعيه لا تحصر وروي عن ابن عمر انه قال بسم الله والله اكبر ه
وعن مجاهد قال اذا اتيت الركن فقل اللهم اجابه دعوتك وابتغا رضوانك وعلى سنة نبيك وقال عطا كان النبي صلى الله عليه اذا اتى
الحجر قال اعوذ برب هذا الحجر من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر ه فاما رفع اليدين فلما روي مقسم عن ابن عباس
ونافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه قال لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر عند استلام الحجر قال اصحابنا ان استقبال
الحجر عند افتتاح الطواف سنه وليس بواجب لانه لو وجب الاستقبال في ابتدا هذه العباده لوجب في اثنائها كالصلوة
وقالوا الافضل ان يقبل الحجر اذا امكنه ذلك لما روي ان عمر قبله والتزمه وقال رايت رسول الله صلى الله عليه بك حفياً
وروي انه قال اما انك حجر فاني اعلم انك لا تضر ولا تنفع ولكني رايت رسول الله صلى الله عليه يقبلك فانا اقبلك وعن ابن عمر قال
استقبل رسول الله الحجر فاستلمه ثم وضع شفتيه عليه يبكي طويلاً ثم التفت فاذا هو بعمر فقال يا عمر ها هنا تسكب العبرات ه
واما الاستلام فلما روي عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه ليبعثن الحجر يوم القيامه له عينان يبصر بهما ولسان ينطق به
يشهد على من استلمه بحق وعن عطا قال رايت ابا هريره وابا سعيد الخدري وعمر من اصحاب النبي صلى الله عليه يستلمون الحجر
ثم يقبلون ايديهم واما قولهم من غير ان يوذي احداً فلما روي ان النبي عليه السلم قال لعمر انك رجل ايد وانك لتوذي الضعيف
فاذا وجدت مسلكاً فاستلم والا فدع وكبر وهلل ه ثم ياخذ عن يمينه فيطوف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلثة الاول
ويمشي في الاربعه والاصل في ذلك ما روي ان النبي عليه السلم استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي باب البيت فطاف سبعة
اشواط ومقادير العبادات انما توخذ من جهه التوقيف فاما الرمل فكل طواف بعده سعي فمن سنته الاضطباع
والرمل في الثلثة الاشواط الاول منه وكل طواف ليس بعده سعي فلا رمل فيه وقد روي عن ابن عباس ان الرمل ليس
بسنته وانما فعله النبي عليه السلم ليظهر الجلد للمشركين والدليل على انه سنته ما روي ابن عمر قال كان النبي عليه السلم اذا
طاف بالبيت الطواف الاول خب ثلثاً ومشى اربعاً وعن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه واصحابه اعتمروا من الجعرانه فرملوا
بالبيت ثلثاً ومشوا اربعاً واضطبعوا وروي عطا عن ابن عباس قال رمل رسول الله صلى الله عليه في حجته وعمرته وابو بكر وعمر
وعثمان والخلفا من بعده وروي جعفر بن محمد عن ابيه انه سمع جابراً يحدث عن حجة النبي صلى الله عليه قال حتى اذا اتى البيت استلم
الركن وطاف بالبيت سبعة اشواط رمل من ذلك ثلثاً والذي روي عن ابن عباس فذهب الى ان النبي صلى الله عليه انما اضطبع ورمل لمعنى
وذلك ان المشركين لما خلوا له مكة في عمرة القضا وصعدوا الى الجبال وقالوا ان محمداً يترب قد اوهنتهم فاضطبع رسول الله
صلى الله عليه ورمل وقال رحم الله امرءاً اراهم من نفسه الجلد ومن ابن عباس وهذا المعنى قد زال وعندنا ان النبي صلى الله عليه اضطبع
ورمل في حجته وهي بعد الفتح ولان الصحابة رملوا بعده وروي عن عمر انه قال ما لي اهز كتفي وليس هاهنا احد نريه ولكن
افعل كما فعل رسول الله صلى الله عليه وليس يمتنع ان يكون اصل الرمل فعل لسبب ثم بقي بعد زواله كما ان رمي الجمار اصله ان
ابرهيم عليه السلم رمى الشيطان ثم صار سنة وقد قال اصحابنا انه يرمل من الحجر الى الحجر وقال سعيد بن جبير وعطا وطاوس ومجاهد

لا يرمل ما بين الركن اليماني والحجر وانما يمشي من الجانب الاخر قالوا لان المشركين كانوا يطلعون على المسلمين من ذلك الجانب
فاذا صاروا الى الركن اليماني حال البيت بينه وبينهم وهذا ليس بصحيح لما روي عن ابي الطفيل ان رسول الله صلى الله عليه رمل ثلثاً
من الحجر الى الحجر واما الاضطباع فهو ان يتشح بثوبه ويخرجه من تحت ابطه ويلقيه على عاتقه الايسر ه وقد قال
اصحابنا اذا طاف فيجعل طوافه من ورا الحطيم لان رسول الله صلى الله عليه هكذا طاف ولان بعض الحطيم من البيت بدليل
ما روي عن عائشه ان النبي صلى الله عليه قال لها ان قومك قصروا من النفقه فقصروا عن قواعد ابرهيم ولولا حدثان عهدهم
بالجاهلية لرددته الى قواعد ابرهيم ولجعلت له بابين وروي ان رجلاً نذر ان يصلي في البيت ركعتين فامره رسول الله صلى
الله عليه ان يصلي في الحطيم واذا كان بعض الحطيم من البيت وجب ان يطوف من ورايه ليستغرق البيت ولا يقال لو كان
بعضه من البيت لجازت الصلوه اليه وذلك لان الصلوة ثبت فرضها بيقين وحكم الحطيم ثبت بخبر الواحد فلا يسقط به
ما ثبت بالاستفاضه واذا طاف عليه فلم يسقط فرضا بغير يقين وانما يودي الى اسقاط فرض الطواف بيقين ه قال
فان زوحم في الرمل قام فاذا وجد فرجه رمل لانه ممنوع من فعله على سنته فيجب ان يتوقف حتى يمكنه الاتيان به
على سنته ه ويستلم الحجر في كل شوط ان استطاع فان لم يستطع استقبله وكبر وذلك لانه في كل شوط مفتتح
للطواف فصار كالشوط الاول ه قال ويستلم الركن اليماني قال محمد في الاصل فان تركه لم يضره في قول
ابي حنيفه وقال محمد يستلمه ويقبله والثالث فهي يستلمه ويقبل يده ولا يقبله فان نص ما رواه في الاصل في انه
مستحب وليس بمسنون فلانه ليس من السنه تقبيله فكذلك استلامه كالركن الشامي ه وقد روي جابر ان النبي صلى الله عليه
استلم اليماني ولم يقبله وان قلنا انه سنته على ظاهرها قال ابو الحسن فلما روي ابن عمر قال رايت رسول الله صلى الله عليه
يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما وعن ابن عباس قال كان رسول الله صلى الله عليه يستلم الركن اليماني ويضع خده عليه ه
ولا يستلم الركنين الاخرين عندنا وعن معويه وسويد بن غفلة انهما استلما جميع الاركان فقال ابن عباس لمعويه اما
تستلم هذين الركنين فانه ليس شي منه مهجوراً ه وانما لم يستلم الركنين لان القياس ينفي الاستلام الا ترى ان شرف
البقعه لا يقتضي استلامها كساير البقاع وانما تركوا القياس في الركنين لان النبي عليه السلم استلمهما ولان الركنين الاخرين
ليسا بركني البيت لان الجاهلية قصرت في البيت فلذلك لم يستلمهما عليه السلم اذا الاستلام انما هو في الاركان
الموضوعه ه ثم يصلي ركعتين عند المقام او حيث تيسر عليه من المسجد وهي عندنا واجبه وقال الشافعي سنته لنا
ما روي ان النبي عليه السلم لما فرغ من الطواف اتى المقام فصلى عنده ركعتين وتلا قوله تعالى واتخذوا من مقام ابرهيم
مصلى ولانه ركن في الحج فمن توابعه ما هو واجب كالوقوف ولانها قربه لا يجوز تقديمها على فعل الطواف
كالسعي ه واما قوله حيث تيسر من المسجد فلان الصلوة لا تختص بمكان دون مكان وقد روي عن عمر انه نسي ركعتي
الطواف فقضاهما بذي طوى ه ثم يعود الى الحجر ويستلمه وهذا على وجهين كل طواف بعده سعي فانه يعود بعد
الصلوة الى الحجر وما ليس بعده سعي لا يعود وقد روي جابر ان النبي عليه السلم صلى ركعتين وعاد الى الحجر ولان الطواف
اذا ترتب عليه السعي صار متصلاً باشواطه والسنه ان يستلم بين كل شوطين فكذلك يستلم بين الطواف والسعي
واذا لم يكن بعد الطواف سعي لم يستلم لانه انتهت الاشواط وخرج من العباده ه قال ثم يخرج الى الصفا والمروه
ولم يعين ابو الحسن من اي باب يخرج وقد روي عطا ان النبي عليه السلم خرج من باب بني مخزوم وليس ذلك سنته عندنا فمن
اي الابواب خرج جاز وانما خرج من هذا الباب لانه اقرب من غيره الى الصفا والكلام في السعي بين الصفا والمروه يقع في انه
واجب عندنا وليس بركن وقال الشافعي هو ركن لنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما وهذا اللفظ لا يستعمل في
الواجبات ولانه نسك ذو عدد لا يختص بالمسجد فلم يكن ركناً كالرمي او يجوز ان يقوم غيره مقامه كالرمي ولانه
نسك لا يتكرر فلم يكن ركناً فيه كالحلق وانما قلنا انه واجب لان النبي صلى الله عليه سعى وفعله اذا ورد مورد البيان افاد
الوجوب ولان القايل قايلان قايل يقول هذا ركن او قايل هذا واجب فاذا دللنا انه ليس بركن ثبت انه واجب
بالاجماع ه فاما الكلام في صفة السعي فيبتدي بالصفا لان النبي عليه السلم ابتدا به وقال ابدوا بما بدا الله به فياتي
الصفا فيصعد عليه حتى يشاهد الكعبة وعن ابن عمر انه كان اذا صعد الصفا استقبل البيت ثم كبر ثلثاً ثم قال لا اله الا
الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شي قدير يرفع بها صوته ويدعو ثم يفعل ذلك على المروه وعن
جابر ان النبي صلى الله عليه رقي الصفا فرقي عليه فوحد الله وكبره وقال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد
وهو على كل شي قدير لا اله الا الله انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم دعا بقدر خمس وعشرين اية من
البقره ثم نزل الى المروه حتى اذا انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى اذا صعد مشى حتى اذا اتى المروه
فعل على المروه مثل ما فعل على الصفا وقال في سعيه رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاكرم وكان عمر اذا
نزل من الصفا قال اللهم استعملني على سنة نبيك وتوفني على ملته واعذني من مضلات الفتن ه قال ويفعل
ذلك سبعة اشواط يبتدي بالصفا ويختم بالمروه ويسعى في بطن الوادي في كل شوط وقال
الطحاوي يبتدي في كل شوط بالصفا ويختم بالمروه وهذا ليس بصحيح لما روي ان النبي صلى الله عليه طاف بينهما سبعة
اشواط فلو كان على ما قال الطحاوي لكان اربعة عشر شوطاً ولان محمداً قال في الكتاب يبتدي بالصفا ويختم بالمروه
على ان الحاكم [illegible] فاما الحلق فلقوله تعالى محلقين رؤوسكم ومقصرين وليتحلل بالحلق او التقصير والحلق
افضل ولان العمره في الطواف والسعي وقد فعلها فلم يبق عليه شي من افعالها الا التحلل ه وقد

قال اصحابنا ان التحلل بالحلق او التقصير واجب وقال الشافعي يقع التحلل عن الحج بالرمي ومن العمره بالسعي لنا ان الله تعالى
عبر عن الاحرام بالحلق فقال لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله امنين محلقين روسكم ومقصرين وما عبر به عن العباده
فهو مقصود فيها ولانها عباده تشتمل على افعال تختلفها فكان الخروج منها بما ينافيها في موضوع الشرع كالصلوه ٥
والحلق افضل من التقصير لانه عليه السلام دعا للمحلقين ثلاثا وللمقصرين مره ولان الحلق ما فيه على التقصير والتقصير لا ياتي على الحلق
قال وان كان محرما وقد ساق الهدي اقام حراما ولم يقصر ولم يحلق للعمره لما روي عن انس ان النبي عليه السلام لما قدم مكه
امرهم ان يحلقوا الا من كان معه الهدي وفي حديث اسما ان النبي عليه السلام قال من كان معه هدي فليقم على احرامه ومن
لم يكن معه هدي فليحل وروي انه قال لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمره ولحللت كما حلوا
اخبر ان المانع من الاحلال سوق الهدي ٥ وان كان محرما بحج مفرد فعل مثل ذلك في استفتاح البيت والطواف والسعي
واقام على احرامه وذلك لان واجبات الحج باقيه فلا يجوز له التحلل الى يوم النحر ٥ فان كان جمع بينهما فانه يبدا بالطواف
والسعي للعمره ثم يطوف ويسعى للحج كما وصفت لك وهذا صحيح لان القارن يجب عليه عندنا طوافان وسعيان لا ينوب
احدهما عن الاخر وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لنا ما روي في حديث علي وابن مسعود وعمران
بن الحصين ان النبي عليه السلام قرن بين الحج والعمره وطاف لهما طوافين وسعى سعيين وهذا يدل على تعلق الطوافين بالسبب
الذي هو القران ولانه محرم بالحج والعمره فوجب ان يلزمه لكل واحد منهما طواف وسعي مفرد كالمتمتع الذي ساق
الهدي ولان كل ما يسقط به فرض الحج والعمره كان الركن فيه طوافين اصله الافراد ٥ ويقيم حراما لا يحلق ولا يقصر
وذلك لانه محرم بالحج فلا يجوز له التحلل قبل الفراغ من افعاله ٥ فاذا كان يوم التروية خرج الحاج والقارن الى منا
بعد الزوال فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشا والفجر لما روي عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه جا جبريل
الى ابرهيم يوم التروية فخرج به الى منا فصلى به الظهر والعصر والمغرب والعشا والفجر ثم غدا به الى عرفات
وعن جابر ان النبي صلى الله عليه لما كان يوم التروية توجه الى منا فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشا والصبح ثم مكث قليلا
حتى طلعت الشمس ثم سار الى عرفه ٥ وان كان محرما بعمره ساق الهدي او لم يسق فاحرم بحجه وهو متوجه الى منا
فان شا احرم قبل ذلك لما روي جابر ان النبي عليه السلام امر اصحابه بفسخ الحج وامرهم يوم التروية فاهلوا بالحج ٥ قال اصحابنا
ان المتمتع كلما قدم احرام الحج فهو افضل وقال الشافعي الافضل ان يحرم يوم التروية لنا قوله عليه السلام من اراد الحج
فليستعجل ولانه صار كالمسارعة الى العباده من غير كلفه فهو افضل ولانه اشق والذي روي عن النبي صلى الله عليه من التاخير
فقد اختلفوا في ذلك ولانه اختار لهم في ذلك العام الايسر ولم يختر الافضل ولهذا امرهم بفسخ الحج ٥ قال ولا
يطوف بالبيت وهذا قول ابي حنيفه وهو قول محمد انه يوخر طواف الحج والسعي الى يوم النحر قال ابن شجاع اخبرني
اصحابنا عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه كان يقول اذا احرم من مكه اخر الطواف الى يوم النحر قال هشام عن محمد فان
طاف الان وسعى فلا باس قال الشيخ رحمه الله وجمله هذا ان من دخل مكه محرما بالحج طاف طواف القدوم وجاز له
ان يسعى بعده وهذا السعي هو الواجب في الحج وموضعه عقيب طواف الزياره لانه هو الركن فيتبعه السعي الواجب ٥
فاما طواف القدوم فهو سنه والسنن لا يتبعها ما هو واجب الا انه رخص له في تقديم السعي على وقته وفعله عقيب
طواف القدوم تخفيفا عنه الا ترى انه في يوم النحر قد افاض من مزدلفه وتشاغل بالرمي والذبح والحلق ثم ياتي مكه للطواف
ويعود الى منا ليبيت بها فيكثر عليه العمل في هذا اليوم فجاز تقديم السعي ليخفف عليه بعض عمل يوم النحر فان كان متمتعا فليس
عليه طواف القدوم فلم يجز له ان يسعى وكان عليه فعل السعي في مكانه وجه في روايه هشام انه رخص له في السعي عقيب
طواف القدوم وهو طواف مسنون فان طاف طواف نافله وقدم السعي عقيبه جاز وان اخره فلان ياتي به في وقته اولى ٥
قال ابو الحسن رحمه وقد روى الحسن بن زياد غير هذا وهو احب الي وهذه الروايه انما عنى بها ما روى ابن شجاع عن الحسن
انه اذا احرم يوم التروية طاف وسعى قبل ان يروح الى منا الا ان يكون اهل بعد الزوال يوم التروية وقال الحسن في سياق
روايته عن ابي حنيفه في كتاب المناسك وان شيت ان تحرم بالحج يوم التروية او قبل يوم التروية ثم تطوف للحج وتسعى
قبل ان تاتي منا فعلت وهو عندنا افضل والوجه في ذلك انه انما جوز له تقديم السعي للتخفيف في يوم النحر وذلك
يستوي فيه المتمتع والمفرد لانه ياتي بطواف ليس بواجب ويرتب عليه السعي الواجب في الوجهين والذي فرق الحسن
بين ما قبل الزوال وبعده فلانه بعد الزوال يستحق عليه الرواح الى منا فلا يتشاغل عنه بفعل ما ليس بموضوع في ذلك
الوقت وما قبل الزوال لا يلزمه الخروج فهو كما قبله من الايام ٥ قال وليس للعمره عمل بمنا ولا بمزدلفه ولا بعرفه وانما عملها
الطواف والسعي خاصه وذلك انما يكون بمكه ولا يبقى عليه بعدها عمل وانما يبقى احرامها اذا ساق الهدي خاصه لانه لا يقدر
ان يحل لاجل احرام الحج ٥ قال والمراه والرجل في ذلك سوا الا في اربعه اشيا ليس على النسا رمل ولا سعي في بطن الوادي
ولا حلق ويقصرن من اطراف شعورهن ويغطين روسهن وانما احرامهن في وجوههن ويلبسن ما بدا لهن ويلبسن ما
شين الا ثوبا مطيبا وذلك لان حكم الرجل والمراه في الشرع سوا الا ما خصه الدليل الا ترى ان ام سليم لما سالت النبي عليه السلام عن
غسل الجنابه بين لها حكم نفسه فقال اما انا فافرغ على راسي ثلاثا ٥ فاما الرمل والسعي فلانه وضع لاظهار الجلد والمراه
ليست من اهل القتال فلم يوضع في حقها ولانها اذا هرولت لم يومن ان ينكشف شي من بدنها وهي مامورة بفعل العبادات
على استر ما يكون لها ٥ فاما الحلق فلما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال ليس على النسا حلق انما عليهن التقصير ولان الحلق في حقهن مثله وقد نهي رسول الله
عن المثله واما التقصير فقد ساوين الرجال فيه فثبت في حقهن واما تغطيه روسهن فلانهن عوره والاحرام لا يبيح كشف العوره

وقد روي عن النبي صلى الله عليه انه قال احرام المراه في وجهها وروي عن عايشه انها قالت كنا اذا احرمنا مع رسول الله صلى الله عليه
كشفنا وجوهنا فاذا استقبلنا ركب اسدلنا الخمر من على روسنا على وجوهنا ٥ واما لبس المخيط فلان بدنها عوره والستر
بما ليس بمخيط لا يومن معه الكشف ٥ وقال اصحابنا انها لا تستلم الحجر اذا كان عنده جمع لانها ممنوعه من مماسه الرجال
قال واذا صلى الفجر يوم عرفه خرج الى عرفات بعد طلوع الشمس فان خرج قبل ذلك بعد الصلوه جاز والاختيار الاول
وذلك لما بينا ان النبي عليه السلام خرج اليها بعد طلوع الشمس فان خرج قبل الطلوع فلم يبق عليه شي يفعله فيجوز ذلك
قال فياتي عرفه فيقيم بها فاذا زالت الشمس اغتسل ان احب وهو افضل وليس بواجب ويصلي مع الامام
الظهر والعصر في وقت الظهر ويخطب الامام قبل الصلوتين بعد الاذان خطبتين قايما يجلس بينهما جلسه خفيفه
لما روي عن النبي عليه السلام انه خرج الى عرفات فخطب بها وصلى الظهر والعصر في وقت الظهر وراح الى الموقف
وروي ان عبد الملك بن مروان كتب الى الحجاج لا تخالف عبد الله بن عمر في شي من افعال الحج فلما زالت الشمس جا ابن عمر
الى سرادقه فقال اين هذا فخرج اليه الحجاج فقال ابن عمر الرواح ان اردت السنه فالساعه فقال الحجاج انظرني اغتسل فانتظره
فخرج معه الى الموقف وانما قدم الخطبه على الصلوه لان النبي عليه السلام قدمها ولانهم بعد الصلوه يتشاغلون
بالرواح فلا يستمعون الخطبه والمقصود من هذه الخطبه تعليم المناسك فوجب ان يقدمها ولانه يبين لهم فيها
كيفيه الجمع بين الصلوتين فلا بد من تقدمها على الصلوه ويخطب قايما لان المقصود تبليغ الناس ٥ ويجلس بين
الخطبتين لان ذلك هو السنه في الخطبه التي تتعلق بالصلوه ٥ ويوذن المودنون اذا صعد الامام المنبر قبل ان
يخطب وقال ابو يوسف يوذنون بعد الزوال قبل خروج الامام وهذا قوله الاول وجه قولهما ان هذه الخطبه
لما تقدمت على الصلوه كان الاذان اذا صعد الامام المنبر كخطبه الجمعه وجه قول ابي يوسف ان المفعول الظهر
والعصر فيوذن قبل خروج الامام كساير الصلوات وانما جمع بين الصلاتين لان النبي عليه السلام جمع بينهما ولم يتنفل بينهما
ولا بعدها ولانه يتشاغل بالوقوف فقدمت الصلوه لاجل الوقوف كما تقدم الفجر يوم التروية لاجل الوقوف
بمزدلفه ويجمع بينهما باذان واقامتين يوذن ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر وذلك لما روي جابر ان النبي صلى الله عليه
جمع بينهما باقامتين ولان العصر مقدمه على وقتها فلا بد من اعاده الاقامه ليكون اعلاما لتقدمها ٥ قال
ابو حنيفه لا يجوز الجمع بين الصلوتين الا بامام فان صلى الرجل وحده صلى كل واحده منهما في وقتها وقال
ابو يوسف ومحمد لا يقف الجمع على الامام وجه قول ابي حنيفه ان الجمع يسقط به فرض وقت العصر واسقاط
فروض الصلوه يقف على الامام كصلوه الجمعه ولان الجمع بينهما لا يجوز ان يكون للسفر لان اهل مكه يجمعون ولا
يجوز ان يكون للاحرام لانه لا يبيح ما كان محرما وانما يحرم ما كان مباحا ولا يجوز ان يكون لاتصال الوقوف لان فعل
الصلوه لا يقطع الوقوف فلم يبق الا ان يكون للامام وجه قولهما ان المفعول ظهر وعصر وذلك لا يقف
على الامام كساير الايام ٥ واذا ثبت من اصل ابي حنيفه ان الجمع لا يجوز الا مع الامام ومع الاحرام فقد روي عن ابي حنيفه
وابي يوسف ان من احرم بعد الزوال لم يجز له الجمع وروي عنه انه اذا كان محرما قبل العصر اجزاه وهو قول
ابي يوسف ومحمد وجه الروايه الاولى ان سبب الجمع زوال الشمس الا ترى انه انما يجوز بعده فاذا احل فليس
بمحرم لم يثبت له حكم الجمع فلم يجز له وان احرم وجه الروايه الاخرى ان الظهر لا يقف فعلها في وقتها على شرط الاحرام
وانما يحتاج الى ذلك لتقديم العصر فاذا احرم قبل العصر جاز وقد روي عن محمد عن ابي حنيفه انه ان كان حين صلى
الظهر مع الامام محرما بعمره ثم احرم بالحج قبل العصر لم يجزه الا ان يصلي الصلاتين جميعا وهو مهل بالحج وهذا الصحيح على
الروايه الاولى لان احرام العمره لا تاثير له في جواز الجمع فوجوده وعدمه سوا ٥ قال ابو حنيفه رحمه الله اذا صلى
الظهر وحده لم يجزه ان يصلي العصر مع الامام وقال زفر يجوز وجه قول ابي حنيفه ان الجمع لم ينقل
في الشرع الا مع الامام فلا يجوز فعله على وجه لم يثبت في الشرع ولان العصر انما تجوز تبعا للظهر فما شرط في العصر
وهو التبع فلان يشترط في متبوعها اولى وجه قول زفر ان الامام انما يحتاج اليه لاسقاط الفرض والظهر
مفعوله في وقتها وانما يحتاج الى الامام في اسقاط فرض العصر فاذا فعلها معه جازه ٥ قال ولا يتطوع احد
منهم امام ولا ماموم وان تطوع الامام فقد فعل مكروها ويعيد الاذان للعصر وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف
وقال ابن سماعه عن محمد لا يعيد الاذان وتجزيه الاقامه وكذلك اذا قطع بين الصلوتين لعله او حاجه وذلك لان النبي عليه السلام
صلاهما ولم يتنفل ولان فرض وقت العصر يسقط ليستدرك فضيله الوقوف التي لا تدرك الا في هذا اليوم فلان
يسقط النفل اولى ٥ فاذا اشتغل فقد قطع الصلوه الثانيه عن الاعلام الاول فاحتاجت الى اعاده الاعلام فاما
محمد فعنده ان كل صلوتين جمعهما وقت واحد اقتصر لهما على اذان واحد كالفوايت فان تنفل بينهما فكذلك لا
يعيد الاذان ٥ وقال في صفه الخطبه ان الامام يحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويعظ الناس
ويامرهم بما يحق عليهم وينهاهم عما نهاهم الله عنه ويخبر الناس بمعالم حجهم ومناسكهم ثم يدعو الله بحاجته ثم
ينزل وذلك لان الخطبه موضوعه لتعظيم الله وذكره والموعظه والتعليم وهذه الخطبه يحتاج اليها الى تعليم
الوقوف والافاضه من عرفه والوقوف بمزدلفه فوجب ان يسنونه ذلك ٥ واذا فرغ الامام من الصلوه
راح الى الموقف وراح الناس معه عقيب انصرافهم من الصلوه وذلك لان النبي صلى الله عليه راح اليها عقيب
الصلوه ولانه قدم العصر ليسعوا في الوقوف بعد الصلوه ٥ واذا وقف بها فافضل ذلك

ان يقف بهذا الباب ويدعو الناس بما احبوا وترفع الايدي بسطا ويستقبل الداعي بيديه ووجهه القبلة وانما كان الافضل للامام
ان يقف راكبا لان النبي صلى الله عليه وقف على ناقته ولان الامام يدعو ويدعو الناس بدعائه فاذا كان على ناقته فهو ابلغ في
مشاهدتهم له وقد روي عن ابن عباس قال رايت رسول الله صلى الله عليه يدعو بعرفات وقد جعل يديه في نحره كاستطعام
المسكين وروي عن علي ان النبي عليه السلام قال ان اكثر دعائي ودعاء الانبيا قبلي عشية عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له
له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شي قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح
صدري ويسر لي امري واعوذ بك من وساوس الصدور وشتات الامر وفتنة القبر اللهم اني اعوذ بك من شر ما يلج
في الليل وشر ما تهب به الرياح وانما لم يوقت اصحابنا الدعا لان الانسان يدعو بما شا ه قال ويلبي في موقفه
ذلك ساعة بعد ساعة لا خلاف بين اصحابنا في ذلك ولا ينبغي ان يقطع التلبية حتى يرمي جمرة العقبة وهذا صحيح لا يقطع
عندنا الحاج والقارن التلبية حتى يرمي جمرة العقبة وقال مالك اذا وقف بعرفة قطع والدليل عليه ما روي عن الحسن انه
حج فلبى حتى رمى جمرة العقبة وعن ابن مسعود انه لبى عشية عرفة فقيل له ليس هذا موضع التلبية فقال اجهل الناس ام
نسوا والذي بعث محمدا بالحق لقد خرجت مع رسول الله صلى الله عليه فما ترك التلبية حتى رمى جمرة العقبة الا ان يخلطها
بتكبير وتهليل ولان هذا الذكر يفعل في افتتاح الصلوة ويتكرر في اثنائها فكان القياس ان يفعل في اخرها كالتكبير
في الصلوة ه وانما تركوا القياس فيما بعد الرمي بالاجماع فما سواه على اصله وقد قال ابو الحسن انه يقطع التلبية مع اول
حصاة في الحج الفاسد لان افعاله افعال الصحيح فتساويا ه قال محمد في املا الكيساني والقارن مثله لانه
محرم بالحج فهو كالمفرد فاما المحرم بالعمرة المفردة فيقطع التلبية اذا استلم الحجر حين ياخذ في طواف العمرة وقال
مالك اذا راى البيت لنا ان قطع التلبية يتعلق بفعل نسك كالحج واستلام الحجر نسك ورؤية البيت ليس بنسك
ولان الطواف ركن للعمرة فهو كطواف الزيارة فيقطع التلبية قبله ه قال محمد والذي يفوته الحج يتحلل بعمل عمرة
ويقطع التلبية حين ياخذ في الطواف الذي يتحلل فيه لان افعال الحج لما سقطت عنه وبقيت افعال العمرة كان عليه ان
يفعل ما يفعله المعتمر ه قال والقارن اذا فاته الحج قطع التلبية في الطواف الثاني يتحلل به من حجته لان العمرة
لم تفت فيفعلها كمن لم يفته الحج فاذا فرغ منها فهو في الحج كالمقيم فيقطع التلبية كما بعد الرمي ه فان حلق الحاج
قبل ان يرمي جمرة العقبة قطع التلبية لانه يحل من الاحرام والتلبية لا تمتثل الا بعد التحلل فان زار البيت قبل ان يرمي او يحلق او
يذبح قطع التلبية في قول ابي حنيفة ومحمد رواه هشام وروى محمد عن ابي يوسف قال يلبي ما لم يحلق او تزول الشمس من يوم النحر
وجه قولهما انه اذا طاف قبل الرمي والذبح فقد تحلل به الا انه لو جامع لم يلزمه قضا التحلل بالطواف كالتحلل بالحلق ووجه
قول ابي يوسف ان احرامه بحاله بدليل انه لا يجوز له الطيب واللبس فصار كمن لم يطف وليس كذلك اذا حلق لانه تحلل من الاحرام
بدلالة اباحة الطيب واللبس ه فاما اذا زالت الشمس فلان من اصل ابي يوسف ان وقت الرمي لجمرة العقبة يفعل في
الزوال ويفعل بعده قضا فصار كانه فات كفعلها وروى ابن سماعة عن محمد ان من لم يرم قطع التلبية اذا غربت الشمس من يوم النحر
وقال ابو يوسف حتى تزول الشمس وذكر الحسن في نوادره عن ابي حنيفة انه يلبي حتى يرمي جمرة العقبة الا ان تغيب
الشمس قبل ان ياتي منا وقبل ان يرمي فانه يقطع التلبية اذا كان ذلك وهذا فرع على اصل ابي حنيفة ان جمرة العقبة لا
يفوت وقتها الا بغروب الشمس فاذا فات وقتها فكانه سقط الفعل واما ابو يوسف فقال انها تفوت بزوال
الشمس واما محمد فلم يعتبر في احدى الروايتين فوات الوقت وانما اعتبر فوات القضا وفعل الرمي لا يمتنع ما بقيت ايام الرمي
وان كان ياتي به قضا فبقي حكم التلبية حتى يسقط وقت الفعل فاما اذا ذبح قبل ان يرمي فقد ذكر ابو الحسن ان هشاما
روى عن ابي حنيفة ومحمد انه يقطع التلبية لانه تحلل بالذبح فهو كالتحلل بالحلق وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يقطع التلبية
وان ذبح ما لم يرم او يحلق لانه لا يخرج من الاحرام بالذبح قال الحسن عن ابي حنيفة انما يقطع التلبية بالذبح القارن والمتمتع
فاما اذا ضحى المفرد لم يقطع التلبية وهذا الصحيح لان القارن والمتمتع ذبحهما يقع به التحلل فهو كالحلق ه فاما
المفرد فتحلله لا يقف على ذبحه فلا يقطع عنده التلبية ه قال واستقبال القبلة في الموقف افضل وان انحرف قليلا
لم يضره ويقف متوضيا فان وقف وقد نسي الطهر والغسل لم يضره والاصل في استقبال القبلة قوله تعالى فول
وجهك وقوله عليه السلام خير المجالس ما استقبل به القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس فاما الغسل فلان النبي صلى الله عليه
اغتسل يوم عرفة ولان هذا يوم اجتماع الناس فالافضل فيه الغسل كالعيدين والجمعة ه وان اقتصر على الوضو جاز
لان الغسل اذا لم يفعل للحدث قام الوضو مقامه كغسل الجمعة ه واما قوله وان كان جنبا لم يضره يعني في الاعتداد
بالوقوف لانه عبادة لا تتعلق بالبيت فلا يشترط فيها الطهارة كرمي الجمار واما نسيان الطهر والغسل فلان
الوقوف عبادة لا تعلق لها بالصلوة ولا يترتب عليها فلا يمنع نسيان الصلوة من صحتها وكلما قرب من الامام في وقوفه
فهو افضل وذلك لان الامام يعلم الناس معرفة المناسك ويدعو وكلما قرب منه كان امكن من السماع ه قال
وعرفة كلها موقف الا بطن عرنة لما روى عطا عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه عرفة كلها موقف وفجاج مكة
طريق ومنحر وروى هشام بن عروة عن ابيه ان النبي عليه السلام قال عرفة كلها موقف الا بطن عرنة وتخصيص العبادات
بالاماكن انما يعلم من طريق النص والتوقيف وقد روى ابن عمر وابن عباس ان النبي صلى الله عليه لما اتى عرفة نزل
نمرة فوقف فيها ولم يخص اصحابنا الوقوف بهذا الموضع لانه يحتمل ان يكون [illegible] انما نزل به [illegible] ذلك
قال واذا غربت الشمس دفع الامام والناس معه ولا يدفع احد قبل غروب الشمس امام [illegible] لما روي انه عليه السلام

خطب عشية عرفة فقال اما بعد فان هذا اليوم الحج الاكبر وان اهل الشرك والاوثان كانوا يدفعون في هذا
اليوم قبل غروب الشمس حتى تعتم بها رؤوس الجبال كانها عمائم الرجال في وجوههم وانا ندفع فلا تعجلوا فدفع
بعد غروب الشمس وروي انه قال هدينا مخالف لهديهم فان خاف بعض القوم الزحام او كانت به علة فتقدم
قبل الامام قليلا ما بينه وبين عرنة ولم يخرجه عرفة فلا باس لانه اذا تقدم ولم يتجاوز من موضع الوقوف
دفع عن نفسه ضرر الزحمة وكان في حكم الواقف وان تاخر مكانه فهو افضل لانه لا يكون اخذ في السير لا فاضة
قبل وقتها وروي عن عايشة انها اقامت مكانها حتى افاض الناس وابيض ما بينها وبين الامام ودعت بشراب
فافطرت ثم افاضت

باب الوقوف بعرفة قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

وقت الوقوف من حين تزول الشمس من يوم عرفة الى طلوع الفجر من يوم النحر فمن وقف بعرفة في شي من هذا الوقت فقد
ادرك وصح حجه ولا يلحق حجه بعد هذا افساد بوجه من الوجوه ه قال الشيخ رحمه الله ان رسول الله صلى الله عليه وقف بعد
الزوال وهذا بيان لاول الوقت وقال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فدل على ان
الوقت يبقى ببقا الليل فان ادرك شيا من الوقت فقد صح الوقوف ولا يلحقه فوات قال وكذلك اذا حصل بعرفة في هذا
الوقت كان عالما بها او جاهلا فقد تم حجه وجهالته بالموضع ومعرفته سوا وكذلك ان نوى الوقوف او لم ينو وذلك لما
روي في حديث عروة بن مضرس الطائي انه قال للنبي صلى الله عليه اني اكللت راحلتي واجهدت نفسي وما تركت جبلا من جبال
طي الا وقفت عليه فهل لي من حج فقال عليه السلام من صلى معنا هذه الصلوة ووقف معنا هذا الموقف وقد ادرك قبل ذلك
عرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وقضى تفثه فدل على ان الوقوف يصح في الموضع علم او لم يعلم ه
قال وان وقف بعرفة في غير هذا الوقت فوقوفه وغير وقوفه سوا لانها عبادة موقتة فاذا فعلها في غير وقتها
لم يقع موقع المامور به كساير العبادات ه الا ان يلتبس على الناس هلال ذي الحجة فيقفون بعدما اكملوا عدة ذي القعدة
ثم تبين ان ذلك اليوم كان يوم النحر فوقوفهم صحيح وحجهم تام وهذا استحسان والقياس ان لا يصح وكذا اشتبه
عليهم فوقفوا يوم التروية لم يجزهم كذلك هذا في يوم النحر انما استحسنوا لقوله عليه السلام يوم حجكم يوم تحجون فجعل يوم
الحج الوقت الذي تفعل الجماعة فيه الحج ه واما اذا وقفوا يوم التروية لم يجزهم لانهم ادوا العبادة قبل وجوبها ووجود
سبب وجوبها فلم يجز كمن صلى قبل الوقت باشتباه ه وقد قال محمد انه اذا شهد عند الامام شاهدان في عشية عرفة
برؤية الهلال فان كان لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع عامة الناس لم يعمل على الشهادة ووقف من الغد بعد
الزوال وذلك لانهم اذا شهدوا وقد تعذر الوقوف على الجماعة كانهم شهدوا بعد الوقت ه وان كان الامام
يلحق الوقوف قبل الفجر مع عامة الناس الا انه لا يدرك ذلك ضعفة الناس فان وقف جاز وان لم يقف فقد
فاته الحج لانه ترك الوقوف في وقته مع العلم والقدرة والمعتبر قدرة الاكثر وليس المعتبر بالاقل ه قال محمد
وان اشتبه على الناس فوقف الامام والناس يوم النحر وقد كان من وقف يوم عرفة من راى الهلال لم يجزه وقوفه
وكان عليه ان يعيد الوقوف مع الامام لان يوم النحر صار يوم حج في حق الجماعة ووقت الوقوف لا يجوز ان يختلف
فلا يعتد بما فعله الواحد ه وكذلك اذا اخر الامام الوقوف بمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز لمن وقف قبله
وهذا ان الامام يشهد عنده شاهدان بهلال ذي الحجة فرد شهادتهما لانه لا علة بالسما لان الامام اخر بسبب
يجوز له العمل عليه في الشرع فصار كالمؤخر بالاشتباه ه وقد قال مالك ان من وقف بعرفة نهارا ولم يقف
جزا من الليل لم يجز حجه وهذا خطا لقوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف وقد كان وقف قبل ذلك بعرفة
ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وقضى تفثه ولانه نسك فلا يختص بالليل كساير المناسك

باب الدفع من عرفة قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله

واذا غابت الشمس من يوم عرفة دفع الامام والناس معه وتربيتا هذا قال وينبغي للناس ان يدفعوا وعليهم السكينة حتى ياتوا
المزدلفة وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه لما افاض من عرفة كان عليه السكينة واوضع في وادي محسر وروي انه قال ايها
الناس ليس البر في ايجاف الخيل ولا في ايضاع الابل على هينتكم ولانه متوجه الى الصلوة الا ترى انهم يقصدون الى موضع
ليصلوا فيه المغرب وقد قال عليه السلام اذا اتيتم الصلوة فلا تاتوها وانتم تسعون واتوها وعليكم السكينة والوقار ه وان ابطا
الامام بالدفع وتبين للناس الليل دفعوا قبل الامام لان وقت الدفع قد حصل فاذا اخر الامام فقد ترك السنة فلا
يجوز للناس تركها ه قال فان دفع احد قبل الامام وقبل غروب الشمس فمضى حتى جاوز عرفة قبل ان يدفع الامام
فعليه دم وقال الشافعي لا شي عليه لنا ان الوقوف في جزء من الليل واجب بدلالة ان رسول الله وقف حتى دخل الليل
وفعله بيان ولانه قال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج واذا كان الوقوف بالليل واجبا فاذا تركه فعليه دم كساير
الواجبات ه فان عاد الى عرفة قبل ان يدفع الامام فقد استدرك المتروك من جنسه فيسقط عنه الدم وان عاد بعد
ما دفع الامام من عرفة فقد ذكر ابن شجاع عن ابي حنيفة ان الدم يسقط عنه ايضا وهو الصحيح لانه استدرك المتروك
واذا جا الامام المزدلفة وهي المشعر الحرام وهي التي اذا افضت من مازمي عرفة الى بطن محسر فانزل حيث
شيت عن يمين الطريق ويساره ولا ينزل على جواد الطريق فتوذي المار وذلك لقوله عليه السلام مزدلفة كلها موقف
وارتفعوا عن محسر فاما النزول على الطريق فهو ممنوع منه بالمزدلفة وغيرها لانه يقطع الناس عن الاجتياز ه قال
ثم يوذن المؤذن ويقيم فيصلي الامام المغرب بالناس ثم العشا باذان واحد واقامة واحدة وقال الشافعي

باقامه اقامه وقال زفر باذان واقامتين لنا ما روى عمر وخزيمه بن ثابت ان النبي صلى الله عليه صلاها باذان واقامه ولانهما
صلاتان جمعهما وقت واحد والثانيه منهما فعلت في وقتها كالعشاء والوتر وجه قول زفر ما روي ان النبي صلى الله عليه
صلاهما باقامتين وهذا يحتمل ان يكون باذان واقامه فسمي الاذان اقامه كما سمي النبي عليه السلم الاقامه اذانا بقوله بين كل
اذانين صلوه ٥ ولا يتطوع بينهما لان النبي عليه السلم لم يتطوع ولان التشاغل بالفرض اولى من التشاغل بالتطوع ٥ فان تطوع بينهما
او تشاغل بشي اعاد الاقامه لان الصلوه الثانيه انقطعت عن الاعلام الاول فوجب ان يعيد الاعلام ٥ ومن صلى المغرب
والعشا وحده اجزاه والسنه ان يصلي مع الامام وذلك لانه لا يسقط بالصلوه مع الامام فرض فرضها فاذا صلاها
وحده جاز كسائر الصلوات ٥ والافضل ان يصليها مع الامام لان الجماعه اولى من الفرادي ٥ فاذا اصبح صلى الامام الفجر
من يوم النحر بغلس ووقف بالناس ووقفوا وراه ومعه وان استطاعوا ان يكون موقفهم على الجبل الذي عليه
الميقده وهو الجبل الذي يقال له قزح فليفعلوا ويدعوا الله ويرفع يديه يستقبل بهما وجهه بسطا ٥ وانما
قدم الامام الفجر اول وقتها بغلس لحديث ابن مسعود قال ما صلى رسول الله صلى الله عليه صلوه لغير ميقاتها الا صلوه
عرفه وصلوه الفجر بجمع وصلوه الفجر يومئذ فانه صلاها قبل ميقاتها بغلس ولانه اذا قدم الصلوه استدرك فضيلة الوقوف
وذلك لا يستدرك في غير هذا اليوم فكان افضل من فضيلة الاسفار التي تستدرك في كل يوم ٥ فاما الوقوف
بعد الصلوه فهو واجب عندنا وليس بركن وقال الليث هو ركن والدليل على وجوبه قوله عليه السلم من وقف معنا
هذا الموقف وصلى معنا هذه الصلوه وقد كان وقف قبل ذلك بعرفه فقد تم حجه فعلق تمام الحج بالوقوف بالمزدلفه
ولانه وقف وفعله بيان فاما الدليل على انه ليس بركن فقوله عليه السلم الحج عرفه فمن ادرك عرفه فقد ادرك الحج ولانه
عليه السلم قدم ضعفه اهله ولو كان ركنا لم يجز تركه للعذر ولانه نسك متكرر فلا يكون جميعه ركنا كالطواف ٥ ثم
يدفع الامام قبل ان تطلع الشمس وذلك لان النبي عليه السلم قال ان الجاهليه كانت تعرف من هذا المقام والشمس على روس
الجبال فخالفوهم فافاض قبل طلوع الشمس وكانت الجاهليه تقول بالمزدلفه اشرق ثبير كيما نغير فخالفهم رسول
الله ٥ قال ومن لم يحصل له كون بعد طلوع الفجر قبل ان تطلع الشمس بالمزدلفه ممن لا عذر له فعليه دم وذلك
لما بينا انه واجب وترك الواجب بغير عذر يوجب الكفاره ٥ وان كانت به عله او عذر من ضعف يخاف عليه الزحام
فلا باس ان يتعجل بليل ولا شي عليه وذلك لان النبي عليه السلم قدم ضعفه اهله ولم يامرهم بكفاره وكل نسك ابيح تركه
لعذر لم يجب بتركه شي كطواف الصدر للحائض ٥ قال ومن حصل له كون بعد طلوع الفجر او قبل طلوع الشمس
ولم يكن بها في شي من الليل فلا دم عليه وذلك لان البيتوته انما يحتاج اليها للوقوف فاذا ادرك الوقوف لم يلزمه
شي ٥ قال وعلى اي وجه حصل الحاج بالمزدلفه اجزاه وذلك لانه وقوف واجب فلا يقف على العلم كالوقوف بعرفه ٥ ومن
صلى المغرب قبل ان ياتي جمعا ممن يمكنه ان ياتي جمعا قبل طلوع الفجر لم تجزه صلوته في قول ابي حنيفه ومحمد وزفر والحسن وقال
ابو يوسف يجزيه وقد اسا وجه قولهم ما روي ان النبي صلى الله عليه نزل في الطريق فقضى حاجته فقال له اسامه الصلوه
يا رسول الله فقال الصلوه امامك وروي المصلي امامك وهذا يدل على انه لا يجوز فعلها في الطريق ولانها قربه اختصت بمكان
لاجل النسك فكان فعلها فيه واجبا كالرمي والطواف ولانه يجوز تاخيرها عن وقتها وهو افضل عندهم ولا يخلوا ان يكون
التاخير لانه لا يجوز تقديمها او لاتصال السير واتصال السير ليس بفرض ولا سنه فلا يترك له الفرض فلم يبق الا
ما قلنا وجه قول ابي يوسف انه ادى الصلوه في وقتها فجاز كغير ليله المزدلفه ولانه رخص لهم في التاخير لمنفعه
السير فاذا لم يترخص جاز ٥ فاما اذا كان يخشى ان يطلع الفجر قبل ان يصير الى المزدلفه صلى المغرب لانه اذا طلع الفجر
فات وقت الجمع فيجب عليه ان يقدم الصلوه قبل الفوات ٥ فان كان لا يخشى الفوات لاجل ضيق الوقت لكنه عن
الطريق ضل يخاف ان يطلع الفجر قبل ان يصلي لم يصل حتى يخاف طلوع الفجر لان الوقت باق ويجوز ان يصل فكان
عليه تاخير الصلوه ٥ وكذلك ان صلى العشا الاخره في الطريق بعد دخول وقتها لم تجزه الا على الشرط الذي ذكرنا
في المغرب وذلك لانها مرتبه على المغرب فاذا لم تجز المغرب فما ترتب عليها اولى ٥

باب الدفع من مزدلفه قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله

ويدفع الامام من المزدلفه قبل طلوع الشمس فياتي منا فيرمي جمره العقبه بسبع حصيات ويقطع التلبيه
عند اول حصاه وذلك لما روي ان النبي عليه السلم لما اتى منا لم يعرج على شي حتى رمى جمره العقبه فاما قطع التلبيه
عندها فقد بينا وقد روي عن عبد الله بن مسعود انه رمى جمره العقبه بسبع حصيات من بطن الوادي يكبر مع
كل حصاه فقيل له ان اناسا يرمونها من فوقها فقال عبد الله وهذا والذي لا اله غيره مقام الذي انزلت عليه سوره
البقره ٥ وقال ابن عمر يرمي الجمره بسبع حصيات يتبع كل حصاه بتكبيره ويخبرهم ان النبي صلى الله عليه كان يفعل ذلك
وعن سالم بن عبد الله انه استبطن الوادي ثم رمى الجمره بسبع حصيات يكبر مع كل حصاه الله اكبر الله اكبر
اللهم اجعله حجا مبرورا وذنبا مغفورا وعملا مشكورا ثم قال حدثني ابي ان النبي صلى الله عليه كان يرمي جمره العقبه
من هذا المكان ويقول كلما رمى بحصاه مثل ما قلت ٥ وقد قالوا انه يرمي بمثل حصا الخذف لانه يروى ذلك
لما روي ان النبي عليه السلم جعل طرف ابهامه اليمنى على طرف السبابه وهو يقول مثل حصى الخذف ٥
وقال ابن عباس ائتني بسبع حصيات مثل حصى الخذف فاتاه بهن فجعل يقلبهن بيده ويقول مثلهن
لا تغلوا فانما هلك من كان قبلكم بالغلو في الدين ومتى ما رمى باكثر من ذلك لا باس ان يصيب

غير فيوذيه ٥ وقالوا انه اذا وقف للرمي جعل منا عن يمينه والكعبه عن يساره ويقوم منها
حيث يرى موضع حصاه قال واي شي رمى من الارض اجزاه حجرا كان او طينا وقال الشافعي لا يجزيه الا الحجر
لنا حديث عائشه ان النبي عليه السلم قال ان اول نسكنا في يومنا هذا الرمي ثم الذبح ثم الحلق وقال
ومن رمى وذبح وحلق فقد حل له كل شي الا النسا ولم يفصل ولان كل حكم تعلق بالحجر تعلق بغيرها
كالاستنجا ٥ قال ولا يقف عندها والاصل في ذلك ان كل رمي بعده رمي فانه يقف عنده وكل
رمي ليس بعده رمي لا يقف عنده لان النبي صلى الله عليه لم يقف عند جمره العقبه ووقف عند الجمرتين ولان
الرمي اذا ترتب على الرمي فما بينهما هو في خلال العباده فاتى بالدعا واذا لم يبق رمي فقد خرج من
العباده وقد روي عن ابراهيم بن الجراح انه قال دخلت على ابي يوسف في مرضه الذي مات فقال لي
ايما افضل ان ترمي الجمار ماشيا او راكبا فقلت ماشيا فقال اخطات فقلت راكبا فقال اخطات
كل رمي بعده رمي فالافضل ان ترميه ماشيا وكل رمي ليس بعده رمي فالافضل ان ترميه راكبا
ثم خرجت من عنده فسمعت الناعي قبل ان ابلغ الباب وهذا صحيح لان الرمي اذا كان بعده رمي
فمن سنته ان يقف عنده للدعا والماشي امكن في الوقوف والرمي الذي ليس بعده رمي فمن سنته
ان ينصرف ولا يقف والراكب اقرب الى الانصراف والذي روى جابر ان النبي صلى الله عليه رمى الجمار
راكبا فقد روي انه قال خذوا عني نسككم فلا ادري لعلي لا احج بعد عامي هذا فانما قصد ان يشاهده
الناس ويقتدوا به ٥ قال ولا يرمي يومئذ غيرها لان النبي صلى الله عليه لم يرم يوم النحر الا جمره العقبه
ويحلق ان كان مفردا وان كان قارنا او متمتعا ذبح ثم حلق او قصر اما المفرد فلا ذبح عليه فصار
كالعادي اذا ذبح واما القارن والمتمتع فيقدم الذبح على الحلق لقوله تعالى فاذا وجبت جنوبها
الى قوله ثم ليقضوا تفثهم فرتب قضا التفث على الذبح وروي ان النبي عليه السلام رمى ثم ذبح ثم دعا
بالحلاق فاشار الى شقه الايمن فحلقه وفرق شعره بين الناس ثم اشار الى الايسر فحلقه
واعطاه ام سليم ثم ذبح ٥ وروي انه قال اول نسكنا في يومنا هذا الرمي ثم الذبح ثم الحلق ٥
واما قوله ان شا قصر والحلق افضل وقد تكلمنا عليه في المسح ٥ فاما اذا كان من الغد وهو اليوم
الاول من ايام التشريق رمى الجمار الثلث جميعا بعد الزوال يبدا بالتي عند المسجد ثم التي تليها
ثم بجمره العقبه ويقف عند الجمرتين الاوليين ولا يقف عند جمره العقبه ويرفع يديه عند الدعا
عندهما بسطا وذلك لما روي ان النبي عليه السلم رمى في ايام التشريق الجمار الثلث فابتدا بالتي تلي
المسجد ووقف عند الجمرتين واما رفع اليدين فلقوله صلى الله عليه لا ترفع الايدي الا في سبعه
مواطن وذكر عند الجمرتين ٥ قال وكذلك يفعل في اليوم الثاني واذا رمى في اليوم الثاني فله ان
ينفر من منا ان احب لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه ٥ فاذا
اقام ولم ينفر رمى في اليوم الثالث قال اصحابنا له ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا
طلع الفجر من اليوم الرابع لم يجز له النفر حتى يرمي وقال الشافعي اذا غربت الشمس لم يجز له النفر لنا
انه وقت لا يجوز فيه الرمي عن اليوم الرابع فجاز فيه النفر [illegible] قبل غروب
الشمس ٥ فاما الكلام في وقت الرمي فان يوم النحر يدخل وقت الرمي حين يطلع الفجر وقال
الشافعي يدخل وقت الجواز بنصف الليل ويجب الرمي اذا طلعت الشمس وقال الثوري لا
يجوز الرمي ما لم تطلع الشمس اما على الشافعي فلان النبي عليه السلم قدم ضعفه اهله وقال
لا ترموا جمره العقبه حتى تطلع الشمس وروي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه قدم اغيلمه بني عبد المطلب
على حمر لهم وجعل يلطخ افخاذهم بيده وقال ابيني لا ترموا جمره العقبه حتى تطلع الشمس ولانه
وقت للوقوف بعرفه فلا يجوز فيه الرمي كالنصف الاول من الليل ٥ واما على
الثوري فلما روي انه صلى الله عليه قال لضعفه اهله لا ترموا جمره العقبه الا مصبحين ولانه خرج وقت
الوقوف فجاز له الرمي كما بعد طلوع الشمس ٥ وقد قال ابو حنيفه ان وقت الرمي يوم النحر ممتد
الى غروب الشمس وفي ذلك الحسن وقال ابو يوسف الى وقت الزوال وما بعده قضا وجه
قول ابي حنيفه انه يوم من ايام الرمي فامتد وقته الى غروب الشمس كسائر الايام وجه
قول ابي يوسف ان الرمي في هذا اليوم ملحق في النصف الاول من النهار لم يلزم الثاني وقتا الا ترى ان
سائر الايام لما كان النصف الثاني وقتا لم يجز في النصف الاول ٥ وقد قال اصحابنا اذا اخر الرمي الى
الليل رماه ولا شي عليه وان اخره الى الغد رماه وعليه الدم وقال الشافعي في احد قوليه اذا غربت
الشمس فات ووجبت عليه الفديه وفي القول الاخر لا تفوت الا في اخر ايام التشريق لنا
انه يوم يجب فيه الرمي فاذا اخره الى غد وجب عليه الدم كاليوم الرابع فاما على القول الاخر
فلانه نسك موقت لم يجب عليه دم كالوقوف واما اليوم الاول
والثاني من ايام التشريق فلا يدخل وقت الرمي في الروايه المشهوره الا بزوال الشمس وذكر

الجاكرية المستغنى فقال كان ابو حنيفة يقول الافضل ان يرمي في اليوم الثاني والثالث بعد الزوال فان
رمي قبله جاز وجه الرواية المشهورة ما روي في حديث جابر ان النبي صلى الله عليه رمى الجمرة يوم النحر ضحى
ورمى في بقية الايام بعد الزوال وجه الرواية الاخرى انه يوم من ايام الرمي كيوم النحر ٥ واما
اليوم الرابع فقال ابو حنيفة يجوز قبل الزوال وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وجه قوله ما روي
عن ابن عباس انه قال اذا انتفخ النهار من اخر ايام التشريق جاز الرمي ولان وقت الرمي يزيد على نصف
يوم كسائر الايام ولانه وقت لا يحل له النفر فيه فكان وقتا للرمي كما بعد الزوال وجه قولهما
حديث جابر ولانه رمي قبله رمي فصار كاليوم الثاني والثالث ٥ وقد قال اصحابنا انه يأخذ حصى
الجمار من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان اخذ من المزدلفة اخذ ليوم النحر خاصة وذلك لان
النبي عليه السلام قال لابن عباس ايتني بسبع حصيات ولم يعين له موضعا دون موضع وانما كره ان يأخذ
من عند الجمرة لما روي ان ما تقبل من الحصى رفع وما لم يتقبل بقي فيكره ان يرمي بما لم يتقبل ٥ فان رمى
بحجر من الجمرة جاز وقال مالك لا يجوز لنا ان الرمي لا تتغير صفة الحجر فجاز به الرمي كالابتداء والعجب
من مالك حيث جوز الوضوء بالماء المستعمل لبقاء اسم الماء ومنع الرمي بالحجر وان كان الرمي لا يغير
صفته ٥ قال واذا رمى جمرة العقبة حلق ان كان مفردا وان كان قارنا او متمتعا ذبح ثم حلق وقد
حل له كل شيء حرم عليه الا اتيان النساء وقال مالك الا النساء والطيب وقال الليث الا النساء والطيب
والصيد وجملة هذا ان الحج له احلالان الاحلال الاول بالحلق يحل به من كل شيء الا النساء والاصل في ذلك
ما روي في حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه قال فمن رمى ثم ذبح ثم حلق فقد حل له كل شيء
الا النساء ولان الطيب والصيد لا يفسد الاحرام ولا هو من توابع ما يفسد الاحرام فحل بالاحلال الاول
كاللبس ٥ وقد قال الشافعي انه يحل له بالحلق الوطء فيما دون الفرج والمباشرة وهذا خطأ والدليل
عليه قوله عليه السلام الا النساء وهذا عام ولان كل معنى حرم معه الوطء في الفرج حرم معه الوطء فيما
دون الفرج كالطهارة ٥ واما الاحلال الثاني فيقع بطواف الزيارة من النساء وذلك لانه لم
يبق ركن من اركان العبادة فزال ما حظر فيها ٥

باب طواف الزيارة ٥

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله واذا حلق يوم النحر بعد الرمي طاف طواف الزيارة في يومه او الغد او
او بعد الغد والاصل فيه ما روى عطاء ان النبي صلى الله عليه افاض وطاف ثم عاد الى منى وصلى
الظهر وروى طاوس ان النبي عليه السلام افاض ليلا ولا تنافي بين الخبرين لانه روي ان النبي عليه السلام كان يأتي
مكة في ليالي منى مستترا فيطوف بالبيت فيجوز ان يكون من روى انه افاض بالليل نقل ما عرفه
ولم يعرف انه افاض نهارا ٥ قال الشيخ وجملة هذا ان اول وقت طواف الزيارة طلوع الفجر من يوم
النحر وقال الشافعي اذا انتصف الليل من ليلة النحر لنا انه وقت الوقوف بعرفة فلا يكون وقتا
للطواف كالنصف الاول ولانه وقت لو كان في الحج فلا يكون وقتا لركن اخر عقيبه تابع له كيوم النحر ٥ واما
اخر وقت الطواف فايام التشريق فان اخره عنها فعليه دم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد لا شيء عليه وبه قال الشافعي له انه نسك يجب تعلقه في احرام الحج فوجب ان يكون موقتا
كالرمي ولانه ركن في الحج فوجب ان يتوقت اخر فعله كالوقوف ولانه نسك [illegible] غير
تابع لغيره فاذا اخره عن ايام التشريق جاز ان يلزمه دم كرمي الجمار ٥ وجه قولهما ما روي ان النبي عليه السلام
ما سئل عن شيء اخر او قدم الا قال افعل ولا حرج ولانه لو توقت لسقط بمضي الوقت كالوقوف
قال والافضل هذه الايام اولها لان النبي صلى الله عليه طاف في اليوم الاول ولانه تتعجل التحلل فليسقط
عن نفسه وجوب الكفارة بالوطء فكان اولى ٥ قال فان اخر ذلك فعليه دم لتأخير الطواف
ودم لتأخير الحلق فان اخر احدهما فعليه دم اما تأخير الطواف فلانا قد بينا انه موقت بهذه
الايام فاذا اخره عنها دخله نقص فجبر بالكفارة وكل من اوجب فيه الجبران قدره بالدم وعلى
قولهما لا يتوقف بهذه الايام ففي اي وقت فعله لم يلزمه شيء ٥ واما الحلق فقال ابو حنيفة
يختص بزمان وهو ايام النحر وبمكان وهو الحرم فان اخره عن هذه الايام او فعله في الحل فعليه دم
وقال ابو يوسف يختص بزمان ولا يختص بمكان وقال محمد يختص بمكان ولا يختص بزمان وقال
زفر يختص بزمان ولا يختص بمكان وجه قول ابي حنيفة انه نسك في حال الاحرام غير تابع لغيره
فاختص بمكان وزمان كالرمي والوقوف والطواف وجه قول ابي يوسف ان النبي عليه السلام
ما سئل عن شيء اخر او قدم الا قال افعل ولا حرج واما [illegible] لانه لو اختص بمكان لم يقع موقع التحلل
اذا فعل في غيره كسائر المناسك واما محمد فقال انه يختص بمكان لانا لم نجد المناسك المفعولة في حال
الاحرام يختص جميعها بمكان فكذلك هذا النسك ولا يختص بزمان لانه احد ما يقع به التحلل [illegible]
على اصله واما زفر فقال ان [illegible] الحلق للخروج من العبادة فهو كالاحرام الموضوع للدخول فيها

ومعلوم ان الاحرام موقت في الشرع بزمان وليس مختص بالحرم فكذلك الحلق الذي يقع به الخروج
قال فان كان سعى حين قدم مكة لم يعد السعي في طواف الزيارة ولم يرمل لان السعي لا يتكرر فعله
في الاحرام فاذا فعله وقع موقعه واما الرمل فقد بينا انه يفعل في كل طواف بعده سعي فاذا
قدم السعي لم يرمل في طواف الزيارة وان لم يقدم السعي رمل في طواف الزيارة وسعى لان هذا الوقت
وقت للسعي وانما رخص في تقديمه فاذا لم يترخص فعله في موضعه ٥ قال واذا طاف طواف
الزيارة رجع الى منى ولم يقم بمكة ولم يبت بها فان فعل ذلك كره لان النبي صلى الله عليه افاض فطاف وعاد
الى منى فبات بها وروي ان العباس سال رسول الله صلى الله عليه ان يرخص له في البيتوتة بمكة ليالي
منى لاجل السقاية فرخص له في ذلك ٥ وقد قال اصحابنا اذا بات بمكة فقد اساء ولا شيء عليه وقال
الشافعي ان بات ليلة فعليه مد وان بات ليلتين فعليه مدان وان بات ثلثا فعليه دم لنا ان
البيتوتة ليس مقصودا بنفسها وانما يفعل لما يقع في الغد من النسك فاذا تركها لم يلزمه كفارة
كالبيتوتة بمنى ليلة عرفة ٥ قال واذا نفر في النفر الاول او الثاني كره ان يقدم ثقله قبل ان ينفر
لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال من قدم ثقله فلا حج له ولانه اذا قدم اشتغل قلبه به ولم يتلبث
في الرمي والدعاء ٥ قال واذا نفر الى مكة ولم يذكر ابن يزيد بها وقال اصحابنا ان الافضل ان
ان ينزل اذا افاض بالمحصب وعن ابن عباس انه قال انما هو منزل نزله يعني النبي وليس بنسك
والدليل على انه نسك قول رسول الله صلى الله عليه انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث
تقاسم فيه المشركون على شركهم والخيف هو المحصب وهو الابطح وقد كانت قريش اجتمعت
فيه وتحالفوا على بني هاشم وعلى رسول الله صلى الله عليه فاخبر انه ينزل لمخالفتهم وما فعل على وجه
المخالفة في المناسك فهو نسك كالنفر من عرفة بعد غروب الشمس ٥ قال واذا اراد ان يخرج
طاف طواف الصدر لا يرمل فيه ولا يسعى وذلك لقوله صلى الله عليه من حج هذا البيت فليكن اخر
عهده به الطواف ورخص للنساء الحيض ولان هذا الطواف جعل توديعا للبيت كما جعل
طواف القدوم تحية البيت ٥ ولا يرمل فيه لانه لا سعي بعده ولا يسعى بعده لان السعي لا يتكرر
وان طاف من طواف الزيارة اربعة اشواط او طاف كله جنبا او على غير وضوء ثم جامع بعد ان حلق
او قصر فلا شيء عليه للجماع وان كان قبل الحلق فعليه دم قال الشيخ وجملة هذا ان الطائف بالبيت
يجب ان يكون ساترا للعورة طاهرا من الحدث والنجس وذلك لقوله صلى الله عليه الطواف بالبيت
صلوة فاقلوا فيه من الكلام ولانها عبادة تتعلق بالبيت فكانت الطهارة معتبرة فيها كالصلوة ٥
فان ترك الطهارة جاز طوافه عندنا وقد اساء وقال الشافعي لا يعتد بطوافه وتكلم اصحابنا المتاخرون
في ان الطهارة واجبة ام سنة فقال ابن شجاع انها سنة وكان ابو بكر الرازي يقول انها واجبة والدليل
على ان الطهارة ليست بشرط انه ركن من اركان الحج فلم تكن الطهارة من شرطه كالوقوف ولانها عبادة
لا يبطلها الحدث العمد فلا تكون الطهارة من شرطها كالاعتكاف واذا ثبت ان الطهارة ليست من شرطها
وجب بتركها الكفارة لان القائل في المسئلة قائلان اما من قال لا يعتد بالطواف او من قال انه يجبر
بالكفارة ولانه منهي عن ترك الطهارة فاذا تركها دخل نقصا فجبر بالكفارة ٥ فاما صفة الكفارة
فان طاف جميع الطواف او اكثره محدثا فعليه شاة لان الحدث نقص يسير فهو كترك شوط منه ٥
وان طاف جميعه او اكثره جنبا فعليه بدنة لما روي عن ابن عباس انه قال لا تجب البدنة في الحج الا في
موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن وطئ بعد الوقوف بعرفة ولان النقص بالجنابة نقص
كثير لانه ممنوع من الطواف لاجل الحدث وممنوع من الكون في المسجد مع الجنابة فزاد النقص
على نقص الحدث فاحتاج الى زيادة جبران وكل من اوجب الزيادة قال فيه بدنة ٥ واما ما ذكره ابو بكر
فقد استدل عليه بايجاب الكفارة وقال لو لم تكن الطهارة واجبة لم يجب بتركها كفارة ٥ واما من
قال انها مسنونة فيقول لا يمتنع ان تكون سنة ويجب بتركها دم كما قال محمد فيمن افاض من عرفة
قبل الامام انه قد ترك سنة الدفع فاوجب عليه الدم واذا ثبت ان الطهارة ليست بشرط فوقع الطواف
موقع المستحق موقع التحلل من النساء فلم يلزمه بالوطء شيء واما اذا طاف ولم يحلق حتى جامع فعليه
دم لان الاحرام باق في الوطء اذا صادف الاحرام اوجب الكفارة وانما لم يلزمه البدنة لانه وطئ بعد
ارتفاع حظر الوطء فلم يصادف وطئه احراما كاملا فلزمه شاة كالوطء قبل الوقوف ٥ واما اذا
طاف اربعة اشواط فقد تحلل لان الركن عندنا اكثر الطواف فاذا طاف ثلثة اشواط واكثر الشوط الرابع
فقد تحلل وقال الشافعي لا يتحلل الا بتمام الاشواط لنا ان ما يقع به التحلل يقوم اكثره مقام جميعه كالذبح
اذا لم يستوف قطع العروق الا اربعة ولانه احد الركنين فجاز ان يقوم الاكثر منه مقام جميعه كالوقوف
او نقول ان الشافعي [illegible] الطواف فاذا اتى به وقع التحلل
فلا يلزمه بالوطء الكفارة ٥ وعليه ان يعيد الاشواط [illegible] رمي الجمار ٥

لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت وهو على كل شي قدير آيبون تائبون عابدون حامدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ه قال ومن نفر ولم يطف فانه يرجع ما لم يجاوز المواقيت واذا ذكر بعد ان جاز لم يرجع وان رجع رجع بعمرة وانما رجع قبل المجاوزة لانه ترك طوافا واجبا فكان عليه ان ياتي به ٥ واما اذا جاوز فلانه لا يقدر على العود الا بتجديد عمرة واقامة الدم مقام الطواف من غير التزام الاحرام اولى ٥ فان عاد بعمرة ابتدا طوافها وذلك لانه يتعين عليه بالاحرام فكان الابتدا به اولى ٥ فاذا فرغ منه طاف طواف الصدر لانه مستحق عليه ٥ واما على قول الحسن في العمرة توجب طواف الصدر فان عاد بعمرة وقع طواف الصدر للعمرة وسقط ما كان للحج فلزمه دم لتركه ٥ فان لم يطف للصدر بعد ما رجع فعليه دم ان على اهله لانه ترك الطواف للاحرامين ه وقد قالوا فيمن طاف للصدر وتشاغل بمكة بعده فليس عليه طواف قال ابو يوسف وقال اهل مكة نعيد طوافا آخر ما حب الي ان يطوف آخر عهده بالبيت فاما تاويل اهل مكة للحج فليس بصحيح لان قوله صلى الله عليه فليجعل آخر عهده به الطواف محمول على انه آخر هنا سكه بالبيت وليس على آخر مقامه وروي الحسن عن ابي حنيفة قال اذا طاف للصدر ثم اقام الى العشي فاحب الي ان يطوف طوافا آخر ليكون قد ودع البيت عند نفره

باب الطواف يقدم بعضه على بعض

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله الطواف الذي يفعل للاحرام اربعة طواف القدوم وهو سنة وليس بواجب وطواف الزيارة وهو فرض وطواف الصدر وهو واجب وليس من طواف الزيارة والرابع طواف العمرة فاما طواف القدوم فهو سنة وقال مالك واجب لنا انه مفعول في الاحرام فلو كان واجبا لكان من موجب الاحرام وموجب الاحرام لا يختلف فيه اهل مكة وغيرهم فلما لم يجب على اهل مكة دل انه لا يجب على غيرهم وليس كذلك طواف الصدر لانه يفعل بعد الخروج من الاحرام فلا يكون من موجبه فلذلك جاز ان يختلف فيه اهل مكة وغيرهم ه واما طواف الزيارة فهو ركن لا يتم الحج الا به لقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق وقد اجمعوا على ان المراد به طواف الزيارة ه واما طواف الصدر فهو واجب عندنا وقال الشافعي سنة لنا انه طواف يفعل بعد الوقوف بحكم الشرع كطواف الزيارة ه واما طواف العمرة فهو ركن فيها لانها احد الاحرامين فكان فيه طواف هو ركن كالحج ٥ قال واذا كان على الحاج او المعتمر شي من هذه الاطواف ايها كان فكل طواف يقع به وقت منها فانما يقع للذي عليه من الاحرام دون غيره نوى ذلك او لم ينوه وطوافه الاول عن الاول وان نوى الثاني ولا تعمل النية في تقديم ذلك ولا تاخيره مثال المحرم بالعمرة او بالحج اذا قدم مكة فطاف لا ينوي شيئا او نوى التطوع فان ذلك ان كان محرما بعمرة يقع للعمرة وان كان بحجة يقع لطواف القدوم وكذلك القارن اذا طاف فطوافه للعمرة او لم للحج وان طاف لا ينوي شيئا او طاف ينوي تطوعا فهو للعمرة وان طاف طوافا آخر قبل ان يسعى لا ينوي شيئا او نوى تطوعا كان ذلك للحج وكذلك طواف الصدر وطواف الزيارة اذا نفر النفر الاول فطاف طوافا لا ينوي شيئا او نوى تطوعا فهو للزيارة وان طاف بعد ذلك تطوعا او لا ينوي شيئا فهو طواف الصدر وذلك لان الطواف مستحق في وقته ومن شرطه النية دون التعيين فاي طواف اتى به وقع عن مستحقه ولم يقع عن غيره كمن صام شهر رمضان بنية النفل وكمن رد الوديعة وهو يقصد الهبة وليس كذلك اذا طاف لا ينوي الطواف هاربا من سبع او طالبا الغريم لانه لم يقصد القربة بطوافه فلا يقع موقع القربة ه وقد فرق بين الطواف والوقوف فقالوا لا يصح الطواف الا بنية الطواف وان لم يفتقر الى التعيين ويعتد بالوقوف من غير نية والفرق بينهما ان الوقوف ركن يقع به نفس الاحرام فنية الحج تشتمل عليه فلا يفتقر الى تجديد نية كركوع الصلوة واما الطواف فيقع خارج العبادة فلا تشتمل عليه نية الاحرام فلذلك افتقر الى النية ه قال ابو حنيفة ومحمد لا ينبغي ان يجمع بين اسبوعين ولا يصلي بينهما فان فعل صح ويكره وقال ابو يوسف لا يكره الجمع اذا انصرف عن وتر وجه قولهما ان الركعتين مرتبة على الطواف فيكره ان يفصل بينهما كما يكره ان يفصل بين الطواف والسعي ولانها مرتبة على الطواف فصارت كبعض اشواطه ولانه لو جاز الجمع استوى ان ينصرف عن شفع او وتر لانه مؤخر للصلوة في الحالين وجه قول ابي يوسف ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تجمع الاطواف ولانه اذا انصرف عن وتر وقعت الصلوة في موضعها لانها في الاصل تفعل عقيب اشواط وتر فاذا انصرف عن شفع فانه يفعلها في غير موضعه فيكره وانما قلنا انه اذا فعل ذلك صح الطواف لان الفصل بين الطواف والصلوة بطواف آخر كالفصل بينهما بحدث او صلوة فلما لم يمنع ذلك صحة الطواف فكذلك هذا ه

باب الرجل يطوف جنبا او على غير وضوء

فان جامع بعد الوقوف قبل ان يطوف فعليه بدنة وقال الشافعي يفسد حجه لنا ان وطيه صادف احراما تاما كما لو كان الوطي بعد الرمي ولانه ممنوع من الوطي لاجل الطواف الا ترى انه اذا طاف حل له النسا فلا يخلوا اما ان يفسد حجه لاجل الطواف او لاجل الرمي ولا يجوز ان يكون لاجل الطواف لانه لو جامع بعد الرمي لم يفسد حجه وان كان الوطي محرما لاجل الطواف ولا يجوز ان يكون لاجل الرمي لان ترك الرمي لا يمنع من جواز الحج فافساده بالوطي اولى وينعكس ذلك الوطي قبل الوقوف لانه لم يصادف احراما تاما الا ترى ان عندهم يجوز ان يتغير بما وقع عليه اذا بلغ الصبي او اعتق العبد وعندنا يجوز ان يتحلل عنه بعمل عمرة اذا فاته فلذلك لم يلزمه الكفارة المتاكدة ولانه بوطيه يفسد الوقوف فصار كترك الوقوف وذلك يمنع من جواز الحج واذا ثبت ان وطيه لا يفسد الحج فعليه بدنة لان القايل اثنان احد قايلين اما من افسد الحج او من جوزه واوجب البدنة والحديث ابن عباس الذي قدمناه ٥ قال فان جامع جماعا آخر فعليه شاة مع البدنة لان الجماع الثاني صادف حرمة قد ضعفت بالجماع الاول والحرمة اذا لم تتاكد لم يتاكد الكفارة ه قال فان جامع الثاني على وجه الرفض فلا دم عليه للثاني لان الوطين وقعا على جهة واحدة فصار كالوطين في مجلس واحد ه قال فان لم يطف طواف الزيارة حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود باحرامه وهو محرم من النسا ابدا حتى يعود ويطوف ولا تجزيه من ذلك بدنة لان الطواف ركن واركان الحج لا يقوم غيرها مقامها كالوقوف بعرفة واذا بقي وجوب الطواف فبقاؤه يمنع التحلل وكذلك ان طاف ثلثة اشواط لان الاقل من الاشواط لا يقوم مقام الجميع بالاجماع فكانه لم يطف ٥ فان كان طاف جنبا او على غير وضوء وكان طاف اربعة اشواط ثم رجع امر ان يعود اذا طاف جنبا باحرام مستقبل حتى يعيد الطواف وذلك لان الجنابة نقص كثير في الطواف فامر بالعود كترك الاكثر من الاشواط ٥ وانما عاد باحرام لان التحلل عندنا وقع بالطواف مع الجنابة والحلال لا يجوز له دخول مكة الا بالاحرام ٥ فان لم يعد وبعث بدنة جاز لما قدمنا انه يقوم مقام النقص بالجنابة ٥ الا ان الافضل العود لانه نقص كثير واما اذا طاف محدثا او طاف اربعة اشواط فان عاد فطاف جاز لانه يجبر النقص بجنسه وان بعث شاة جاز لانه نقص يسير والافضل ان لا يعاد الى اهله ان يبعث بالشاة لانه نقص يسير فهو يجبر النقص ويقع الفقرا ويسقط عن نفسه كلفة الرجوع ٥ وان كان بمكة فالافضل الاعادة لان جبر الشي بجنسه اولى من جبره بغير جنسه ٥

باب طواف الصدر

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله وعلى من قدم مكة حاجا ثم اراد الخروج عنها بعد قضا حجه ان يطوف طواف الصدر وذلك لقوله صلى الله عليه من حج هذا البيت فليكن آخر عهده به الطواف ٥ وليس على معتمر طواف الصدر وقال الحسن يلزمه ذلك لنا ان العمرة ركنها الطواف فلو اوجبنا فيها طواف الصدر لصار تبع النسك مثله وهذا لا يجوز ولانه ليس فيها طواف القدوم فلا يجب طواف الصدر لان كل واحد منهما طواف مثبت في الحج وليس بركن وجه قول الحسن انه لتوديع البيت والتوديع موجود في العمرة ٥ قال وليس على اهل مكة ولا من اهله المواقيت او دونها الى مكة طواف الصدر اذا حجوا لانه يجب لمفارقة البيت وتوديعه والمكي غير مفارق البيت واهل المواقيت في حكم اهل مكة في باب الاحرام ه قال ابو يوسف واحب الي ان يطوف المكي وذلك لانه تابع لافعال النسك وهذا الطواف موضوع لختم المناسك ه قال وليس على حايض ولا نفسا طواف الصدر ولا شي عليها لتركه لما روي ان النبي عليه السلام رخص للنسا الحيض في ذلك ولم يامرهن باقامة شي مقام ذلك وهذا اعتبرنا اصل في كل نسك جاز تركه للعذر انه لا يجب به كفارة ه قال ومن قدم مكة حاجا ثم نوى الاقامة بمكة ابدا اذا نوى ذلك قبل ان يحل له النفر الاول فاذا حل له النفر الاول ثم نوى الاقامة لم يسقط عنه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف تسقط اذا نوى الاقامة الا ان يكون قد ابتدا به وجه قول ابي حنيفة انه اذا حل له النفر فقد دخل وقت الطواف فنية الاقامة بعد دخول وقته ولا يؤثر في حكمه كنية الاقامة بعد خروج وقت الصلوة وجه قول ابي يوسف ان الطواف لا يتوقت فاذا نوى الاقامة مع بقاء وقته اشبه من نوى الاقامة في وقت الصلوة ه واما اذا شرع في الطواف فقد وجب عليه بالدخول فلا يجوز له تركه ٥ قال ابو الحسن عن ابي حنيفة ينبغي للانسان اذا نفر ان يطوف طواف الصدر حين يريد ان ينفر فياتي البيت فيستلم الحجر ويطوف به سبعا ثم ياتي المقام فيصلي عنده ركعتين ثم ياتي زمزم فيشرب من مائها ويصب على راسه ووجهه ثم ياتي الملتزم وهو بين الحجر الاسود والباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة يدعو ثم يخرج فيمضي الى اهله وقد بينا حكم طواف الصدر ٥ واما الشرب من ماء زمزم فقد روي عطا ان النبي عليه السلام لما افاض نزع هو بنفسه دلوا ولم ينزع معه احد فشرب ثم افرغ باقيه في الدلو في البير وقد كان النبي عليه السلام يلصق خده بالملتزم ويتعلق بالاستار ٥ واذا التزم فقد روي فيما ذكر في ذلك دعا موقت لان الادعية تاتي للانسان في قلبه احب وقد روي ان النبي عليه السلام لما خرج من مكة قال لا اله الا الله وحده

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله إذا طاف الرجل جنباً أو على غير وضوء أحد الأطواف التي ذكرناها أمرنا بالإعادة فإن أعاد فلا شيء عليه إلا أن يعيد طواف الزيارة في غير وقته وقد كان طاف جنباً فعليه الدم لتأخيره وذلك في قول أبي حنيفة ولا شيء عليه للتأخير عند أبي يوسف ومحمد وهذا على ما بينا أن الطهارة ليست بشرط في صحة الطواف فعدمها لا يمنع وقوعها مع النقص على اختلاف أصحابنا أنها واجبة أو سنة ويؤمر بالإعادة لأنه يجبر النقص بجنسه فهو أولى من جبره بغير جنسه فإذا طاف جنباً ثم أعاد فقد حكى أبو عبد الله البصري عن أبي الحسن أن الطواف الثاني جبران للأول وقال أبو بكر الرازي انفسخ الأول وصار الثاني هو الطواف واحتج أبو بكر من المذهب بما قال أبو حنيفة رضي الله عنه أنه إذا طاف بعد أيام التشريق وجب عليه دم ولو كان الطواف هو الأول وقد انجبر بالثاني لم يجب عليه دم كما لو جبره بالبدنة فلما وجب الدم دل على أنه فسخ الطواف الأول فكأنه لم يطف إلا بعد مضي الأيام قال وإنما كان كذلك لأن الطواف مع النقص الكثير يقع موقع الجواز إلى أن يعيده على الوجه المأمور به فإذا أعاده انفسخ المفعول مع النقص وإن كان لو اعتد به جاز كمن كبر وقام ولم يقرأ حتى ركع أن القيام معتد به بدلالة أنه لو مضى على هذه الركعة وقرأ في بقية الصلاة في ركعتين اعتد بها ولو عاد إلى القيام فقرأ وركع انفسخ القيام الأول والركوع وصار الثاني هو المعتد به بدلالة أن المدرك له فيه يعتد بالركعة فكذلك في مسئلتنا واحتج أبو عبد الله من المذهب بما قالوا فيمن دخل مكة بعمرة قبل أشهر الحج وطاف لها جنباً ثم أعادها في الأشهر ثم حج من عامه لم يكن متمتعاً ولو كان الطواف الأول انفسخ وصار طوافه الثاني صار متمتعاً لأنه جامع بين الحج والعمرة في أشهر الحج من غير إلمام وهذا لا دلالة فيه لأنهم لم يصححوا المتعة لا لما قاله لكن لما فرغ من الطواف قبل الأشهر على وجه لو اعتد به جاز أن يتعلق بسفره بطلان التمتع فلا يصير متمتعاً عند أبي حنيفة إلا بالعود إلى أهله وعندهما لا يصير متمتعاً إلا بالخروج إلى الميقات ولم يوجد واحد منهما واحتج أبو عبد الله أيضاً بأن الطواف مع الجنابة يقع موقع الجواز ووقع به التحلل بدلالة أنه لو لم يعده واقتصر على البدنة جاز فكيف ينفسخ بعد وقوعه موقع الجواز وهذا كمن طاف محدثاً ثم أعاد الطواف أن الطواف الثاني جبران وليس بفسخ والجواب أنه لما فعل الطواف مع النقص الكثير اعتد به مع المراعاة فلو لم يعده جاز فإذا أعاده انفسخ كالقيام بغير قراءة وأما إذا طاف محدثاً فالجواز قد حصل من غير مراعاة لأن النقص نقص يسير فصار كمن قرأ الفاتحة ولم يضم إليها سورة حتى ركع ثم قام وأعاد القيام والقراءة لم ينفسخ الأول بدلالة أن المدرك الثاني لا يعتد بالركعة وأما وجوب الدم على قول أبي حنيفة فعلى الأصل الذي بينا في تأخير الطواف عن الأيام لزمه دم وتأخير الجبران عنده كتأخير نفس الطواف قال فإن لم يعد فعليه لطواف الزيارة بدنة إذا طاف جنباً وإن كان على غير وضوء فعليه شاة وقد قدمنا ذلك وأما طواف العمرة إذا كان محدثاً فعليه شاة لأنه نقص يسير في كل شوط منها ولأنه طواف هو ركن كطواف الزيارة وإن طاف جنباً فالقياس أن يلزمه أكثر من شاة لأنه نقص كثير دخل في أكثر الأشواط فلا يجزي فيه الشاة وإنما استحسنوا لأن العمرة طواف وسعي وقد جاز أن تقوم الشاة مقام الطواف والسعي إذا تحلل بها فائت الحج وإذا قامت الشاة مقام كل العمرة فلأن تقوم مقام بعضها أولى وأما طواف الصدر إذا طاف جنباً فعليه شاة لأنه نقص كثير دخل في أكثر الأشواط وإن كان محدثاً فعليه في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة صدقة وهو الصحيح وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنه نقص يسير كترك شوط أو شوطين وقال في الرواية الأخرى عليه شاة لأنه طواف واجب كطواف الزيارة قال وإن طاف وفي ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم كره له ذلك ولا شيء عليه وإن طاف وقد انكشف من عورته قدر لا تجوز معه الصلاة أجزأه الطواف وعليه دم والفرق بينهما أن النجاسة لم تمنع منها لمعنى يختص بالطواف وإنما منع منها لأنه لم يؤمن تلويث المسجد وليس كذلك الكشف لأنه ممنوع منه لمعنى يختص بالطواف بدلالة قوله عليه السلم لا يطوفن بالبيت مشرك ولا عريان فإذا اختص النهي بالطواف أوجب نقصانه فكان عليه جبرانه وأجروه مجرى الحدث ولم يجروه مجرى الجنابة لأن النقص فيه من وجه واحد كالحدث والجنابة النقص فيها من وجهين على ما قدمناه قال محمد ومن طاف تطوعاً على شيء من هذه الوجوه فأحب إلي إن كان بمكة أن يعيد وإن كان قد رجع إلى أهله فعليه صدقة لأنه قد أدخل النقص في طواف قد أوجبه على نفسه إلا الذي طاف وعليه ثوب قذر فلا شيء عليه والأصل في ذلك أن ما يبتدئه من النوافل يصير واجباً بالابتداء فيه فيدخل في حكم الطواف الواجب فيكون عليه إعادته فإن لم يعد فعليه صدقة كما لو ترك شوطاً منه وإذا دخل فيه مع الجنابة فكذلك في النجاسة لأنه أنقص من الطواف الذي وجب بإيجاب الله تعالى والتسوية بينهما في الجبران ولم يتعرض أبو الحسن لترك صفة الطواف وقد قال أصحابنا أن من طاف منكوساً وهو أن يستقبل الحجر ويأخذ عن يساره أجزأه الطواف ويكره وقال الشافعي لا يعتد به لنا أنه [illegible] عبادة لا يبطلها [illegible] فلم يبطلها ترك الترتيب

كغسل البدن ولأنه أتى بالأصل وترك صفته فصار كالوطء [illegible] وأما إذا طاف راكباً من غير عذر فعليه دم وقال الشافعي لا شيء عليه لنا أنها عبادة تعلق صحتها بالبيت فلا يجوز أداؤها راكباً من غير عذر كالصلاة والذي روي أنه صلى الله عليه طاف راكباً فقد روى أبو الطفيل أنه طاف راكباً لوجع أصابه وروى أبو الزبير عن جابر أن النبي صلى الله عليه طاف في حجته على راحلته بالبيت وبالصفا والمروة ليراه الناس وليشرف فيسألوه وعن عطاء أن ذلك بعد ما أسن وقد قال أصحابنا أن من طاف داخل الحجر فعليه أن يعيد الطواف وإن لم يفعل وأعاد على الحجر جاز وقال الشافعي لا يعتد به لنا أنه ركن يختص بمكان فلا يكون من شرطه الكون في جميع محله كالوقوف ولأنه محل لا يقطع على أنه من البيت فلا يكون الطواف عليه شرطاً كسائر بقاع المسجد إلا أنه يؤمر بالإعادة ليأتي بالطواف على ترتيبه فإن لم يفعل وأعاد على الحجر جاز لأنه استوفى الطواف مع ترك الترتيب ومن أصلنا أن الترتيب في العبادات المتعلقة بالأماكن لا يجب وعلى هذا قالوا فيمن رمى الجمار إذا ترك ترتيبها أن السنة أن يعيدها مرتبة وإن لم يفعل أجزأه فإن قيل ما تقولون فيمن افتتح الطواف من غير الركن فالجواب أن شيوخنا كانوا يقولون الافتتاح من الركن سنة وإن افتتح من غيره جاز مع الكراهة وذكر محمد في الرقيات أنه إذا افتتح الطواف من غير الحجر لم يعتد له بذلك القدر إلى أن يصير إلى الحجر فعلى هذه الرواية لم يلزمه الترتيب ولكن افتتح من غير موضع الافتتاح فلم يعتد بما فعله والدليل على أن الافتتاح من الركن ما روي أن إبراهيم عليه السلم لما انتهى في البناء إلى موضع الحجر قال لإسمعيل عليه السلم ائتني بحجر أجعله علامة لابتداء الطواف فخرج فجاءه بحجر فقال ائتني بغيره فأتاه بآخر فقال ائتني بغيره فخرج فأتاه بثالث فألقاه وقال له قد جاءني بحجر من قد أغناني عن حجرك فرأى الحجر في موضعه فدل على أنه موضوع للافتتاح فإن قيل على ما ذكرناه من افتتح السعي بالمروة لم يلزمه لأن ذلك يعتد به في إحدى الروايتين وهي جارية على الأصل الذي قررناه وأما على الرواية المشهورة فلا اعتد به ليس لأجل الترتيب ولكنه افتتح السعي من غير مكانه لأن الافتتاح أولى المستحق أن يصعد الطائف على الصفا أربع مرات وعلى المروة مثله فإذا ابتدأ بالمروة فقد ترك الصعود على الصفا مرة واحدة فكان عليه أن يأتي به ولا يمكن إفراد الصعود عن السعي فلذلك لزمه إعادة شوط في هذه الرواية

باب فوات الحج

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله لا يفوت الحج إلا بفوات الوقوف بعرفة في الوقت الذي حدد لذلك ولا يفوت بشيء غير ذلك وذلك لقوله عليه السلم الحج عرفة فمن أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فإذا علق [illegible] الإدراك بالوقوف [illegible] فقد أدرك الحج قال ومن فاته الحج بعد إحرامه تحلل بعمل العمرة يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ويحلق أو يقصر إن كان مفرداً ولا دم عليه [illegible] وقال الحسن بن زياد عليه دم مع الطواف [illegible] جابر وعمر وابن عباس [illegible] عن النبي صلى الله عليه أنه قال من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل ذكره الدارقطني [illegible] ولأنه [illegible] محظورات الإحرام [illegible] فلا يلزمه الدم [illegible] من خرج من موجب إحرامه [illegible] فقد فاته الحج طاف للعمرة وسعى وطاف طوافاً آخر للحج ويسعى ويحلق أو يقصر وبطل عنه دم القران وذلك لأن الفوات حصل في الحج والعمرة لا تفوت فيأتي بها كما يأتي بها قبل الفوات ثم يتحلل بما يفعله المفرد مع الفوات وإنما بطل عنه دم القران لأنه ليس بجامع بين الحج والعمرة [illegible] واختلف أصحابنا في الطواف الذي يقع به التحلل قال أبو حنيفة ومحمد هو [illegible] بإحرام الحج وقال أبو يوسف انقلب إحرامه عمرة [illegible] لا تفوت فإذا فاته الحج سقط ما يلحقه الفوات وبقي ما لا يفوت وهذا معنى قولنا أنه يتحلل بعمرة [illegible] وحجة قول أبي يوسف [illegible] فلم يبق إلا أن يكون عمرة [illegible] المتمتع ساق الهدي [illegible] يصنع بهديه ما شاء ويصنع ما يصنع القارن [illegible] طواف الصدر ولأن هذا الإحرام لم يرد به الأداء [illegible] الطواف والسعي فصار كالمحرم بالعمرة وقد ذكر أبو الحسن عن إبراهيم [illegible]

وعليه الحج من قابل ثم لقيت زيد بن ثابت بعد ثلثين سنة فقال مثل قول عمر قال وقد روي ذلك عن ابن عباس والحرث بن ابي ربيعة

باب المتمتع

قال الشيخ ابو الحسين رضي الله عنه الذي نعتقد في هذا الباب بيان فضيلة الاحرام والمشهور عن اصحابنا ان القران افضل وما يخرج به ثم التمتع ثم الافراد وحكى ابن شجاع عن ابي حنيفة ان الافراد بعد القران افضل من التمتع وروي عن محمد انه قال حجة كوفية وعمرة كوفية افضل من القران وقال مالك التمتع افضل وقال الشافعي الافراد افضل لنا ما روي في حديث ام سلمة ان النبي صلى الله عليه قال اهلوا يا آل محمد بعمرة في حجة ولان القران يسقط به موجبات الافراد بدلالة ان من نذر حجة وعمرة تسقط موجبهما بالقران ولو نذر القران لا يسقط موجبه بالافراد فدل على ان القران افضل ولان من جاز له القران فالقران افضل له من الافراد اصله من احرم بشيء فنسيه والتمتع بعد القران افضل لانه يجمع فعل الحج والعمرة اذا اتى بجميعه لعذر وتقدم الاحرام افضل ولان النبي صلى الله عليه وآله قال تابعوا بين الحج والعمرة وان متابعتهما تنفيان الفقر [illegible] ووجه رواية ابن شجاع انه اذا اتى بالحج من مكة فهي حجة مكية هكذا روي ابو يوسف عن ابي حنيفة والحجة الكوفية افضل من المكية قال ابو يوسف لان حجة المتمتع كوفية كحجة القران وابو حنيفة جعلها مكية لان انشاها من مكة وابو يوسف جعلها كوفية لان السفر وقع لها وللعمرة وان تخلل بينهما فهو كسفر القران واما الذي قال محمد فهو مذهبه ووجهه انه اذا اتى بسفرين فهو اشق وما كان اشق فهو افضل فهو افضل ما لم يرد عليه النهي واذا ثبت هذا فحقيقة القران الجمع بين احرام العمرة واحرام الحج وهو مأخوذ من اقتران الشيء بالشيء وكذلك اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط فهو قارن لان العمرة لم تصح حتى انضم اليها احرام الحج فهو كما لو انضم اليها ابتداء وحقيقة التمتع ان يجمع بين افعال العمرة واحرام الحج في اشهر الحج من غير المام باهله وقال مالك اذا اتى بالافعال قبل الاشهر وبقي احرام العمرة حتى دخلت الاشهر الحرم ثم احرم بالحج فهو متمتع وقال الشافعي المتمتع من احرم بالعمرة في الاشهر وان قدم الاحرام واتى بالافعال في الاشهر فليس بمتمتع اما على مالك فلان العمرة قد صحت قبل اشهر الحج واما على الشافعي فلان العمرة صحت في اشهر الحج الا ترى انه لو جامع قبل الاشهر بطلت فصار كما لو اتى باحرامها في الاشهر وقد قال اصحابنا ان من احرم بعمرة في رمضان ولم يطف لها الا في شوال من قابل كان متمتعا وهذا صحيح على ما قدمنا ان العمرة صحت في اشهر الحج وهذا الحد الذي ذكرناه انما يكون فيمن دخل مكة قبل الاشهر محرما بالعمرة فبقي على احرامها فاما اذا دخل بعمرة فقضاها وحل واقام بمكة حتى دخلت عليه الاشهر فاحرم بعمرة اخرى لم يكن متمتعا في قولهم لانه صار في حكم اهل مكة بدلالة ان ميقاته ميقاتهم ولا يصح له التمتع عند ابي حنيفة الا ان يخرج الى اهله ثم يرجع محرما بالعمرة وقال ابو يوسف ومحمد اذا خرج الى موضع لاهله التمتع والقران صار متمتعا وجه قول ابي حنيفة ان هذا السفر قد تعلق حكمه ببطلان التمتع الا ترى انه وقت التمتع دخل وليس هو من اهله فلا يتغير حكمه الا بالعود الى اهله كالسفر الذي تعلق به صحة التمتع لا يبطل حكمه الا بالالمام ووجه قولهما انه عاد الى موضع لاهله التمتع والقران فصار كما لو عاد الى اهله وعلى هذا الخلاف اذا دخل بعمرة في اشهر الحج فافسدها فاما اذا خرج قبل الاشهر الى موضع لاهله التمتع والقران واحرم بالعمرة كان متمتعا في قولهم جميعا وذلك لانه لم يتعلق بسفره بطلان التمتع الا ترى ان وقت التمتع لم يدخل عليه فصار كالمبتدي للاحرام من الميقات قبل دخول مكة واما الالمام الصحيح اذا حصل بين الحج والعمرة ابطل التمتع وقال الشافعي لا اعرف الالمام وقد روي عن عمر وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وسعيد بن جبير وابرهيم رضي الله عنهم ان المتمتع اذا اقام بمكة صح تمتعه وان عاد الى اهله بطل تمتعه ولان التمتع انما جعل لاهل الآفاق ليترفهوا من احد السفرين فاذا عاد الى وطنه فقد زال المعنى الذي فيه وقد ثبت من اصلنا ان تمتع المكي لا يصح لما يحصل له من الالمام واما الالمام الفاسد الذي لا يمنع صحة التمتع فهو ان يسوق الهدي فاذا فرغ من العمرة عاد الى وطنه قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يبطل تمتعه وقال محمد يبطل لهما ان العود مستحق ما دام على نيته التمتع فمنع ذلك من صحة الالمام كالقارن اذا عاد الى اهله ووجه قول محمد ان العود غير مستحق بدلالة انه لو بدا له من التمتع جاز له ذبح الهدي هاهنا فاذا لم يستحق العود عليه صار كمن لم يسق الهدي واذا ضم المعتمر الى عمرته حجة بعدما طاف لها اربعة اشواط فهو متمتع لانه احرم بالحج بعد صحة العمرة فهو كمن احرم بعد الفراغ منها وليس لاهل مكة ولا لاهل المواقيت ومن بينها وبين مكة تمتع ولا قران وقال الشافعي يصح تمتعهم وقرانهم لنا ما روي عن ابن عمر انه قال ليس لاهل مكة تمتع ولا قران وتخصيص العبادات بالاماكن لا يعلم الا من طريق التوقيف ولانه لا يصح تمتعهم فوجب التمتع من الهدي فلا يصح منهم التمتع كالصبي والمجنون ولان التمتع والقران جعل لاهل الآفاق [illegible] فهو اسقاط احد السفرين وهذا المعنى لا يوجد في اهل مكة وقد قال [illegible] القران يحصل بنفس الاحرام

والالمام لا يتوقف به فبطل حكم متعته كالكوفي اذا قرن ثم عاد الى الكوفة قال ولو احرم المكي بعد ما خرج الى الكوفة بعمرة ودخل مكة وحج لم يكن متمتعا لان الالمام حصل له بين الحج والعمرة فصار كالكوفي اذا رجع الى اهله وقد قالوا ان المكي اذا احرم بالعمرة بعد ما خرج الى الكوفة وساق الهدي لم يكن متمتعا وصح الالمام مع سوق الهدي بخلاف الكوفي لان الكوفي انما منع السوق من صحة الالمام لان العود مستحق عليه والمكي لا يستحق عليه عود فصح المامه مع السوق كما يصح مع فقده فلذلك بطل تمتعه قال ابن سماعة عن محمد انما يصح قران المكي اذا خرج الى الكوفة متى كان خروجه من مكة قبل اشهر الحج فاذا دخلت عليه الاشهر وهو بمكة ثم خرج الى الكوفة فقرن لم يصح قرانه لان الاشهر لما دخلت عليه وهو في اهله فقد صار على صفة لا يصح له التمتع ولا القران في هذه السنة فلم يتغير ذلك بالخروج قال اصحابنا حاضري المسجد الحرام الذين لا يجوز لهم التمتع والقران من كان في المواقيت وما بعدها الى مكة وقال مالك اهل مكة وقال الشافعي من كان بينه وبين مكة مسافة لا تقصر فيها الصلوة لنا ان اهل المواقيت ومن بعدهم في حكم اهل مكة بدلالة انهم يدخلون مكة لحوائجهم بغير احرام فصاروا في باب التمتع والقران كاهل مكة قال واذا الم الكوفي باهله ثم عاد الى مكة بعمرة اخرى وحج كان متمتعا لان حكم العمرة الاولى سقط بالالمام فتعلق الحكم بالعمرة الثانية وقد جمع بينها وبين الحج في الاشهر من غير المام قال ولو الم باهله في المسئلة الاولى بعد ان طاف للعمرة قبل ان يحلق او يقصر ثم الم باهله ثم حج من عامه ذلك قبل ان يحل من العمرة في اهله فهو متمتع في قول ابي يوسف رواه عنه ابو سليمان وذلك لان العود مستحق لاجل الحلق الا ترى ان من جعل الحرم شرطا فلا بد له من العود ومن لم يجعله شرطا قال انه مستحب وذكر الطحاوي في الكوفي اذا فرغ من عمرته ثم خرج الى موضع لاهله التمتع والقران ان تمتعه لا يبطل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبطل وكان ابو بكر الرازي ينكر هذا الخلاف ويقول انه نقله من مسئلة الحسن اخرى وهو ان من دخل مكة بعمرة وافسدها ثم رجع الى موضع لاهله التمتع والقران قال ابو حنيفة ومحمد لا يكون متمتعا حتى يرجع الى اهله وقال ابو يوسف يكون متمتعا فان صح ما ذكره الطحاوي فوجه قولهما انه لم يحصل له الالمام باهله فصار كبقائه بمكة ووجه قول ابي يوسف انه لما رجع الى موضع لاهله التمتع والقران صار كما لو رجع الى اهله قال واذا احرم من لا تمتع له ممن ذكرنا بعمرة ثم احرم بحجة قبل ان يطوف للعمرة فانه يؤمر برفض العمرة والمضي في الحج وعليه عمرة مكان عمرته ودم وهذه المسئلة على فصول اولها ان المكي اذا جمع بين الاحرامين ولم يعمل لاحدهما امر برفض العمرة في قولهم لانها اقل عملا والحج اكثر فكان رفض الايسر اولى وانما اوجب الرفض لانه ممنوع من المضي في الاحرامين فصار كمن جمع بين حجتين واما اذا طاف لعمرته اربعة اشواط فصاعدا ثم احرم بحجة مضى عليهما في قولهم لان العمرة صحت فلا يجوز رفضها بعد صحتها وان طاف لعمرته شوطا او شوطين ثم احرم بحجة رفض الحجة عند ابي حنيفة وقالا رفض العمرة ووجه قوله ان الرفض في الاصول يقع لتعذر العمل وقد عمل لاحرام العمرة ولم يعمل لاحرام الحجة فوجب رفض ما لم يقع له العمل ووجه قولهما ان العمرة لم تصح وهو الايسر فكان رفضها اولى كما لو لم يطف وكل من لزمناه رفض العمرة في هذه الفصول فعليه لرفضها دم لانه تحلل قبل الفراغ من موجب الاحرام فهو كالمحصر وعليه عمرة مكانها لانها وجبت عليه بالدخول وكل من لزمناه رفض الحجة فعليه دم لرفضها لانه تحلل منها بغير طواف وعليه حجة وعمرة اما الحجة فلانها وجبت بالدخول واما العمرة فلانه لم يأت بافعال الحج في السنة التي احرم فيها فان احرم بها من سنته فلا عمرة عليه واما الذي جوزنا له المضي فيهما فعليه دم لانه جمع بين الاحرامين على وجه منهي فدخل النقص في احدهما وهذا دم جبران وليس بدم تمتع فلا يقوم الصوم مقامه ولا يجوز الاكل منه ومن اخوات هذه المسئلة ما قال ابو حنيفة وابو يوسف فيمن احرم بحجتين معا او بعمرتين لزمتاه جميعا وقال محمد يلزمه احداهما وبه قال الشافعي وجه قولهما انهما عبادتان متفقتان في الحكم والصفة فلو لم يصح الجمع بينهما لبطلا جميعا كنكاح الاختين فلما صح احدهما صحا جميعا كنكاح الاجنبيتين ووجه قول محمد انه لا يصح المضي فيهما فلا يصح الجمع بينهما كالصلوتين ثم اختلف ابو حنيفة وابو يوسف فقال ابو حنيفة في الرواية المشهورة لا يصير رافضا لاحدهما حتى يسير قاصدا الى مكة وروي عنه انه لا يصير رافضا حتى يبتدي بالطواف وقال ابو يوسف يصير رافضا عقيب الاحرام وجه قول ابي حنيفة ان الرفض يقع بعمل فما لم يفعل فعلا لاحديهما لم يصر رافضا للاخرى وقال في الرواية الاخرى ان السير ليس من العمل المختص بالحج فلا يصير رافضا الا بما هو نسك وذلك الطواف ووجه قول ابي يوسف ان المعنى الموجب للرفض نفي المضي في الاحرامين وهذا المعنى موجود عقيب احرامه وقد قال ابو حنيفة [illegible] اذا توجه [illegible] الطواف للاخرى صار رافضا للعمرة في احدى

الدم ابتنى وروى عن انس قال لا يصبر افضتا حتى تقف وهو قولهما وانما وجب الرفض لان العمره لا تبقى
افعالها مع الوقوف بدلالة ان عائشة رضي الله عنها لما حاضت امرها رسول الله صلى الله عليه برفض العمره ولو جاز
ان تبقى افعالها مع الوقوف لم يكن للرفض معنى واذا وجب الرفض قال في احدى الروايتين ان التوجه الى عرفه
سبب مقصود فصار كالتوجه الى الجمعه بعد صلاة الظهر انه يرفض الظهر به قوله وقال في الروايه الاخرى
التوجه ليس هو المقصود وانما الوقوف هو المقصود فوقع الرفض به وفرق بين الظهر والعمره
بان الاحرام اقوى من الصلاة الا ترى انه لا يفسده ما يفسد الصلاة فلذلك بطل الظهر بالسعي ولم
تبطل العمره بالسعي قال وعلى المتمتع دم اذا وجد ذلك وان كان لا يجد فصيام ثلثة ايام وسبعه
اذا رجع والاصل في وجوب الدم على المتمتع قوله تعالى فمن تمتع بالعمره الى الحج فما استيسر من الهدي
قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما شاه وقال ابن عمر وعائشه رضي الله عنهما بدنه او بقره والدليل ان الشاه
تجزي ما روي جابر قال تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه بالعمره الى الحج فكنا نذبح البقره عن سبعه نشترك فيها
وقد روي ان النبي عليه السلام سئل عن الهدي فقال ادناه شاه قال اصحابنا ان هذا الدم نسك يجوز
الاكل منه وقال الشافعي هو دم جبران لنا انه وجب لا لارتكاب محظور كالاضحيه المنذوره ولانه
موقت بدلاله انه لا يجوز تقديمه على الاشهر ودم الجبران لا يتوقت ولان سببه ابيح من غير عذر ودم
الجبران لا يباح سببه الا من عذر واما الصوم فلقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج
قال اصحابنا اذا احرم بالعمره في اشهر الحج جاز له الصوم وقال الشافعي لا يجوز حتى يحرم بالحج لنا قوله تعالى
فصيام ثلثة ايام في الحج والحج لا يكون ظرفا للصوم فبقي ان يكون المراد به في وقت الحج ولانه احد احرامي المتمتع
فجاز اداء الصوم عقيبه كاحرام الحج وقد قال اصحابنا ان الافضل ان يصوم قبل الترويه بيوم ويوم
الترويه ويوم عرفه وذلك لان البدل الافضل ان يأتي به في اخر الاوقات التي يتعذر فيها المبدل وهذه
الايام اخر وقت الصوم عندنا فان مضت ولم يصم سقط الصوم وعاد الى الهدي فان لم يقدر عليه تحلل وكان
عليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي وقال الشافعي لا يفوت الصوم وجوز على احد القولين صوم
الثلثه في ايام التشريق وعلى القول الاخر بعدها لنا ما روي عكرمه عن ابن عباس قال في المتمتع انما الصوم
قبل يوم النحر وعن عمر ان رجلا اتاه يوم النحر وهو متمتع لم يصم قال عمر اذبح شاه فقال ما اجدها فقال سل
قومك قال ليس منهم احد ههنا قال يا مغيث اعطه ثمن شاه وعن ابن عمر مثل ذلك وهذا لا يقال الا
من طريق التوقيف ولانه وقت يصح فيه هدي هذا التمتع فلا يجوز صوم الثلثه له اصله يوم النحر
واما صوم السبعه فيجوز اذا فرغ من افعال الحج وقال الشافعي لا يجوز الا ان ينوي الاقامه بمكه لنا ان
كل صوم جاز اداؤه بمكه اذا نوى الاقامه بها جاز وان لم ينو قبل الرجوع كصوم رمضان قال اصحابنا اذا وجد
الهدي في خلال صوم الثلثه او بعدها قبل يوم النحر لزمه الهدي وسقط حكم الصوم وقال الشافعي لا يلزمه
لنا انه ما شرع فيه صح في اليوم الاول لكان شرطا في بقيه الايام كالنيه والامساك ولانه قدر على المبدل قبل
الفراغ من البدل فصار كالمتيمم اذا وجد الماء في خلال الصلاة عندنا او في خلال التيمم بالاجماع قال ولا باس بالاكل من
دم المتعه ويطعم من شاء غنيا كان المطعم او فقيرا او يستحب له ان يتصدق بالثلث ولا ينقص من ذلك والاصل
في جواز الاكل منه ما قدمنا من ان رسول الله صلى الله عليه كان قارنا ونحر البدن وامر عليا رضي الله عنه فاخذ من
كل بدنه بضعه وطبخها فاكل رسول الله صلى الله عليه من لحمها وحسا من مرقها ولانا دللنا على انه دم نسك
فيجوز الاكل منه فاذا جاز الاكل للمتمتع جاز لغيره من الاغنياء وانما استحب التصدق بالثلث حملا على
الاضحيه لان النبي عليه السلام قال فيها كلوا وادخروا اضاحيكم وقال الله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير فحصل
للاكل سهم وللادخار سهم وللفقير سهم قال وان حل ثم وجد الهدي قبل ان يصوم في ايام الذبح او بعدها
فقد مضى صومه ولا هدي عليه لان المقصود بالبدل قد حصل وهو التحلل فوجود المبدل بعد ذلك لا يتعلق
به حكم كوجود الماء بعد الصلاة وقد قال شيخنا ابو عبد الله ان صوم المتعه ليس ببدل عن الهدي بدلاله انه
يجوز مع وجود المبدل وذكر الشيخ ابو بكر في احكام القران انه بدل لانه يجب بالعجز عن الاصل وليس يمتنع ان
يكون بدلا وان جاز فعله مع القدره على المبدل فان لم يحل حتى مضت ايام النحر ثم وجد الهدي فصومه تام
ولا شيء عليه رواه الحسن بن زياد عن ابي حنيفه وذلك لان الذبح عندنا موقت بايام النحر فاذا مضت فقد حصل
المقصود بالبدل وهو اباحة التحلل فصار كانه تحلل ثم وجد الهدي

باب المحصر

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله اذا اهل الرجل
بحجه او عمره ثم منعه عن الوصول الى البيت مرض او عدو او غير ذلك فعليه ان يبعث بهدي شاه او بقره او
بدنه او يشترك في دم البدنه والبقره افضل والاصل في جواز تحلل المحصر الاحصار قوله تعالى واتموا الحج والعمره
لله فان احصرتم فما استيسر من الهدي تقديره وان احصرتم عن اتمامهما وروي ابن عمر ان النبي صلى الله عليه خرج
معتمرا فحال كفار قريش بينه وبين البيت فنحر هديه وحلق راسه بالحديبيه وقاضاهم على ان يعتمر العام المقبل

ولا يحمل سلاحا عليهم ولا سيفا ولا يقيم بها الا ما احبوا فاعتمر من العام المقبل ودخل مكه في الحرم فلما اقام
بها ثلثا امروه ان يخرج فخرج وفرق اصحابنا بين العدو الكافر والمسلم سوا لان قوله فان احصرتم عام
ولان المعنى المبيح للتحلل ما يلحقه من الضرر بالتعلق بالاحرام وهذا المعنى موجود في العدو المسلم فاما
المرض فهو احصار يتحلل به وقال الشافعي ليس باحصار لنا قوله تعالى فان احصرتم قال اهل اللغه احصره المرض
وحصره العدو وقال الفرا يقال احصر في المرض والعدو جميعا فعلى القولين جميعا اقتضت الايه التحلل بالمرض
وروى عكرمه عن الحجاج بن عمرو الانصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول من كسر او عرج فقد حل وعليه الحج من
قابل فذكرت ذلك لابي هريره وابن عباس فقالا صدق ولانها عباده لها تحلل الخروج منها بسبب العدو فجاز
ان يخرج منها بسبب المرض قبل اتمامها بغير شرط كالصلاه وانما قلنا ان المحصر يتحلل بالشاه لقوله تعالى
فما استيسر من الهدي وقد بينا ان الهدي اسم للشاه وما فوقها وحديث جابر انهم اشتركوا في عام
الحديبيه فنحروا البقره عن سبعه واما قولنا ان البقره والبدنه افضل فلانها اعلى الهدي قال اصحابنا
ذبح الهدي لا يجوز الا في الحرم وقال الشافعي يذبح في الموضع الذي يتحلل فيه اذا ذبح لنا انه دم يختص
بالاحرام فاختص بالحرم كدم المتعه والقران ولانه موضع لا يجوز فيه ذبح هدي المتعه فلا يجوز فيه
ذبح هدي الاحصار كالحل لمن احصر في الحرم واذا ثبت ان الذبح يختص بالحرم وجب ان يواعدهم يوما
حتى يتحلل بعده قال فان كان قارنا فعليه دمان لانه جامع بين الحج والعمره ولو افرد كل واحد منهما لزمه
دم فاذا جمعهما لزمه دمان قال وما اصاب مما يحرم على المحرم قبل ان يذبح الهدي فعليه فيه ما
يجب على المحرم لو لم يكن محصرا وذلك لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان
منكم مريضا او به اذى من راسه ففديه تقديره فحلق ففديه فدل على ان المحصر ما لم يذبح تلزمه الكفاره
بالفعل المحظور قال واذا ذبح حل له كل شيء لان الذبح سبب التحلل كالحلق وليس على المحصر حلق
في قول ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف عليه ان يقصر ولا شيء عليه ان لم يقصر وقال الشافعي ان قلت
ان الحلق نسك فعلى المحصر حلق وجه قولهما ان الحلق من توابع الاحرام فلا يؤمر به المحصر كالرمي
وجه قول ابي يوسف ان النبي صلى الله عليه حلق في عام الحديبيه وامر اصحابه بالحلق وكان
ابو بكر الرازي يقول انما لا يجب الحلق عندهما على المحصر في الحل لان الحلق يختص بالحرم فاما اذا
احصر في الحرم فعليه الحلق فعلى هذا لا حجه لابي يوسف لان الحديبيه بعضها من الحرم فاما
اذا حل في الحرم فان كان محرما بعمره فعليه القضا وان كان محرما بحجه فعليه حجه وعمره وان كان قارنا
فعليه حجه وعمرتان اما وجوب القضا على المحرم المتنفل خلاف ما قال الشافعي وهو ان
الاحصار سبب للتحلل قبل استيفا موجبات الاحرام فاوجب قضا حجه النفل كالفوات واما
وجوب العمره على المحصر بالحجه فلما روي عن ابن مسعود وابن عمر انهما قالا في المحصر بحجه يلزمه حجه
وعمره ولانه تحلل من احرامه قبل الوقوف فلزمه طواف وسعي عند القضا كالفائت وهذا على
وجهين ان كان المحصر بالحج قضى حجته في عامه فلا عمره عليه لانه لم يؤخر افعال الحج عن السنه التي
احرم فيها وان كان اخر الحج الى سنه اخرى فعليه حجه وعمره ذكره محمد في الاصل رواه ابن ابي مالك
عن ابي يوسف عن ابي حنيفه وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفه ان عليه حجه وعمره في الوجهين
جميعا فكانه اوجب الطواف والسعي للتحلل قبل الوقوف واما القارن فعليه عمره مكان العمره وحجه
مكان الحجه وعليه عمره للتحلل قبل استيفا موجب الاحرام قال ابو حنيفه يجوز ذبح هدي الاحصار
قبل يوم النحر وقالا في المحصر بالحج لا يذبح الا يوم النحر والمحصر بالعمره يذبح اي وقت شاء لقوله تعالى ولا
تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فخصه بمكان ولم يخصه بزمان ولانه سبب التحلل قبل استيفا
موجب الاحرام فاذا وجد سببه لم يختص بالوقت كالطواف الذي يتحلل به فائت الحج وجه قولهما
انه سبب التحلل من الحج فلا يكون قبل يوم النحر كالحلق فاما العمره فلا يختص التحلل منها بيوم النحر فلا
يختص هدي الاحصار فيها بيوم النحر قال فان ذبح عنه في غير الحرم او لم يذبح عنه في اليوم الذي واعدهم
فيه فحل وهو لا يعلم فعليه دم الاحلال وهو على احرامه كما كان حتى يذبح الهدي وذلك لان التحلل
موقوف على شرط وهو ذبح الهدي في مكان مخصوص فاذا حل قبل وجود سبب التحلل لم يتعلق بتحلله
حكم فصار ذلك جنايه فلزمه الكفاره قال وان لم يجد المحصر هديا اقام حراما حتى يذبح الهدي او
يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروه ويحلق او يقصر كما يفعل اذا فاته الحج هذا على قول ابي حنيفه
ومحمد والمشهور من قول ابي يوسف وروى ابن سماعه عن ابي يوسف انه قال في المحصر لا يجد
الهدي يقوم الهدي طعاما فيتصدق به على المساكين وان لم يكن عنده طعام صام لكل نصف صاع
يوما وقال ابو يوسف كان قول عطا الخراساني وقال الشافعي في هدي الاحصار بدل على احد القولين واختلف
قوله في البدل ما هو فقال انه [illegible] مثل صوم التمتع وفي القول الاخر ينتقل الى الطعام وهل يقوم
الصوم مقامه فيه [illegible] وجه [illegible] قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله

[illegible]

من السفر المسنون بحقه من الوطن ومنع الامه من السفر الى مولاها دون زوجها الا ترى ان المولى لو سافر بها لم يكن للزوج منعها فكذلك اذا اذن لها في السفر

باب دخول مكة بغير احرام

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله من كانت المواقيت بينه وبين مكة لم يجز ان يدخل مكة بغير احرام قال رضي الله عنه وجملة هذا ان مجاوزة الميقات لمن اراد دخول مكة وهو قبل الميقات لا تجوز الا باحرام اراد النسك او اراد غيره وقال الشافعي من دخل مكة للقتال جاز له دخولها بغير احرام قولا واحدا وان دخل للنسك وجب عليه الاحرام قولا واحدا وان دخلها لحاجة ففيه قولان اما من دخلها مقاتلا فعليه الاحرام لما روى ابو شريح الكعبي ان النبي صلى الله عليه قال ان مكة حرام حرمها الله تعالى لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار فمن ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه فيها فانما احلت له ساعة من نهار فاخبر انها لم تحل الا له ولو جاز ذلك لكل مقاتل لم يكن لتخصيصه معنى ولانه مكلف مريد لدخول مكة فلا يجوز له مجاوزة الميقات الا محرما كمن اراد

[illegible]

وجه الاستحسان انه لو احرم ابتدا من الميقات بحجة الاسلام اجزاه عن حجة الاسلام وعن حرمة الميقات فاذا عاد
من سنته واحرم فقد اتى بحجة الاسلام ابتدا فهي كما لو احرم بها اولا يبين ذلك ان الميقات اوجب احراما تودى
افعاله في هذه السنه فاذا احرم بحجة الاسلام فقد فعل ما اوجبه الاحرام وليس كذلك اذا دارت السنة
ثم احرم بحجة الاسلام لم يجزه عما لزمه من ذلك بحرمة الوقت لانه لم يفعل الاحرام على الوجه الذي لزمه الا
ترى ان الميقات لم يوجب احراما تودى افعاله في سنة ثانية ولان الوقت لما حول تعلق الاحرام بالذمة فلم يجز حجة
الاسلام عنه ما لم يشتغل السنه فالاحرام متعلق بالوقت كتعلقه ابتداه فان قيل اليس لو احرم بعمرة منذوره
في السنه الثانيه لم يجز وان كان لو احرم ابتدا من الميقات بعمرة جاز ان تؤخذ افعالها الى يوم النحر وايام التشريق
فاذا صار الى وقت يكره تاخير العمرة اليه فهو كمن صار الى وقت يفوت الحج فيه . ونظير هذه المسئلة
ما قال اصحابنا فيمن نذر ان يعتكف شهر رمضان فلم يصم لعذر فان اعتكف في القضا جاز وان اعتكف في رمضان
الثاني لم يجز لانه اوجب الاعتكاف في رمضان فاذا اداه في القضا وهو ذلك الغرض فقد فعل ما اقتضاه واذا
اخره الى رمضان اخر فقد فعله في وقت لم يتضمنه نذره ولا بد له من صوم يختص وجوبه بالاعتكاف ‹ قال
فان دخل مكة بغير احرام ثم خرج فعاد الى اهله ثم عاد الى مكة فدخلها بغير احرام وجب عليه لكل واحد من
الدخولين احرام فان احرم بحجة الاسلام عن الدخول الثاني جاز اذا كان في سنته فان احرم بحجة الاسلام عن الدخول
الاول لم يجز لانه لما لم يفعل الاحرام حتى عاد الى اهله ثم عاد الى الميقات نقل عن حكم الابتدا في الاحرام الاول
فلم يقم حجة الاسلام مقامه كما لو دارت السنه وبقي الدخول الثاني على حكم الابتدا فاجزت عنه حجة الاسلام
قال ومن جاوز الميقات لا يريد مكة وانما يريد بستان بني عامر او غيره لحاجة فلا شي عليه وان بدا له ان يدخل مكة
لحاجة بغير احرام فله ذلك وذلك لان حرمة الميقات انما تثبت في حق من اراد دخول مكة فاذا قصد غيرها
لم تثبت حرمة الاحرام في حقه فلم يلزمه شي فاذا بدا له دخول مكة جاز له دخولها بغير احرام كما يجوز لاهل
الموضع الذي هو فيه ‹ وقال ابو يوسف ان دخل بستان بني عامر فنوى ان يقيم فيه خمسة عشر يوما جاز له ان يدخل
مكة بغير احرام لانه صار وطنا له فهو كاهله وان لم ينو الاقامة لم يجز له دخولها بغير احرام لانه ليس من اهلها
فلا يعتبر حاله بهم ‹

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله ينبغي لمن مر بالوقت وهو يريد الحج او العمرة ان لا يجاوز الوقت الا محرما فان احرم من دون
الميقات بحج او عمرة ثم لم يعد فعليه دم لترك الوقت وذلك لان الوقت [illegible] امر بالاحرام منه فاذا احرم بعده
فقد ترك جزا من الاحرام بين الوقت والموضع الذي احرم فيه فاوجب نقصانا في احرامه فلزمه الدم وانما ذكر ابو الحسن
من اراد الحج والعمرة لان الانسان قد يتجاوز الوقت ولا يريد دخول مكة فلم يلزمه الاحرام ولا يلزمه شي لحرمة
الوقت ‹ قال فان عاد الى الوقت فاحرم ولبى سقط عنه الدم قال رضي الله عنه وجملة هذا انه اذا جاوز
الميقات فلم يحرم حتى عاد اليه فاحرم فلا دم عليه في قولهم لانه انشا الاحرام من الوقت فصار كالمبتدي
وان جاوز الميقات ثم احرم وعمل عملا بعد الاحرام مثل ان يطوف شوطا او [illegible] بالشوط فيستلم الحجر
او يقف بعرفه ثم عاد الى الميقات فلبى لم يسقط عنه الدم لانه لم يعد على حكم الابتدا الا ترى انه لو فعل
فعلا بعد ابتدا الاحرام فلم يستدرك المتروك فبقي عليه الدم كحاله ‹ واما اذا عاد قبل ان يعمل عملا فلبى
من الوقت سقط عنه الدم عند ابي حنيفه وان لم يلب لم يسقط عنه وقال ابو يوسف يسقط عنه لبى او لم
يلب وقال زفر لا يسقط في الوجهين [illegible] عليهما ما روي عن ابن عباس انه قال للرجل احرم بعد الميقات
ارجع الى الميقات فلب والا فلا حج لك فاعتبر التلبية من الوقت ولان المتروك في الوقت هو المعنى الذي
يدخل به في الاحرام وذلك هو التلبية او السوق فاذا لبى على حكم الابتدا فقد استدرك المتروك واذا
لم يلب فلم يستدرك وجه قولهما ان المستحق كونه في الميقات محرما على وجه الابتدا وليس
المستحق التلبية بدلالة انه لو احرم قبل الوقت ثم اجتاز به فلم يلب فيه جاز لكونه محرما وهذا
ليس بصحيح لانه اذا احرم قبله فوقته الموضع الذي احرم منه وقد لبى فيه فلا يعتبر تلبيته في غيره
واذا لم يحرم قبله فوقته اخر المواقيت فوجب التلبية منه [illegible] الكلام على زفر فلانه استدرك المتروك
بجنسه وهو التلبية في الميقات على طريق الابتدا فسقط الجبران عنه كمن طاف جنبا ثم اعاد الطواف ‹
ولا يجوز ان يقال ان المستحق من الميقات تلبية واجبة فاذا عاد اليه لبى تلبية مسنونة فلم يستدرك
المتروك وذلك لان من طاف محدثا ثم طاف طاهرا استدرك المتروك وان كان المستحق ان ياتي بالطواف
الواجب على الطهارة والطواف الثاني ليس بواجب وقد سقط به الجبران عنه فكذلك في مسئلتنا ووجه
قول زفر ان المستحق انشا الاحرام من الميقات فاذا عاد اليه بعد ما احرم فلم ينشي الاحرام منه فلا
يسقط ما وجب عليه ‹ وان قدم وفاته الحج قطع التلبية اذا استلم الحجر ولا يرجع الى الوقت
ويسقط عنه الدم وذلك لان من وجب عليه الدم لترك الوقت ثم لزمه قضا الاحرام للفوات او الفساد سقط
عنه الدم وذلك لما بينا ان الدم وجب عليه لترك الاحرام من الوقت الى الموضع الذي احرم فيه فاذا وجب عليه
قضا الاحرام فهو يستدرك ذلك الجزء بالقضا فلا معنى لجبرانه بالدم وليس كذلك اذا لزمه دم بالطيب
او الملبوس او المباشرة ثم وجب عليه القضا بالفوات او الفساد لم يسقط عنه الدم لانه لم يجب بترك جزء من
الاحرام وانما وجب للنقص الذي حصل بالاستمتاع وذلك لا يستدرك بالقضا ‹ وان جاوز
الميقات واحرم بهما جميعا فعليه دم واحد لترك الوقت وذلك لان المستحق عليه لحرمة الوقت احرام
واحد فاذا جاوزه ثم احرم بعمرة وحجة فانما ادخل النقص على احد الاحرامين وهو الذي كان يلزمه
لحرمة الوقت فاما الاحرام الاخر فلم يكن عليه ان ياتي به من الوقت الا ترى انه لو احرم من الوقت
بعمرة ثم جاوزه فقرن اليها حجه لم يلزمه لمجاوزته شي فاذا كان النقص في احد الاحرامين وجب عليه دم واحد
وليس في الاصول معنى يجب به على المفرد وعلى القارن دم واحد الا هذه المسئله ‹

باب الجماع في الحج

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله لا يفسد
الحج الا بفوات عرفه او الجماع في الفرج قبل الوقوف بها وقد ذكرنا حكم الفوات فاما اذا جامع قبل الوقوف بعرفة
في الفرج فقد فسد حجه ويمضي في حجه على الفساد فيعمل جميع ما يعمله في الحج الصحيح ويجتنب جميع ما يجتنبه
في الحج الصحيح ويكون عليه قضا حجه ودم الجماع يجزيه شاة او شرك في بدنة او جزور والاصل في فساد الحج بالجماع
قوله تعالى فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه وروي عن جماعة من الصحابة
انهم قالوا فيمن جامع امراته وهما محرمان مضيا في احرامهما وعليهما هدي ويقضيان الحج من قابل ويفترقان
ولا خلاف في ذلك [illegible] الهدي فيجزي فيه شاة وقال الشافعي يلزمه بدنة لنا انه سبب لوجوب القضا
فلا يجب به بدنة كالفوات ولان الوطي صادف احراما ناقصا بدلالة ان الفوات يلحقه ويتغير حكمه عند
[illegible] القضا اذا بلغ الصبي او اعتق العبد فلا يتاخذ الكفارة الواجبة به ‹ واما المضي في الاحرام فلاجماع الصحابة ولان
الاحرام لا يجوز التحلل منه الا باداء الافعال او الاحصار ولم يوجد واحد منهما واما القضا فلان المفعول
مع النهي لا يقع موقع الواجب فبقي الواجب بحاله ‹ واما الافتراق فلا يلزمهما ذلك في القضا عند اصحابنا
فاذا خافا المعاودة استحب لهما وقال زفر يفترقان عند الاحرام وقال مالك اذا خرجا من بلدهما وقال
الشافعي اذا بلغا الى الموضع الذي جامعها فيه افترقا لنا ان الافتراق ليس بنسك في الابتدا فلا يكون
نسكا في القضا كالصوم واما زفر فسلم القياس لما روي عن الصحابة وجعل الافتراق نسكا في القضا فاوجبه
عند الاحرام كما تجب المناسك ‹ فاما الذي قاله مالك فلا مدخل له في الفقه لانه اوجب الافتراق في حال يجوز
له الوطي ولا معنى للتفريق بينه وبينها للخشية امر مباح وما قاله الشافعي ليس بصحيح لانه لو كان نسكا لوجب
عند الاحرام ولانه [illegible] لا يبطل بها وهذا المعنى يخاف قبل الموضع الذي وطيها فيه كما يخاف فيه واما
قولهم انه يتذكر الوطي اذا بلغ ذلك الموضع فليس بصحيح لانه يتذكر بجميع ما ابيح من المشقة في
وجوب الكفارة والقضا ‹ فان جامع جماعا اخر قبل الوقوف بعرفة فعليه شاة وذلك لانا دللنا على ان
الجماع الاول يوجب شاة وقد صادف احراما صحيحا فالوطي الثاني صادف احراما فاسدا فاولى ان لا
يجب فيه اكثر من شاة ‹ وانما وجبت الكفارة بالوطي الثاني عند ابي حنيفه وابي يوسف لان محظورات
الاحرام لا تسقط بالشبهة فاكثر احوال الاجتماع ان تكون شبهة وقال محمد لا كفارة عليه الا ان يكون
كفر عن الوطي الاول لانها كفارة تجب لحرمة عبادة ككفارة الصوم ‹ وان جامع جماعا بعد جماع يريد به
رفض الاحرام فعليه كفارة واحدة في قولهم لانها وقعا على جهة واحدة فصار كالوطي في المجلس الواحد
واما اذا وطي في المجلس الواحد [illegible] والقياس ان يجب بكل وطي منها كفارة لان الاجتماع ليس بعذر
في كفارات الاحرام واستحسنوا فقالوا تجب كفارة واحدة لان اسباب الكفارات اجتمعت في مجلس
واحد من جنس واحد فصار كالجماع الواحد الموجب للكفارة وان كان فعل ايلاج منه لو انفرد اوجبها ‹
وان جامعها بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه عندنا وقال الشافعي يفسد [illegible] وعليه
بدنه لما روي عن ابن عباس ولان الوطي صادف احراما تاما فان وطي بعد ذلك وطا اخر فعليه شاة
لان الوطي صادف احراما ناقصا بالجماع فلم تكمل فيه الكفارة ولانه معنى يوجب القضا فاذا وجد بعد الجماع
لم يوجب البدنة كالفوات ‹ ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط فسدت لان الجماع
حصل قبل اداء ركنها فصار كمن جامع قبل الوقوف ويمضي فيها ويلزمه القضا لما بينا في الحج ‹ وعليه شاة
وقال الشافعي بدنة لنا انها عبادة لا يتعين الوقوف فلا يجب بافسادها بدنة [illegible] فافسدها
بالوطي ‹ واما اذا وطي بعد ما طاف اربعة اشواط لم تفسد لانه اتى بركنها عندنا والجماع بعد الركن
لا يفسد الاحرام كالجماع بعد الوقوف ‹ وعليه شاة لان العمرة طواف وسعي وقد قام الاكثر منها مقام
الجميع فلان يقوم مقام بعضها اولى ‹ وقد قال اصحابنا ان الوطي الناسي في الحج كالعامد وقال الشافعي لا
يفسد الحج لنا انه وطي قبل الوقوف فيفسد الحج كالعمد ولانه معنى يوجب القضا فاستوى فيه الناسي
والعمد كالفوات ولانه [illegible] الجماع [illegible] الصوم ليس له امارة ظاهرة يتذكر بها العام فصار

النسيان عذرا والحج له امارة ظاهرة وهو نزع المخيط وتوفير الشعر والشعث فلم يعذر بالنسيان ولهذا قلنا
ان ما يفسد الصلوة يستوي فيه النسيان والعمد لان للمصلي امارة ظاهرة يستدل بها على الصلوة وهو
الركوع والسجود والقيام ولهذا استوى في الاعتكاف الوطي الناسي والعامد لان المعتكف عليه امارة
ظاهرة وهو الكون في المسجد فاما الوطي في الموضع الذي لا يحل فلا يفسد الحج في احدى الروايتين عن
ابي حنيفة لانه وطي في موضع لا يتعلق به وجوب المهر بحال فلا يتعلق به فساد الحج كالوطي فيما دون الفرج
ويفسده في الرواية الاخرى لانه وطي يوجب الاغتسال عنه من غير انزال وقال ابو يوسف ومحمد يفسده لانه وطي
يتعلق به الحد عندهما واذا وطي في بهيمة فلا كفارة عليه لانه ليس باستمتاع مقصود وكفارة الاحرام تجب بالاستمتاع
فان انزل فعليه شاة لانه انزل عن مباشرة كالوطي فيما دون الفرج ولا يفسد حجه لانه وطي غير مقصود كالوطي فيما دون الفرج
روى جميع ذلك هشام عن محمد فاما اذا جامع المعتمر جماعا بعد جماع في مجلسين فعليه بالجماع الثاني شاة لانه وطي صادف
الاحرام كالاول وكذلك لو جامع بعد ما فرغ من السعي لان الاحرام باقي في حاله لم يتحلل منه بالحلق واما القارن
اذا جامع قبل الوقوف وقبل الطواف للعمرة فسدت عمرته وحجته وذلك لان الوطي صادف الاحرامين قبل تمامهما
فيفسد كحال الانفراد وعليه لكل واحد منهما شاة لانه ادخل بالوطي نقصا في عبادتين كل واحد منهما لو انفردت
تعلق بها الكفارة فصار كالمجامع المعتمر في رمضان فاما اذا جامع بعد ما طاف لعمرته اربعة اشواط فصاعدا
ولم يقف فسد حجه ولم يفسد عمرته لانه وطي فيها بعد الفراغ من ركنها ووطي في الحج قبل الفراغ من ركنه فصار
حكمهما حال الاجتماع كحكمهما حال الانفراد وان جامع بعد الوقوف بعرفة قبل الحلق لم يفسد واحد من الاحرامين
لانه من ركنهما وعليه للحج بدنة وللعمرة شاة كما يلزمه حال الانفراد وكل موضع فسد حجه او عمرته او بطل
عنه دم القران لانه لم يجمع بين الاحرامين على وجه القربة قال فان جامع حاج او معتمر فيما دون الفرج انزل او
لم ينزل او قبل او لمس لشهوة لم يفسد ذلك عليه احرامه وعليه شاة وذلك لان الفساد حكم يتعلق بالوطي على
طريق التغليظ فيختلف فيه الوطي في الفرج وما دونه كالحد والكفارة واما الشاة فلانه استمتع استمتاعا
مقصودا قال والرجل والمراة في ذلك سواء لان الاستمتاع حصل لها كما حصل له فاذا اشتركا في الاستمتاع
اشتركا في حكمه قال والجماع في ذلك على الخطا والعمد سواء وقد بينا ذلك قال وكذلك لو جومعت المراة
نائمة او مكرهة او كان المجامع لها صبيا لم يبلغ او مجنونا فذلك سواء في فساد الحج ووجوب الدم وذلك لان النسيان
والعمد لما استويا في حكم الوطي فكذلك الاكراه والطوع واليقظة والنوم لعدم القصد في الجميع ولان الاثم ما
في ذلك الا انه يكون معذورة والعلة لا تنافي الكفارة في الاحرام وروى ابن سماعة عن محمد فيمن فاته الحج فجامع انه يمضي
على احرامه وعليه دم للجماع والقضا للفوات وليس التحلل من الحج بمنزلة العمرة المستقبلة اما وجوب الدم فلان الوطي
صادف الاحرام ومعنى قوله وليس التحلل كالعمرة انما هو ان الوطي لا يوجب قضاها الا ترى انها بقية افعال الاحرام
قد وجب قضاوه فلا يلزم قضاوه بسبب اخر كالمجامع قبل الوقوف اذا جامع وروى ابن سماعة عن محمد في الرقيات
فيمن طاف للزيارة جنبا او على غير وضوء وطاف اربعة اشواط طاهرا ثم جامع النساء قبل ان يعيد قال محمد اما في القياس
فلا شيء عليه ولكن ابا حنيفة استحسن اذا طاف جنبا ثم جامع ثم اعاد طاهرا ان يوجب عليه دما وكذلك قول ابي يوسف
وقولنا وفرق بين هذا وبين الذي يطوف على غير وضوء والذي يطوف اربعة اشواط وهو طاهر فقال اذا جامع
الذي طاف على غير وضوء ثم اعاد لم يكن عليه شيء وجه القياس ان الطهارة ليست من شرائط الطواف وقد
وقع التحلل بطوافه فالوطي بعد التحلل لا يوجب كفارة واما الاستحسان في الجنب فهو ظاهر على طريقة ابي بكر ان الجنب
اذا اعاد انفسخ طوافه وصار طوافه الثاني فكان الجماع حصل قبل الطواف فيوجب الكفارة وليس كذلك اذا طاف
على غير وضوء لان النقص فيه يسير فالاعادة لم تفسخ الاول فبقي وطيه بعد التحلل فلا يوجب كفارة وقال
ابن سماعة عن محمد في الرقيات فيمن طاف اربعة اشواط من طواف الزيارة ثم احترق الجزء في طوافه او فعل ذلك
في طواف العمرة ثم جامع انه تفسد العمرة وعليه عمرة مكانها ودم وعليه في الحج بدنة وذلك لان الركن من الطواف
اكثر الاشواط فاذا احترق الجزء في اربعة اشواط فلم يات باكثر الاشواط السبعة فصار كمن جامع قبل ان يطوف

باب ما يتقي المحرم من اللباس

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله لا يلبس المحرم القباء ولا القميص ولا السراويل ولا العمامة ولا الخفين الا من لا يجد النعلين
فيقطعهما اسفل من الكعبين وذلك لما روى نافع عن ابن عمر ان رجلا قال يا رسول الله ما يلبس المحرم قال لا يلبس المحرم
القميص ولا السراويل ولا العمائم ولا الخفاف ولا البرانس وكان المعنى فيه انه يستر بدنه بالمخيط فكل مخيط يستر به
بدنه فهو في حكم ذلك وانما يحرم على المحرم لبس المخيط اذا لبسه على الوجه المعتاد فاما اذا اتزر بسراويل او اتشح
بالقميص لم يمنع من ذلك لانه منع من اللبس المعتاد لما فيه من الترفه باللبس واذا لبسه على غير الوجه المعتاد
لم يترفه لانه يتكلف في حفظه ما يتكلف في حفظ الازار فلم يمنع منه واما الخف فقد روي عن النبي صلى الله عليه انه
قال الا ان لا يجد النعلين فيقطعهما اسفل الكعبين وقد قال محمد انه يقطع الخف دون الكعب الذي هو معقد
الشراك عند ظهر القدم وقد قال اصحابنا المتاخرون في جواز لبس ... للمحرم ... الجمجم جاز لانه في حكم

الخف المقطوع وزعم اصحاب الشافعي ان ذلك لا يجوز وهذا غلط لانه لما جاز لبسه عند عدم غيره من غير كفارة جاز
لبسه مع وجود غيره من غير كفارة كالازار فاما العمامة والبرانس فلان المحرم ممنوع من تغطية راسه لقوله عليه السلام
احرام الرجل في راسه وقال في المحرم الذي وقصت به ناقته فمات لا تخمروا راسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا
ولا يلبس ثوبا صبغ بورس ولا زعفران ولا طيب الا ان يكون قد غسل ذلك حتى لا ينفض لما روي في حديث ابن عمر ان النبي
صلى الله عليه قال ولا ثوبا مسه ورس ولا زعفران ولانه ممنوع من الطيب واذا لبس المصبوغ بالطيب فقد استعمل
الطيب في بدنه فاما المصبوغ بالعصفر فلا يجوز عندنا وقال الشافعي يجوز وقد روي عن عايشة انها كرهت
المعصفر وروي ان عمر رضي الله عنه انكر على طلحة لبس المعصفر في الاحرام فقال انما هو ممشق بمغرة فقال انكم يقتدى
بكم يعني ان الممشق وان لم يمنع منه اعتقد من يشاهده انه يجوز ولانه صبغ بغير المغرة ولان العصفر
له رائحة مستلذة يصبغ به للتوجيه كالزعفران والذي روي ان عثمان انكر على عبد الله بن جعفر لبس المعصفر
في الاحرام فقال علي رضي الله عنه ما ارى احدا يعلمنا السنة فيجوز ان يكون مصبوغا بالمدر وذلك غير ممنوع
منه لانه لا رائحة له واما قوله الا ان يكون غسيلا لا ينفض على ثوبه ولا يوجد ريحه وقد روي عن ابن عباس
ان النبي صلى الله عليه قال لا باس ان يحرم الرجل في ثوب مصبوغ بورس او زعفران قد غسل وليس له نفض ولا ردع
ولان المنع للرائحة دون اللون فاذا زال زال المنع قال ابو يوسف ولا باس ان يلبس ثوبا قد صبغ لون
الهروي لان فيه ادنى صفرة وذلك لا يوجد منه رائحة قال ولا يزر عليه الطيلسان وهو قول ابن عمر
وقال ابن عباس لا باس به والوجه في ذلك ان الزر مخيط فاذا زره اشتمل المخيط عليه فمنع منه ولانه
اذا زره لم يتكلف حفظه كما يتكلف حفظ الازار وقد قال اصحابنا اذا خلل عليه الازار بالخلال كره له
ذلك لانه يشبه المخيط في عدم التكلف الا انه ليس عليه شيء لانه ليس بمخيط وقالوا يكره ان يعقد
الازار لانه يشبه المخيط وقد روي عن صالح عن ابن حسان ان رسول الله صلى الله عليه راى محرما قد عقد ثوبه
بحبل او ورق فقال انزع الحبل ويلك انزع الحبل وعن ابن عمر انه كره ان يعقد المحرم الثوب عليه
قال اصحابنا اذا ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في كميه جاز وقال زفر لا يجوز لنا انه
يتكلف حفظه كما يتكلف حفظ الازار والقميص اذا اتشح به فلم يمنع منه وليس كذلك اذا ادخل
يديه في كميه لانه لا يتكلف حفظه فصار كلبس القميص وجه قول زفر ان المخيط اشتمل على
منكبيه ومن غطى بالمخيط عضوا كاملا فعليه كفارة قال ولا يلبس جوربين لانه يستر الرجل بهما
كسترها بالخف فاذا منع من احدهما منع من الاخر وقد قال اصحابنا لا باس بان يستظل المحرم
بالفسطاط وقال مالك يكره والدليل على ما قلناه ما روي ان عمر رضي الله عنه كان يلقي على شجرة ثوبا او نطعا
يستظل به وضرب لعثمان رضي الله عنه فسطاط بمنى وروي عن عمر انه كراهة ذلك ولان الاستظلال
بما لا يماسه كالاستظلال بالسقف وذلك غير ممنوع منه بالاتفاق قال وان لبس ثوبا الى الليل
فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وكان ابو حنيفة يقول ان فعل ذلك اكثر اليوم فعليه
دم ثم رجع فقال لا يلزمه الدم حتى يكون يوما كاملا وروى ابن زياد عن ابي يوسف انه اذا لبس اكثر من
نصف اليوم فعليه دم وليس بمشهور وقال الشافعي اذا لبس قليلا او كثيرا فعليه دم لنا انه
استمتاع ناقص لان الغرض في الاستمتاع بالثياب ان يلبسها يوما او ليلة والاستمتاع الناقص
لا يتعلق به كفارة كاملة كقص ظفر واحد ولان كل لبس لو فعله ناسيا لم يتعلق به دم فاذا
فعله ذاكرا لم يتعلق به دم كلبس السراويل عند فقد الازار وجه قول ابي يوسف ان الاستمتاع
اذا حصل باكثر اليوم فهو كالاستمتاع بجميعه بدلالة ان الانسان قد يلبس اكثر اليوم ثم يعود قبل الليل
الى منزله ويكون ذلك استمتاعا كاملا واما اذا لبس اقل من يوم او ليلة فعليه صدقة قال ابن سماعة
عن ابي يوسف يطعم مسكينا نصف صاع من بر وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهو نصف صاع
الا ما يجب بقتل القملة والجرادة وذلك لان الصدقة المقدرة للمسكين لا ينقص من نصف صاع كالكفارة
فاما الجرادة والقملة فذلك على طريق العوض ولا يتقدر وكذلك ان غطى ربع راسه فصاعدا يوما فعليه
دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة هذه رواية الاصل وقال محمد في نوادر ابن سماعة لا يكون عليه
حتى يغطي الاكثر من راسه ولا اقول حتى يغطي راسه كله وينبغي في قول ابي حنيفة ان غطى ثلثا او ربعا ان يكون
عليه دم والاصل في ذلك ان تغطية الراس ممنوع منها لما قدمنا فان غطى فالتقدير فيه من وجهين تقدير
بالعضو وتقدير بالزمان فاذا غطى ربع راسه يوما فعليه دم لان تغطية ما دون الربع ليس باستمتاع مقصود
وتغطية الجميع مقصود فجعلوا الحد الفاصل بينهما الربع كالفصل في الحلق وقدر ذلك محمد بالاكثر
لان الاستمتاع في التغطية لا يكون بالاقل وانما اعتبروا ذلك يوما لان الانسان اذا غطى راسه ساعة
واحدة فلم يستمتع الاستمتاع المقصود وقد قال اصحابنا ان المحرم ممنوع من تغطية وجهه وقال
الشافعي لا يمنع لنا حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه قال في المحرم لا يغطي اللحية فانها من الوجه ولانه ممنوع
من الطيب لا لحق الادمي فيمنع من تغطية الوجه كالمراة ولهذا قال اصحابنا اذا عصب عصابة على وجهه

او رابيم فعليه صدقة لانه ممنوع من التغطية ولو عصب عصابة على بدنه كره له ذلك ولا يلزمه شي لانه غير
ممنوع من تغطية بدنه وانما منع من الشد المتشبه بالمخيط ه وروى ابن سماعة عن محمد فيمن لبس يوما الا ساعة
تحليق من الدم تصدق ايما لبسه وكذلك روي عنه في الحلق لانه لما وجب في الجميع دم كان في البعض حصته من الدم ه
قال وان جمع المحرم اللباس كله والخفين والعمامة فعليه دم واحد وذلك لانه لبس واحد وقع على جهة واحدة
فصار كالجماع الواحد ه قال وسوا فعل اللبس ذاكرا او ناسيا فعله هو او فعل به غيره وهو لا يعلم وقال الشافعي
لا يجب بلبس الناسي شي لنا ان كل معنى اوجب الكفارة اذا فعله ذاكرا لما تحرمه اوجب الدم اذا فعله ناسيا
او جاهلا كالحلق والوطي ولا تنعقات غير محرم ثم احرم ولم يعده ه قال ولا باس ان يلبس الطيلسان ولا يزره ولا يتوشح
بازاره ويكره له ان يخلله او يعقده واذا فعل ذلك فلا شي عليه وقد بينا ذلك ه قال ولا باس بالهميان والمنطقة
للمحرم وقال مالك ان كان فيه نفقته فلا باس وان كان فيه نفقة غيره فيكره وعن ابي يوسف انه كره المنطقة
اذا كانت بابريسم وقد روي ان عائشة رضي الله عنها سئلت عن الهميان فقالت اوثق عليك نفقتك وعن ابن عباس
انه قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للمحرم في الهميان يشده في حقوه اذا كان فيه نفقته وعن سعيد بن المسيب
لا باس بالهميان وهو قول سعيد بن جبير وطاوس وعطا ولان اشتماله عليه كاشتمال الازار ولانه لو منع منه
استوى فيه ما فيه نفقته او نفقة غيره وجه قول ابي يوسف ان الابريسم مخيط فلهذا كره ذلك كما يكره
تزييد الازار به ولا باس بان تغطي المراة سائر جسدها وهي محرمة بما شات من الثياب المخيطة وغيرها وان تلبس
خفين غير انها لا تغطي وجهها وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال احرام المراة في وجهها ولان بدنها
عورة وستر البدن بما يلبس المخيط يتعذر فلذلك جوز لها لبس المخيط فاما كشف وجهها فلما روي مجاهد
عن عائشة قالت كان الركبان يمرون بنا ونحن محرمات مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا حاذونا اسدلت احدانا جلبابها
من راسها على وجهها فاذا جاوزنا رفعنا وهذا يدل على انه ليس تغطية الوجه ه فاما القفازين فلا يكره عندنا
وهو قول علي وعائشة وروي ان سعيد بن ابي وقاص كان يلبس بناته وهن محرمات القفازين وقال الشافعي لا
يجوز لنا ما روي عليه السلم احرام المراة في وجهها ولانه يجوز تغطية بدنها بقميص وما جاز تغطيته بمخيط جاز بغيره
كالرجل ه قال ولا يلبس ثوبا مصبوغا وذلك لا يخلو اما ان يكون لرائحة الطيب او المعنى المانع من الصبغ ما فيه من معنى
الطيب ه قال وان اسدلت على وجهها شيا وجافته عنه فلا باس لحديث عائشة ولانها اذا جافته عن وجهها
فهي كما لو جلست في قبة او استترت بفسطاط ه قال ابو حنيفة وابو يوسف لا باس ان يلبس المحرم الخز
والقصب وان تلبس المراة الحرير وكل ما شات وقد روي ان ابن عمر كان يلبس نساءه الذهب والحرير في الاحرام
وعن ابي اسحق الشيباني قال رايت محمد بن الحنفية رضي الله عنه واقفا بعرفة وعليه مطرف خز وقد روي عن عطا
كراهية الحلي وهذا ليس بصحيح لان المحرم غير ممنوع من الزينة ولبس الحلي وانواع الثياب لا الزينة ه قال ابو يوسف
في الاملا لا ينبغي للمحرم ان يتوسد ثوبا مصبوغا بالزعفران ولا بالورس ولا ينام عليه وذلك لانه مستعمل للطيب
فهو كما لو لبسه ه قال ولا باس بان يشتمل المحرم بعمامة ولا يعقدها فان عقدها ذهب له ذلك لان اشتمال
العمامة عليه كاشتمال غير المخيط فاما اذا عقدها اشبهت المخيط فكره له ذلك ه قال وعلى القارن في جميع ذلك
مثل ما على المفرد في الدم والصدقة وذلك لانه ادخل النقص في كل واحد من الاحرامين فصار كالواقف ه
قال هشام عن محمد فيمن لم يجد نعلين قال يقطع الخفين اسفل من الكعبين قال محمد والكعب هاهنا موضع
يديه على الموضع الذي يقع عليه عقد الشراك زمام النعل وقد بينا ذلك في الحج قال والسراويل يفتق
حولها ما خلا التكة قال هشام ووصف محمد نحو الرمانين التي تلبسها نسا المجوس عندنا بالري ه وقد قال
اصحابنا ان المحرم اذا لم يجد الا ازارا وامكنه فتق السراويل والتستر به لزمه فتقه فان لبسه ولم يفتقه فعليه
دم وقال الشافعي يلبسه ولا شي عليه والدليل على انه يجب فتقه انه ما دام لا يجوز لبسه فاذا وصل اليه بالفتق
لزمه كالخف ه ومن خاط ازاره سراويلا كما هو فتقه والدليل على انه لا يجوز لبسه قبل الفتق ان كل حال
لا يجوز فيها لبس الخفين لم يحل له لبس السراويل اذا وجد فيه في الاصل حال وجود الازار والدليل على
وجوب الكفارة اذا لم يمكن فتقه لان كل لبس يتعلق به الفدية مع القدرة على غيره تعلق به وان لم يجد
غيره كالخف اذا لبس مع عدم النعال ه قال ابن سماعة عن محمد في محرم حمل على راسه شيا فان كان من لباس
الناس فهو بمنزلة المحرم يغطي راسه وان كان مما لا يلبس الناس نحو اجانة او عدل بر ونحوه فلا شي عليه
ولا باس به لانه اذا حمل الثياب فقد غطى راسه بما يقصد به التغطية فصار كاللبس واذا حمل غير ذلك
فلم يحصل الاستمتاع بالتغطية فلم يلزمه جزاء ه قال محمد في الرقيات في محرم اضطر الى لبس قميص فلبس
قميصين وقد كان يجزيه قميص او اضطر الى لبس قلنسوة فلبسها ولبس قميصا قال محمد هذا مختلف
اذا لبس على موضع الضرورة ما يحتاج اليه وما لا يحتاج اليه فهو لبس واحد وهو للضرورة ولبس على اللابس اي
يزن هذا اوزانا وكذلك اذا لبس قلنسوة وعمامة وان كان لا يحتاج الى العمامة وكان به ضرورة في راسه
فلبس قميصا فعليه كفارة غير كفارة الضرورة وذلك لان الضرورة اذا كانت في لبس القميص فلبس قميصين
فلبسهما على طريق واحد والمعنى واحد فصار كمن اضطر الى قميص فلبس جبة واذا اضطر الى تغطية

راسه فلبس عمامة وقميصا فالقميص لا يحتاج اليه لتغطية الراس فلم يكن للضرورة فصار في حكم اللبس الاخر وهذا
مبني على اصل وهو ان ما يحظره الاحرام اذا فعله لعذر فعليه اي الكفارات شا لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا
او به اذى من راسه ففدية من صيام او صدقة او نسك وقال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب بن عجرة ايؤذيك هوام راسك
قال نعم قال احلق واذبح شاة او صم ثلثة ايام او اطعم ستة مساكين كل مسكين نصف صاع من بر ه واما
ما حظره الاحرام اذا فعله من غير ضرورة تعين فيه الدم وقال الشافعي هو بالخيار لنا انها كفارة وجبت عليه بجنايته
في الاحرام لا على طريق العوض فوجب ان لا يخير فيها بين الدم والصوم اصله الكفارة التي تجب بالوطي ه
واذا ثبت اختلاف صفة التكفير وجب على المضطر الى التغطية بتغطية راسه احد الامور الثلثه
فوجب عليه بلبس القميص الدم فلا يخير فيه فلذلك اختلف حكم اللبس ه قال قلت ارايت ان لبس
قميصا للضرورة فلما كان في بعض اليوم لبس قميصا اخر وقلنسوة لغير ضرورة حتى مضى اليوم ثم خلع قال
محمد هو على ما وصفت لك لا يدخل واحد منهما في صاحبه اذا كان في موضعين مختلفين وهذا صحيح
لانه اذا لبس قميصا بعد قميص والحاجة لا تدعو اليه صار كانه لبسهما معا وهو محتاج الى احدهما واذا
لبس القلنسوة من غير حاجة لزمته كفارة اخرى كما لو لبسها ابتدا مع القميص ه قلت ارايت ان لبس قميصا
بعض يومه للضرورة فذهبت الضرورة ثم ترك ذلك يوما او يومين او لبس نصف يوم للضرورة ثم ذهبت فتركه
باقي يومه قال محمد ما دام في شك من الضرورة فذلك ضرورة فاذا جا اليقين ان الضرورة قد زالت فلبس بعد
ذلك فعليه كفارتان كفارة للضرورة وكفارة اخرى لان الضرورة ما دامت موجودة فاللبس الثاني وقع على الوجه
الذي وقع عليه الاول فلا يتعلق به الا كفارة واحدة ه واذا زالت الضرورة فاللبس الثاني وقع على غير الوجه
الاول فتعلق به كفارة اخرى وهذا كما قالوا فيمن به قرحة اضطر الى دوايها بالطيب فما دامت باقية وهو
يكرر الدوا فعليه كفارة واحدة لان الجميع وقع على وجه واحد فان برات القرحة وحدثت اخرى فداواها فعليه
كفارة اخرى من غير ضرورة القرحة ولو خرجت اخرى فداواها فعليه كفارة اخرى لان الضرورة قد زالت ه قال
ابن سماعة قلت لو لبس من غير ضرورة بعض يوم قميصا ثم لبس من يومه ذلك سراويلا ثم لبس خفين او قلنسوة
وذلك في يوم واحد ثم ترك ذلك كله حتى مضت ايام التشريق ارايت لو مضى يوم ثم لبس بعد ما غابت
الشمس يوما اخر فهو في مقامه الذي غابت له الشمس فيه او بغيره او نزع بعض ما عليه ثم اعاده ونزل عليه
يوما اخر وليلة اخرى اما ترى عليه في قول ابي يوسف دما اخر لبس ذلك في مقامه الذي غابت
له الشمس او غيره ولا ينظر في هذا الى المقام والمقامين قال محمد يجعلان اللباس شيا واحدا ما لم
ينزعه ويعزم على ذلك فاذا نزعه وعزم على تركه ثم لبسه بعد ذلك جعلا ذلك كالمقامين وما لم يعزم
جعلا ذلك كالمقام الواحد وذلك لانه ما لم يعزم على الترك فقد وقع جميعه على جهة واحدة فكانه وقع
في مجلس واحد ه واذا عزم على الترك فقد اختلفت جهة اللبس فتعلق بكل واحد من اللبسين كفارة ه
قلت ارايت رجلا لبس قميصه وجبته بالنهار وينزع ذلك بالليل للنوم ويلبس من الغد وهو لم يعزم على
ترك اللبس انما ينزعه للنوم اجب عليه لكل يوم دم قال محمد لا يعتبر به وهو بلازمه وهو يجتنبا عليهم
يعني انهما اوجبا فيه كفارة واحدة مع التكرار وهذا لا وجه فيه لان اللبس وقع على جهة واحدة ومن اصلهما
ان اللبس اذا تكرر على جهة واحدة فهو كلبس واحد لان اللبس على وجه الرفق ه قلت ارايت رجلا به مرض
وهو يحتاج الى اللباس بالليل للبرد ويستغني عنه بالنهار غير ان المرض ثابت عليه فجعل يلبس الثياب
القميص والقلانس والخفاف وما اشبه ذلك بالليل وينزعها بالنهار قال عليه لذلك كفارة واحدة في قولنا وهو
قولهم وهذا على ما بينا ان اللبس وقع على جهة واحدة ه قال محمد ارايت اذا لو كان اذا قعد في الشمس في
واذا تجددت الضرورة انبغي ان يومر هذا ان ينزعه حتى يبرد فاذا لبس بعد ذلك هذا اللبس اشيا ما تعني
بهذا انه اذا لبس للبرد فقد لبس للضرورة واذا قعد في الشمس فقد زالت فلا تتغير الكفارة لان سبب
الحاجة لم يزل ه قلت ارايت ان كان به حمى يوما ويوما لا وقد عرف ذلك منه وكان يحتاج في يوم الحمى الى
اللباس فاذا استغنى عنه نزعه ايجعل هذا بمنزلة جرح ثم اقبل ابدا جرح اخر ولا بد لكل واحد كفارة قال
محمد لا يشبه هذا الجرحين المفترقين هذا فيه كفارة واحدة ما لم يبرا من تلك الحمى وتاتيه حمى اخرى
وانما اشبه الجرحين المفترقين الجرحين اللذين برا من واحدة ثم يصيبه اخرى وهذا صحيح لان الحمى الغب
ما دامت باقية فالعذر عذر واحد فلا يتعلق باللبس الا كفارة واحدة ه قال وكذلك لو حضر عدوا فاحتاج
الى لبس الثياب ثم ذهب فنزع ثم عاد فعاود وكان العدو لم يبرح فكان يقاتل بالنهار ويلبس السلاح ويرفع
بالليل قال محمد عليه في هذا كفارة واحدة ما لم يذهب هذا العدو ويجي عدو اخر في قياس قولهما وهذا على ما
بينا ان العدو الواحد لا يتعلق باللبس له الا كفارة واحدة ه قال ولو لبس قميصا يوما فالكثر من غير ضرورة
ثم اراق دما ثم ترك بعد ذلك ايام اكثر فقال محمد قولنا في هذا واحد وعليه كفارة اخرى وذلك لان من اصل
محمد انه اذا كفر ثم لبس تعلق به حكم اخر من اللبس تعلق كفارة كالوطي في رمضان اذا تخللهما التكفير ه
ولو لبسه وهو محرم من حجة يوما او يومين فعليه كفارة واحدة لان البقا على اللبس كالابتدا اذا حل

باب الطيب

قال الشيخ الإمام رحمه الله لا بأس بأن يتطيب المحرم عند إحرامه بأي طيب شاء قبل أن يحرم وقد بينا الخلاف في هذه المسألة قال وإذا أحرم لم يقرب طيبا لما روي عن النبي عليه السلام أنه قال المحرم الأشعث الأغبر والطيب ينافي الشعث فإن طيب عضوا كاملا فعليه دم وقد روى هشام عن محمد أن العضو الكامل الساق أو الفخذ أو الرأس وذكر الحاكم في المنتقى قال إذا طيب مثل بعض الشارب أو بقدره من اللحية فعليه صدقة وفي موضع آخر من المنتقى إذا طيب ربع الرأس فعليه دم قال محمد إن كان الطيب في جسده حتى يكون كثيرا وذلك لأن هذا استمتاع مقصود ألا ترى أن استعمال الطيب هكذا يكون يستعمله في وجهه أو بدنه والاستمتاع الكامل يتعلق به كفارة كاملة وأما إذا طيب من بدنه أقل من عضو فعليه صدقة وقال محمد يقطع بقدره من فدية ما يوجب الدم فيكون عليه بحساب ذلك وقال الشافعي في قليل الطيب وفي كثيره دم لنا أن ما يتعلق به الفدية من محظورات الإحرام فإن كفارته الأعلى والأدنى كالحلق والجماع وقص الأظفار وعكسه مجاوزة الوقت وجه قول محمد أن الدم لما تعلق بمقدار يتعلق فيما دونه بقدره قال فإن تطيب بزيت أو بخل فعليه دم في قول أبي حنيفة وصدقة في قول أبي يوسف ومحمد وقال الشافعي إن استعمله في شعره فعليه دم وإن استعمله في بدنه فلا شيء عليه لنا ما روي أن عليا ادهن عند الإحرام من حبة الزيت فدل على أنه جعله طيبا ولأن الزيت أصل الطيب وإنما يكتسب رائحته والحكم يتعلق بالعين دون الرائحة ولأن فيه دهن لو استعمله في شعره وجبت به الفدية فإذا استعمله في بدنه وجبت كالأدهان المطيبة وجه قولهما أن الزيت مأكول فإذا ادهن به لم يجب الدم كالسمن وإنما أوجبنا الصدقة لأنه يقتل الدواب وقد قال أصحابنا في الزيت إذا داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه لأنه ليس بطيب في نفسه وإنما هو في حكم الطيب فإذا لم يستعمله على وجه الطيب لم يجب به كفارة وليس كذلك إذا تداوى بالطيب لأنه طيب في نفسه فإذا استعمله للتطيب أو لغيره لزمته الكفارة وقالوا فيمن ادهن بشحم أو بسمن فلا شيء عليه لأنه ليس بطيب في نفسه ولا هو أصل الطيب فصار كشحم الماكولات فأما الدهن المطيب كالبان والبنفسج ففيه الكفارة لأنه طيب في نفسه ويستعمل كما يستعمل فيه الطيب قال وإذا كان الطيب في طعام قد طبخ وتغير فلا شيء على المحرم في أكله لأنه استحال بالطبخ عن معنى الطيب وإن كان لم يطبخ كره له ولا شيء عليه لأن الطعام غالب عليه فصار مستهلكا فيه ولكنه يكره إذا كان ريحه موجودا وقد قالوا في الملح يخلط فيه الزعفران فإذا كان الزعفران فيه غالبا ففيه الكفارة لأن الملح تبع فلا يخرجه عن حكم الطيب وإن كان الملح غالبا فلا كفارة عليه لأنه ليس في معنى الطيب وقد روي عن ابن عمر أنه كان يأكل الخبيص الأصفر وهو محرم وقال لا بأس بالخبيص الأصفر للمحرم قال وإن تداوى المحرم بما لا يؤكل من الطيب لمرض أو علة أو اكتحل بطيب لعلة فعليه أي الكفارات شاء وهذا على ما بينا أن محظورات الإحرام إذا أبيحت لعذر تخير في الكفارة وفي المنتقى بشر بن الوليد عن أبي يوسف أن ما غيرته النار فلا بأس وإن كان ريح الطيب يوجد منه وما لم تغيره النار فإني أكره أكله إذا وجد منه ريح الطيب فإن أكل فلا شيء عليه وقد بينا هذا قال ويكره للمحرم أن يشم الطيب والريحان فإن فعل فلا شيء عليه وقد روي عن ابن عمر أنه كره شم الريحان للمحرم وهذا قول جابر وعن ابن عباس أنه لا بأس به وقال الشافعي الريحان طيب وفيه الفدية لنا أنه شم الرائحة المجردة من غير أن يلصق بثيابه أو بدنه شيء من الطيب فلم يلزمه الفدية كالوقوف عند العطار فشم الرائحة وإنما كرهوا ذلك لما فيه من الاستمتاع وقال أبو يوسف لا يشم نبات الأرض ماله ريح طيبة ولا الثمار الطيبة وذلك لأنه استمتاع بالرائحة كالطيب قال وإن شم المحرم ريح طيب تطيب به قبل الإحرام فلا بأس بذلك لأنه غير ممنوع من شمه ولا ممنوع من رائحته كالواجتاز بالعطارين وقد روى ابن سماعة عن محمد أن رجلا لو دخل بيتا قد أجمر فطال مكثه في البيت فعلق بثوبه فلا شيء عليه لأن الرائحة ها هنا ليست متعلقة بعينه ومجرد الريح لا يمنع منه قال وإن استجمر بطيب فعلق بثوبه شيء فعليه دم وإن كان يسيرا فعليه الطعام لأن الرائحة ها هنا متعلقة بعين وقد استعملها في بدنه فهو كما لو تطيب به وذكر ابن رستم عن محمد فيمن اكتحل بكحل فيه طيب مرة أو مرتين فعليه صدقة وإن كان كثيرا فعليه دم لأن الكحل إذا كان الغالب عليه الطيب فلا فرق بين استعماله على طريق التداوي أو التطيب قال وإن مس طيبا فلزق بيده فهو بمنزلة الطيب وذلك لأنه طيب به يده وإن لم يقصد التطيب ووجوب الكفارة لا يقف على القصد وقالوا فيمن مس الحجر فأصاب يده من طيبه أن عليه الكفارة لأنه مستعمل للطيب وإن لم يقصد التطيب قال وإذا داوى جرحا أو تطيب لعلة ثم خرجت به جرح آخر قبل أن يبرأ الأول فعليه كفارة واحدة وذلك لأن العذر الأول باق فما يستعمله في جهة جهة واحدة قال ولا بأس بأن يفتصد المحرم أو يحتجم ويجبر كسرا إذا كان به لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم محرم بالقاحة ولأن محمدا قال الحجامة للمحرم لا تمنع من التداوي وعلى القارن فيما يوجب الدم على المفرد لأنه أدخل نقصا في كل واحد من الإحرامين فصار كما لو أفردهما قال ولا يحل للقارن والمفرد الطيب حتى يحلقا أو يقصرا وذلك لأن الإحرام قبل الحلق باق في حرمه الإحرام يمنع من الطيب قال وإن كان قد رمى الجمرة فإذا حلق أو قصر حل له الطيب وقد قدمنا هذا قال وكذلك المعتمر لا يحل له التطيب حتى يحلق أو يقصر لأن إحرامه باق قبل الحلق فيمنع من الاستمتاع قال والرجل والمرأة في ذلك سواء لأنهما يستويان في أحكام العبادات إلا ما خصه الدليل قال والخيري والبنفسج طيب وحكي عن الشافعي أن البنفسج ليس بطيب وهذا ليس بصحيح لأنه مطيب كالبان قال

والوسمة ليست بطيب فإن خاف أن يقتل الدواب تصدق بشيء وذلك لأن الوسمة ليست لها رائحة مستلذة وإنما تغير الشعر وذلك ليس باستمتاع وإنما هو زينة وإن خاف أن يقتل الدواب فعليه صدقة لأنه يزيل الشعث وقد روي عن أبي يوسف فيمن خضب رأسه بالوسمة أن عليه الدم ليس لأجل الخضاب ولكن لتغطية رأسه قال فإن غسل رأسه بالخطمي فعليه دم عند أبي حنيفة وصدقة عند أبي يوسف ومحمد وجه قول أبي حنيفة أن الخطمي له رائحة مستلذة فهي كالحناء ولأنه يزيل الشعث ويقتل الدواب كالحلق وجه قولهما أن الخطمي يزيل الوسخ كالأشنان وإنما وجبت الصدقة لأنه يقتل الدواب وقد روي عن أبي يوسف أنه لا شيء فيه لأن إزالة الشعث قد أبيحت وهذا جزء منها فأما أن يقول إن غسل الرأس به في خلال الإحرام لا يوجب شيئا قال أبو يوسف والعنبر طيب لأنه يتبخر به ويستلذ به قال والطيب في المجلس والمجالس كما وصفت لك في الجماع يعني إذا تطيب في مجلس واحد ففيه كفارة واحدة وإن كان في مجالس فعليه لكل طيب كفارة إلا أن يقصد الرفض وقال محمد كفارة واحدة ما لم يكفر للأول وقد بينا هذا قال وقال أبو يوسف إن شرب دواء فيه طيب فهو بمنزلة أكله يعني إن كان متغيرا بالنار فلا شيء فيه وإن كان لم يتغير وهو مغلوب توجد رائحته كره له ذلك ولا كفارة عليه وقد قالوا في المحرمة تختضب بالحناء أن عليها الكفارة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب وإذا كان في حكم الطيب في العدة فكذلك في الإحرام

باب قص الأظفار

قال أصحابنا لا يجوز للمحرم قص أظفاره وقال عطاء يجوز لنا قوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم فرتب قضاء التفث على الذبح وقد روي عن ابن عباس أنه قال التفث قص الأظفار والفدية ولأن الظفر في حكم الشعر بدلالة أن كل واحد منهما الإحياة فيه فجريا مجرى واحدا فأما مقدار الكفارة فإن قص يديه ورجليه في حالة واحدة أو يديه أو إحدى رجليه أو إحدى يديه فعليه دم لأنه حصل له استمتاع كامل فتكاملت الكفارة فإن قص أقل من يد فعليه صدقة لكل ظفر نصف صاع وذلك لأنه لم يحصل له الاستمتاع الكامل فلم تكمل الكفارة وقال محمد يجب بحساب ذلك من الدم وقال زفر إن قص الأكثر من إحدى اليدين فعليه دم وهذا قياس لأنها يتعلق به الدم ولم يقطع في اليدين لا يقوم أكثره مقام جميعه كربع الرأس وأما إذا قص خمسة أظافير من يدين أو رجلين فعليه صدقة وقال محمد عليه الدم وجه قولهما أنه لم يحصل به استمتاع ولا زينة ألا ترى أن الإنسان لا يتجمل بأن يكون بعض أصابعه مقصوصة وبعضها بحالها وإذا لم يكمل الاستمتاع لم تكمل الكفارة وجه قول محمد أن الدم لما تعلق بعدد من الأصابع استوي أن يكون من يد أو يدين كوجوب الدية بقطع خمسة أصابع وجه قول زفر أن الدم لما تعلق بإحدى اليدين قام أكثرها مقام جميعها كما يقوم أكثر الرأس مقامه قال وإن قص يديه ورجليه في مجلس واحد فعليه دم واحد وذلك لأن أسباب الكفارة من جنس واحد اجتمعت في مجلس واحد فكان عليه دم واحد كالجماع الواحد قال فإن انكسر ظفر المحرم فتعلق بجلده فأخذه فلا شيء عليه إذا كان مما لا ينبت وذلك لأنه خرج من حد النماء فصار كالشعر المنقطع فإذا أزاله لم يجب به شيء وكذلك في الوانه أغصان شجر الحرم إذا أيبس قال وإذا قص الأظافير للأذى فعليه أي الكفارات شاء وذلك لأنه معذور فيه ومحظورات الإحرام إذا أبيحت لعذر خير في الكفارة وقال محمد عن عطاء في محرم قلم أظفار حلال أنه لا شيء عليه وإن أخذ شعر حلال فعليه صدقة وقال أبو حنيفة فيهما صدقة والربيع بن عبد الله الكلام في هذه المسألة يقع في فصلين أحدهما المحرم إذا أخذ شعر المحرم أو ظفره فعليه صدقة وقال الشافعي لا شيء عليه لنا أنه أزال شعرا تعلق به حرمة الإحرام كشعر نفسه أو أزال شعرا أمنه الإحرام من إزالته كشعر الصيد فأما إذا حلق المحرم رأس حلال فعليه صدقة لأنه استمتاع حظره الإحرام من جميع الوجوه فإذا فعل المحرم بالحلال لزمته الكفارة كالوطء ولأنه حلق رأس آدمي فلزمته الكفارة كما لو حلق رأس محرم مكرها وأما الحلال إذا حلق رأس محرم فعلى المحرم الكفارة وقال الشافعي إن كان بغير أمره وإن كرهه فلا كفارة عليه وإن لم يكرهه فسكت المحرم ففيه وجهان لنا أنه الاستمتاع بالحلق حصل للمحرم كما لو حلق بأمره قال أصحابنا لا يرجع المحرم على الحلال بشيء وكان أبو حازم يقول يرجع عليه بالكفارة لنا أن الاستمتاع بالحلق حصل للمحرم فلو رجع بالكفارة سلم له العوض والمعوض وهذا لا يجوز ولهذا قال أصحابنا إن المغرور لا يرجع بالعقر على الغار لأن منفعة الوطء سلمت له فلا يرجع ببدلها على غيره وجه قول أبي حازم أن الحالق هو الذي ألجأه إلى التكفير فكأنه أخذ ذلك القدر من ماله فأتلفه فأما فرق عطاء بين الأظافير والشعر فعلى أصله أن قص الأظفار لا يتعلق به جزاء بخلاف الشعر

باب المحرم يقتل صيدا

قال الشيخ رضي الله عنه الصيد الحيوان الممتنع المتوحش في أصل خلقته وهو على ضربين بري وبحري فما كان من صيد البحر فهو حلال للحلال والمحرم قال الله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فأطلق إباحة صيد البحر وخص صيد البر بحال الإحرام فصيد البر كله حرام على المحرم إلا ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم وهو الذي يبتدئ بالأذى غالبا مثل الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب وما سوى ذلك محرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله تعالى ليبلونكم الله بشيء

من الصيد تناله أيديكم ورماحكم ولقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم قال أبو الحسين وصيد البر ما
كان توالده فيه ومأواه فيه وصيد البحر ما كان توالده فيه ومأواه فيه لأن ما يأوي البحر ويتوالد في البر من صيد البر وما
يتوالد في البحر ويكون في البر مثل الضفدع من صيد البحر قال ومملوك ذلك ومباحه سواء لأن اسم الصيد عام فيهما
ولأن الملك لا يخرج الشيء من حكم جنسه قال أبو يوسف في الغراب المستثنى ما أكل الجيف أو خلط مع الجيف
وذلك لأنه هو الذي يبتدئ بالأذى قال أبو يوسف فإن قتل المحرم عقعقا فعليه الكفارة لأنه لا يبتدئ بالأذى ولأنه
لا يسمى غرابا وأما ما لا يتوحش وهو الدجاج الأهلي والبط الكسكري وهو البط الكبير الذي يكون في المنازل
وذلك لأن هذه الأجناس غير متوحشة فأما البط الذي يطير فليس من جنسها إنما هو من جنس آخر وقد قال أصحابنا
في الحمام المسرول أن فيه الجزاء وقال مالك لا جزاء فيه والوجه فيه أن الحمام كله ممتنع متوحش وإن استأنس بالتوالد
والتأنيس فصار كالظبية المتأنسة والنعامة المتأنسة وأما البط فليس من جنس المتوحش وإنما هو من نوع آخر يبين
ذلك أن الحيوان المباح المحرم مثل الإبل قد يتوحش ولا يحرم ذلك ذبحها لأن المعتبر فيها بالجنس لا بالفعل فكذلك
الوحش إذا أنس قال والسباع كلها إلا ما استثني من الكلب والذئب وقال الشافعي لا يحرم على المحرم قتل السبع لنا
قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم والاسم عام في كل ممتنع متوحش ولأن العرب لا تعتقد تحريم السباع وقد كانوا يأكلون
جميع الحيوان إلا ما حرم فلو كان الاسم موضوعا للمباح تناول الجميع لاعتقادهم إباحته ولأنه صيد لا يبتدئ بالأذى غالبا
كالسبع قال فإن ابتدأ السبع المحرم فقتله فلا شيء عليه وذلك لأن النبي عليه السلام أسقط الجزاء فيما يبتدئ بالأذى غالبا ووجود
الأذى أكثر في العادة من الابتداء به ولأن التحريم لحق الله تعالى وقد أذن في الإتلاف فلم يجز أن يكون مضمونا لحقه
قال وليس على المحرم في قتل هوام الأرض شيء مثل القنافذ والخنافس والجعلان وابن عرس وقال أبو يوسف ابن عرس
هو من سباع الهوام وكذلك الحية والعقرب وذلك لأن الهوام ليس بصيد ولأنه لا يتوحش من الآدمي فأما الحية
والعقرب فلأنها تبتدئ بالأذى غالبا وقال في القنفذ واليربوع الجزاء وذلك لأنه من جنس الممتنع المتوحش ولا
يبتدئ بالأذى غالبا قال أبو يوسف والقرد والفيل إذا ابتدأ بالأذى فلا شيء فيهما فإن ابتدأهما المحرم فعليه الجزاء وذلك
لأنهما من جنس الصيد الممتنع المتوحش فإن ابتدأ بالأذى سقط ضمانه وإن ابتدأه المحرم فلم يبح له إتلافه فعليه الجزاء
قال أبو يوسف وفي السمور والدلق الجزاء لأنهما من جنس الممتنع المتوحش لا يبتدئ بالأذى قال أبو يوسف
وفي القنفذ الجزاء لأنه من جنس الممتنع المتوحش لا يبتدئ بالأذى غالبا قال أبو يوسف في القرد والخنزير الجزاء وقال
زفر لا جزاء فيهما لأبي يوسف أنهما من جنس الصيد الذي لا يبتدئ بالأذى كالثعلب والضبع ووجه قول زفر أن الخنزير
مندوب إلى قتله قال النبي صلى الله عليه بعثت بكسر المعازف وقتل الخنازير وإذا كان مندوبا إلى قتله لم يجب عليه الجزاء
قال الحسن بن زياد الكلب ليس بصيد وكذلك السنور الأهلي وقال هشام في البرية الجزاء وروى الحسن عن أبي حنيفة
لا شيء في السنور الأهلي والوحشي والفارة الأهلية والوحشية أما الكلب فلأنه مستثنى بجواز القتل والمتوحش
منه والأهلي سواء وأما السنور الأهلي فليس بمتوحش فلا يجب به جزاء وأما الوحشي فقال أبو حنيفة هو من جنس
الأهلية وإذا لم يجب الجزاء في أحدهما فكذلك الآخر ووجه رواية هشام أنها صيد لا يبتدئ بالأذى غالبا وأما الفارة
فهي مما استثني في الخبر قال ولا شيء على المحرم في قتل البرغوث والبعوض والحلم والقراد وروي عن ابن عمر
أنه كان يقرد بعيره وهو محرم وسئل ابن عباس عن قتل القراد فقال انحر بعيرك وانظر كم كان فيه من قراد ولأن
هذه الأشياء غير متوحشة ألا ترى أنها تطلب الآدمي مع امتناعه منها فأما القمل ففيه صدقة ليس لأنه صيد
ولكن هو متولد من البدن كالشعر ففي إزالته إزالة التفث فيتصدق بكف من طعام وكذلك إن قتل جرادة
فقد روي عن عمر تمرة خير من جرادة ولأن الجراد من صيد البر ألا ترى أنه لا يعيش فيه ويموت إذا وقع في الماء فهو كسائر
صيد البر وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال الكلب العقور وغير العقور إن أراد المحرم أذى أو لم يرده فلا بأس
بقتله وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال خمس فواسق يقتلهن المحرم في الحل والحرم الحية والعقرب
[illegible]ة والكلب العقور والغراب وروي الحدأة وما استثني بإباحة القتل فلا جزاء فيه قال ولا بأس للمحرم
أن يقتل الزنبور لأنه من جنس الحشرات وكذلك صياح الليل والبعوض والذباب لما بينا أنها غير متوحشة من الآدمي فلا
يكون صيدا

باب معرفة الجزاء

قال الشيخ أبو الحسين رحمه الله إذا قتل المحرم صيدا فعليه الجزاء والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يقوم الصيد في الموضع الذي أصابه إن كان مما يباع فيه الصيود
وإن لم يكن يباع فيه ففي أقرب المواضع إليه من المقاتل ثم له الخيار إن شاء صرف القيمة إلى الهدي إن بلغت ذلك وإن شاء إلى
الإطعام وإن شاء إلى الصيام وذكر أبو الحسن عن محمد أن القاتل إذا اختار الهدي أخرج نظير المقتول في الخلقة إن كان له
نظير وذكر الطحاوي عن محمد أن الخيار إلى الحكمين فإذا حكما بالهدي لم يعدل عنه وقال الشافعي الواجب النظير من طريق الخلقة
لنا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم وهذا عام فيما له مثل وفيما لا مثل له ثم قال ومن قتله منكم متعمدا
فجزاء مثل ما قتل من النعم والمثل الذي يحكم به ما له نظير وما لا نظير له هو القيمة ولأنه قال أو كفارة طعام مساكين معناه أو
مثل ما هو كفارة أو طعام وقد أجمعوا على أن المماثلة في الطعام تكون بالقيمة فكانت هي المراد بالمثل المذكور في الهدي
ولأنه قال يحكم به ذوا عدل منكم ولو كان الواجب النظير في الخلقة لم يحتج فيه إلى عدلين لأن ذلك معلوم من طريق
المشاهدة وإنما يحتاج إليهما في القيمة التي تختلف باختلاف الأزمان وأما قوله فجزاء مثل ما قتل من النعم

فلا يجوز أن يكون النعم من الجزاء لأنه إنما هو من المقتول بدلالة أن قوله فجزاء مصدر وقوله مثل صفته والمصادر إذا وصفت
لم تتعد فعلم أن المراد فجزاء من المقتول الذي هو من النعم وقد قال أبو عبيدة إن النعم اسم للوحشي والأهلي ولأن قوله
[illegible] بالغ الكعبة [illegible]
في الإتلاف مثله [illegible] على الآدمي [illegible] الجزاء قال
[illegible] وفي الضبع شاة [illegible]
[illegible] وقال الله تعالى يسمى الموجب حكما [illegible]
على [illegible] زفر على الترتيب [illegible] ككفارة اليمين وقال زفر [illegible]
[illegible] على اعتبار الترتيب [illegible] وقد قال أصحابنا [illegible] وقال
الشافعي [illegible] وقال أبو حنيفة
لا يجوز [illegible] وقال محمد يجوز وبه قال الشافعي لنا أنه حيوان لا يجوز
[illegible] وفي الأرنب عناق وفي
اليربوع جفرة قال أصحابنا [illegible] قتل الصيد والخطأ سواء في وجوب الجزاء وهو قول عمر بن الخطاب
وعبد الرحمن بن عوف [illegible] والحسن البصري [illegible] وقال ابن عباس لا جزاء إلا على العامد
لنا أنه ضمان يجب بالإتلاف فاستوى فيه الخطأ والعمد كالصيد المملوك وأما قوله تعالى ومن قتله منكم
متعمدا [illegible] فالوعيد بقوله ليذوق وبال أمره والخطأ لا يستحق
الوعيد قال أصحابنا العائد في قتل الصيد كالمبتدئ في وجوب الجزاء وهو قول عمر وقال ابن عباس لا جزاء
على العائد لنا أنه ضمان يجب بالإتلاف فاستوى فيه المبتدئ والعائد كالصيد المملوك ولأنه حيوان
يجب بإتلافه كفارة كالآدمي وأما قوله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه فإنه ذكر الانتقام وسكت عن الجزاء
لأنه مستفاد بأول الآية ولأن المراد بقوله ومن عاد يعني ومن عاد للفعل بعد علمه بالنهي كما
قال الله تعالى في آية الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك
أصحاب النار معناه من عاد إلى الفعل بعد النهي وإذا اختار القاتل إخراج الهدي صرف القيمة إلى البدن
فإن فضل منها ما لا يبلغ هديا كان مخيرا فيه إن شاء صرفه إلى الإطعام أو الصوم لأنه لا يبلغ إلى الهدي
فصار كالصيد الصغير الذي لا يبلغ قيمته هديا فإن اختار إخراج الإطعام قوم المقتول وأخرج بقيمته طعاما لكل
مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير على أصلنا في تقدير الكفارات بذلك فإن اختار الصوم قوم المقتول
طعاما وصام عن كل نصف صاع يوما وقال الشافعي عن كل مد يوما لنا أنه مخير بين الصوم والإطعام فلا يجب
عليه عن كل مد صوم يوم كفدية الأذى وقد روي عن ابن عباس أنه قال يصوم عن كل نصف صاع يوما فإن فضل من
الطعام أقل من نصف صاع كان مخيرا إن شاء صام عنه يوما وإن شاء أخرجه طعاما لأنه لا يمكن أن يصوم أقل من يوم
قال ولا يقوم في الجزاء على المحرم إلا قيمته لحما لا قيمته [illegible] مثل أن يكون بازيا صيودا أو حماما يجيء من المواضع وذلك
لأن الضمان متعلق بكونه صيدا والصناعة لا تعود إلى الخلقة فلا يعتبر بها وقد قال في الحمامة المصوتة أنه يضمنها
مصوتة في إحدى الروايتين لأنه خلقة فيها ككونها مطوقة وقال في الرواية الأخرى لا يعتبر ذلك لأنه لا يعود إلى
جهة الصيد وما لا يؤكل لحمه ففيه الجزاء لا يجاوز به دما وينقص من ذلك مثل الضباع والسباع والثعالب
وسباع الطير وحكي عن أصحابنا عن زفر أن فيه القيمة بالغة ما بلغت وذكر ابن شجاع في اختلاف زفر وأبي يوسف
عن زفر أن ما يؤكل لحمه لا يجاوز به شاة لنا أن الضمان يجب لجهة كونه صيدا والسبع إذا قوم لحمه فلحم
الشاة خير منه وإنما يزيد قيمته لتفاخر الملوك به وذلك لا تعلق له بجهة الصيد فلا يضمن وجه قول زفر
أن ما وجب ضمانه بالقيمة اعتبرت قيمته بكل حال كالسبع المملوك قال وعلى القارن في جميع ذلك مثلا ما
على المفرد وقال الشافعي جزاء واحد لنا أنه أدخل نقصا على الحج والعمرة بقتل ما يسمى صيدا فصار كالمتمتع إذا قتل
صيدا في عمرته وصيدا في حجته ولا يلزم المعتمر إذا جرح صيدا ثم تحلل فأحرم بالحج وجرحه فمات الصيد من
الجراحتين لأن عليه فيما ذكره محمد في الجامع الكبير ولأن العمرة نسك يجب بقتل الصيد فيه الجزاء حال الانفراد فوجب
الجزاء الكامل لا حالة القارن [illegible] أحرام الحج قالوا والمعتمر في ذلك مثل المحرم بحجة وذلك لأن الله تعالى
أوجب الجزاء على القاتل المحرم والمفرد بالعمرة محرم كالمفرد بالحجة قال ولا يحل الصيد للمحرم حتى يحلق رأسه
يوم النحر وذلك لأن الحظر لحرمة الإحرام فما لم يتحلل منها لا يحل له قال وإذا دل المحرم محرما أو حلالا على
الصيد فصاده المدلول فعلى الدال الجزاء وقال الشافعي لا جزاء عليه لنا ما روي أن رجلا سأل عمر رضي الله عنه فقال
إني أشرت إلى ظبية فقتلها صاحبي فقال عمر لعبد الرحمن ما ترى فقال عليه شاة فقال عمر وأنا أرى مثل ذلك وروي
أن عليا وابن عباس رضي الله عنهما حكما على رجل أشار إلى بيضة نعامة فكسرها صاحبه بالقيمة وقال عطاء أجمع الناس
على أن على الدال الجزاء ولأنه فعل حظره الإحرام يمنع أكل الصيد فجاز أن يجب به الجزاء كالقتل فأما
الدال على الصيد في الحرم فقد روي عن أبي يوسف وزفر أن عليه الجزاء وقد قالوا في المحرم إذا دل على صيد فكذبه
المدلول فدله آخر فصدقه وقتله فالجزاء على الثاني لأن القاتل لم يستدل بالدلالة الأولى قال ولو أمر محرم

رجلا بقتل صيد فقام المأمور آخر فالضمان على الآمر الثاني إذا كان محرما لأن المأمور الأول لم يفعل ما أمره به
المحرم الأول وإنما أمره بقتل الصيد ولم يأمره بالدلالة والمأمور الثاني فعل ما أمره الآمر الثاني فلذلك لزمه
الضمان ه وقال في الزيادات المحرم يدل على صيد ويحل فيأخذه المدلول فلا جزاء على الدال ه هذا لزفر وذلك لأن قتل
المدلول حصل بعد تحلل الدال فصار كقتل الدال فلا يجب به الجزاء ه ومن شوى بيض صيد أو كسره فعليه قيمته
يتصدق به وذلك لأن الصحابة حكموا في بيض النعام بقيمته ولأنه يتولد منه حيوان ممتنع كالفرخ ه قال
وإن كان في البيضة فرخ ميت فعليه الجزاء حيا يؤخذ له بذلك بالثقة وذلك لأنه يحتمل أن يكون مات
بكسره ويحتمل أن يكون مات قبل ذلك وضمان الصيد يعتبر فيه الاحتياط ه وما قتله بسبب فإن كان متعديا
فيه أو مريدا للصيد ضمن وإن لم يكن أراد الصيد فلا شيء عليه والأول مثل من نصب شبكة للصيد أو حفر له بئرا
والثاني كمن حفر بئرا للتجزي فيها أو ضرب فسطاطا لنفسه فتعلق الصيد به وذلك لأن التلف بالسبب يختلف
بالتعدي وغير التعدي بدلالة من حفر بفناء الطريق فوقع فيه آدمي ضمن ديته ولو حفر بفناء داره لم يضمن ه
قال وإذا أحرم فعليه أن يخرج من الصيد الذي في ملكه شيئا إلا ما كان ممسكا بيده والكلام في هذه المسألة يقع في
أن من أحرم وفي ملكه صيد لم يزل ملكه عنه وقال الشافعي يزول ملكه عنه لنا أن الإحرام منع قتل الصيد ولا ينافي بقا
ملكه كدخول الحرم وإذا ثبت أنه على ملكه فلما كان في يده فعليه إرساله لأنه موقع الفعل فيه والإحرام يمنع من إيقاع
الفعل في الصيد فأما ما كان في بيته فلا يلزمه إرساله وقال الشافعي إن لم يرسله فمات ضمن الجزاء لنا أن ما ملكه
قبل الإحرام لا يلزمه إزالة اليد الحكمية عنه كما لا يوكل في الصيد ه قال وإن أحرم وهو ممسك الصيد فلم يرسله حتى
هلك الصيد في يده وهو محرم أو حلال فعليه الجزاء وذلك لأنه وجب إرساله فإذا أتلف قبل الإرسال ضمن قيمته
كما لو اصطاده في حال الإحرام ه قال فإن أرسله مرسل من يده ضمن عند أبي حنيفة قيمته وقال أبو يوسف
ومحمد لا يضمن وجه قوله أنه صيد مملوك فإذا أتلفه على مالكه ضمن الجزاء قبل الإحرام ه وجه قولهما أن
الإرسال وجب لحق الله تعالى وتعين فمن فعله لم يضمن كمن ذبح أضحية غيره ه وإذا اصطاد المحرم صيدا فأرسله
محرم من يده فلا شيء على المرسل لأن المحرم لم يملك الصيد بالاصطياد لأنه منهي عن جهة التمليك فلم يملكها
كالبيع الفاسد فإذا أرسله مرسل من يده فلم يتلف عليه ملكه فلا يضمن ه فأما إذا قتله في يده فعلى المحرم الجزاء
ويرجع على القاتل وقال زفر لا يرجع لنا أنه قرر عليه ضمانا كان يقدر أن يتخلص منه بالإرسال فصار كمن أتلف
العين المغصوبة في يد الغاصب لزفر أن المحرم لا يملك الصيد بالضمان فلا يرجع بما غرم على غيره ه وإذا حلب
المحرم صيدا فعليه ما نقص الحلب الصيد وذلك لأنه لو أتلفه ضمن فإذا أدخل فيه نقصا ضمن كالعبد المملوك ه ولو
جرحه جرحا أخرجه من الصيد ويكون غير ممتنع مثل قطع رجل الظبي وجناح الطير فعليه الجزاء لأنه أخرجه من حيز
الامتناع فصار مثل إتلافه فضمن ولأنه أبطل منفعة جنسه فلزمه قيمته كمن قطع قوائم الفرس الغازي ه وإن نتف
ريش صيد أو قلع سن ظبي فخرج فعاد إلى ما كان أو ضرب عين ظبي فابيضت ثم ارتفع البياض قال أبو حنيفة
في سن الظبي ليس فيه شيء إذا نبت ولم يحدث عنه في غيره شيئا وقال أبو يوسف عليه صدقة لأبي حنيفة أن الضمان
وجب بالنقص وقد زال النقص فزال ما تعلق به من الضمان كمن قلع سن ظبي لم يثغر فنبت وجه قول أبي يوسف
أنه أدخل عليه ألما بالجناية فيلزمه ضمان الألم ه فإن ضرب المحرم بطن ظبية فألقت جنينا ميتا ثم ماتت فعليه قيمتهما
جميعا يؤخذ له في ذلك بالثقة وذلك لأنه يحتمل أن يكون تلفها بفعله ويحتمل أن يكون تلفت بنفسها وضمان
الصيد إذا تردد اعتبر فيه الاحتياط ه قال محمد وإن قتل ظبية حاملا فعليه قيمتها حاملا لأن الحمل صفة فيها فهو
كحسنها وسمنها ه ولو أصاب المحرم صيدا كثيرا على وجه الإحلال والرفض فعليه جزاء واحد لأنه وقع على جهة واحدة
فصار كالوطء الواحد ه وإذا قتل المحرمان صيدا فعلى كل واحد منهما جزاء كامل وقال الشافعي جزاء واحد لنا أنها كفارة
تجب بالقتل فوجب على كل واحد منهما أصله المشتركين في كفارة الآدمي ه ولا يؤكل ما ذبح المحرم من الصيد وهو بمنزلة
الميت وكذلك ما ذبحه الحلال في الحرم وقال الشافعي يحل ما ذبحه المحرم لغيره لنا أنه ليس للذابح أكله بحال من
غير ضرورة فلا يجوز لغيره أصله ذبيحة المجوسي ه ولأن الإحرام أحد موجبي الذبح في الصيد فلا يثبت به في المحرم كالملك
قال أبو حنيفة إذا أدى المحرم الجزاء ثم أكل من الصيد المقتول وجب عليه إخراج قيمة ما أكل وقال أبو يوسف
ومحمد لا شيء عليه وبه قال الشافعي وجه قول أبي حنيفة أن [illegible] المحرم حرمه الإحرام بدلالة أنه لو ذبحه قبل الإحرام
حل وما منع من أكله لحرمة الإحرام تعلق به الجزاء كالطعام إذا غلب عليه الطيب ه ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى عنه بفعل
محظور فكان المقتول كالميت من وجه وكالحي من وجه ألا ترى أن من قتل أباه لم يرثه وحلت ديونه عليه ومن قتلت
مولاها ولها منه ولد عتقت فدل على أن المقتول كحي من وجه وميت من وجه وما تردد بين السقوط والوجوب في
حق المحرم غلب الوجوب كما لو ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا أو كسر بيضة فوجد فيها فرخ ميت وعلى الشافعي
أن كل ما لو انفصل عن الصيد حال حياته بفعله ضمن بالجزاء إذا انفصل بعد الذبح جاز أن يضمن بالجزاء كالجنين إذا انفصل
حيا بعد الذبح وجه قولهما أن ذبيحة المحرم ميتة وأكل الميتة لا يتعلق به الجزاء ولأنه لو أحرقه أو أطعمه كلابه لم يضمن
فكذلك إذا أكله كغير الصيد ه فأما إذا أكل من المذبوح قبل أداء الجزاء فلا رواية في هذه المسألة ويجوز أن [illegible]
فيه الجزاء أيضا فالجزاء القتل ويجوز أن يقال إنهما يتداخلان ه وقد قال أصحابنا أن المحرم يجوز له أكل لحم الصيد

ما لم يصده أو يصاد له وروي أنه لما انتهى إلى الروحاء إذا حمار وحش عقير فبادر إليه أصحابه فقال دعوه يجيء صاحبه فجاء رجل
من بهز فقال هذه رميتي وهي لك يا رسول الله فأمر أبا بكر رضي الله عنه فقسمها بين الناس والذي روي أن رجلا أهدى
إلى النبي عليه السلام حمار وحش وهو محرم فردها وقال إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم فقد قيل إنه أهدى إليه حمارا رجيعا وإنما
تحقق الراوي ه وقد قال أصحابنا في الحلال إذا اصطاد صيدا للمحرم لم يأمره حل للمحرم أكله وقال الشافعي لا يحل
لنا أنه صيد مذكى لم يوجد من المحرم فيه ولا في سببه صنع فيحل له أكله كما لو صاده الحلال لنفسه فأما
قوله عليه السلام لا بأس بلحم الصيد ما لم تصيدوه أو يصاد لكم فاللام للتمليك ولا يكون الصيد لغير الصائد إلا إذا أمر
الحلال بالاصطياد وعندنا المحرم إذا أمر الحلال بالاصطياد لم يحل ه

باب قتل الصيد في الحرم

قال أصحابنا لا يحل قتل صيود الحرم إلا ما استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم والأصل في ذلك قوله عليه السلام إن مكة حرام حرمها الله تعالى
لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي وإنما أحلت لي ساعة من نهار لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا ينفر صيدها
قالوا في الحلال إذا قتل صيد الحرم وجب عليه الجزاء وقال نفاة القياس لا شيء عليه لنا أنه صيد منع من إتلافه
لحق الله تعالى فوجب بقتله الجزاء كحال الإحرام ولأن الله تعالى قال ولا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم
متعمدا فجزاء أي يقال أحرم الرجل إذا دخل الحرم كما يقال أنجد الرجل إذا دخل نجدا وهذه المسألة اتفاق السلف
ومن بعدهم من الفقهاء فلا يعتد بخلاف من خالف فيها وأما كيفية الجزاء فإن الإطعام يجزي لصيد الحرم ولا
يجزي الصوم وفي الهدي روايتان وقال زفر يجزي فيه الصوم وبه قال الشافعي لنا أنه ضمان وجب لمعنى
في غير القاتل فلا يجزي فيه الصوم أصله إذا قتل صيد الآدمي ولأنه نوع ضمان يتبعض فلا يجزي فيه الصوم
كإتلاف مال الآدمي وجه قول زفر أن ضمان الصيد لحق الله تعالى كحال الإحرام ه فأما الهدي ففي إحدى
الروايتين لا يجوز لأن هذا الضمان أجري مجرى ضمان الأموال فلا يجوز فيه الهدي إلا أن يكون قيمته
مذبوحا مثل قيمة الصيد فيجزي عن الإطعام وفي الرواية الأخرى يجوز لأنه أخذ شبها من أصلين من ضمان
الأموال ومن ضمان الإحرام لأنه يجب لحق الله تعالى فألحقناه بالأصلين فلم يجز الصوم اعتبارا بالأموال وجوزنا
الهدي اعتبارا بحال الإحرام ه وإذا قتل المحرم صيدا في الحرم فعليه ما على المحرم وليس عليه للحرم شيء وهذا
استحسان والقياس أن يلزمه كفارتان لأن كل واحدة من الحرمتين لو انفردت أوجبت الكفارة فصار كالقارن
وجه الاستحسان أن حرمة الإحرام أقوى من حرمة الحرم ألا ترى أنه يحرم البقاع في حق المحرم كالحرم ولأن الإحرام يحرم
الصيد وغيره والحرم لا يحرم إلا الصيد وما منع لأجله وهو الحشيش الذي يرعاه والشجر الذي ينبت بنفسه لينتفع بورقه
ولأن حرمة الإحرام تستدعي حرمة الحرم لأن المحرم لا بد له من دخوله وحرمة الحرم لا تستدعي الإحرام وإذا كانت حرمة
الإحرام أقوى تبعها حرمة الحرم وليس كذلك القران لأن الحج والعمرة كل واحد منهما محرم مثل حرمة الآخر فلم يتبعه
ولأن ضمان القتل يتعلق بحرمة البقعة إذا لم يتعلق بالقاتل ألا ترى أن من قتل في المصر فعرف قاتله لم يلزم أهل المحلة
شيء ولو لم يعرف ضمنوا فكذلك في مسألتنا المحرم ممن يتعلق الضمان بفعله لمعنى فيه فسقطت حرمة البقعة
في حقه والحلال لا يتعلق به حكم الضمان فجاز أن يتعلق به حرمة البقعة ه وإذا اشترك حلالان في قتل صيد
في الحرم فعلى كل واحد منهما نصف قيمته وإن كانوا أكثر من ذلك فالضمان على عددهم لما بينا أن ضمان صيد الحرم
أجري مجرى ضمان الأموال وذلك يتبعض ه فإن اشترك محرم وحلال فعلى المحرم جميع القيمة وعلى الحلال
النصف لأن المحرم لا يتبعض ضمانه والحلال يتبعض فصار المحرم كحلال شارك الحلال وكذلك المحرم إذا شارك عددا
من المحلين فاقسم الضمان على عددهم لو لم يكن فيهم محرم وأسقط حصة المحرم وأوجب عليهم ما بقي وأجعل على
المحرم ضمانا كاملا وكذلك إن كان القاتل مع الحلال من لا يجب عليه الجزاء من كافر أو صبي أوجب على الحلال بقدر
ما يخصه من القيمة إذا قسمت على العدد لأن الكافر والصبي لا يلزمهما حقوق الله تعالى والضمان يتبعض فصار في
حق المسلم البالغ كمشاركة من لا يلزمه الضمان ه فإن صاد حلال في الحرم صيدا فقتله في يده حلال آخر فعلى الذي كان
في يده جزاء كامل وعلى القاتل جزاء كامل ويرجع الذي كان في يده على الذي قتله بما غرمه أما القاتل فلأنه أتلف صيدا
في الحرم وأما الصائد فلأن الضمان وجب عليه بصيده وإنما يسقط عنه بالإرسال وقد تعذر الإرسال فصار كالهالك
في يده وليس كذلك المغصوب إذا أتلفه متلف في يد الغاصب لأن المالك لا يستحق عوضا عن ملكه إلا بدلا
واحدا فكان له أن يطالب به أيهما شاء فأما العوض هنا حق الله تعالى فهو عبادة فيجوز أن يجب على كل واحد من المكلفين
وأما الرجوع على القاتل فهو ظاهر على أصل أبي حنيفة لأنه قرر عليه ضمانا كان يقدر على أن يتخلص منه بالإرسال فأما
على قولهما فلأن صيد الحرم أجري مجرى ضمان الأموال فإذا ضمنه الصائد رجع به على القاتل كالغصب وليس كذلك
الضمان لحرمة الإحرام لأن المحرم لا يملك الصيد بالضمان فلا يرجع بما غرمه ه وإذا دل حلال حلالا على صيد في الحرم
أو دل محرما فلا شيء على الدال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقد أساء وأثم وقال زفر على الدال الجزاء وحمل [illegible]
على المسـ[illegible] الأمر وقد روي عن أبي يوسف مثل قول زفر وجه قولهما أن ضمان الصيد لحرمة الحرم أجري مجرى
الأموال بدلالة أنه ممنوع منه لمعنى في غير القاتل والأموال لا تضمن بالدلالة ه وجه قول زفر أنه سبب لتحريم

فيتعلق بالدلالة الضمان كالاحرام ❁ فاما الاساءه ولانها لاجل الاحرام فلانهاه لا على محرم وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان
ومن قطع شجره من شجر الحرم مما لا ينبته الناس او احتش حشيشا فعليه قيمه ذلك يتصدق به اذا كان نباته بنفسه
الا الاذخر والاصل في تحريم شجر الحرم ونباته قوله صلى الله عليه لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها والدليل على وجوب
الجزا فيه انه منع من اتلافه لحرمه الحرم كالصيد ❁ وعن عمر رضى الله عنه انه قطع شجره في المسعى كانت تؤذي الطايف واودى
وهذا بحضره الصحابه ❁ فاما الممنوع من اتلافه فالنبات على وجهين ما كان ينبته الناس فلا ضمان في قطعه لان الناس يزرعون
في الحرم ويحصدون من لدن رسول الله صلى الله عليه الى يومنا هذا من غير نكير ❁ واما ما لا ينبته الناس فهو على وجهين ان
انبته منبت فلا ضمان في قطعه لحرمه الحرم لانه ملكه بالانبات فصار كما ينبته الناس وما كان مما لا ينبته الناس اذا نبت
بنفسه فهو المحظور وفيه الجزا ❁ وقد قالوا اذا نبت في ارض رجل ام غيلان فقطعها قاطع فعليه قيمتان قيمه لحرمه الحرم وقيمه اخرى
لصاحب الارض لانها مما لا ينبته الناس وقد نبتت بنفسها فوجب جزاوها وهي ملك لصاحب الارض فوجب قيمتها ❁
واما الاذخر فقد استثناه رسول الله صلى الله عليه لانه لما قال لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال العباس رضي الله عنه الا الاذخر
يا رسول الله فانه متاع اهل مكه لحيهم وميتهم فقال عليه السلام الا الاذخر وقد قيل في ذلك تاويلان احدهما يجوز ان يكون النبي عليه السلام
اراد ان يستثني الاذخر ولم يقل ذلك العباس وانما سبق العباس بالكلام فتمم رسول الله كلامه وقيل لا يمتنع ان يكون
الله تعالى امره ان يحرم حشيش الحرم الا ان يستثني العباس شيا فيستثنيه ❁ واما الكماه فلا باس باخذ كماه الحرم وما جف
من شجره اما الكماه فليست بنبات وانما هي مودعه في الارض واما ما جف من الشجر فلانه خرج من حيز النما فلا يمنع منه
قال واذا كان اصل الشجره في الحرم وفروعها في الحل او كان بعض اصلها في الحل وبعضها في الحرم فهو من شجر الحرم
وذلك لان المعتبر باصل الشجره وفروعها تابعه لها فان كان الاصل في الحل فهو من شجر الحل وان غرست في الحرم وان
كان اصلها في الحرم فهي من شجر الحرم وان غرست في الحل وان كان بعض اصلها في الحل وبعضها في الحرم فقد اجتمع فيها
حكم الحظر والاباحه فالحكم للحظر ❁ وقد قالوا في الشجره التي اصلها في الحل وفروعها في الحرم ان قطع اغصانها لم يضمن لما
قدمنا انها من شجر الحل ❁ فان رمى طايرا على اغصانها ضمن لان المعتبر بمكان الصيد لا باصل الشجر والصيد في هوا الحرم
ونظير هذا ما قالوا في الصيد اذا كانت قوايمه وبعضه في الحرم وراسه في الحل فهو صيد الحرم لانه مستقر
فيه وان كان قوايمه في الحل وراسه في الحرم وهو يرعى فهو صيد الحل لانه مستقر فيه وهذا اذا كان قايما فاما اذا
نام فجعل قوايمه في الحل وراسه في الحرم فهو من صيد الحرم لانه ليس يستقر على قوايمه فيعتبر موضعها وانما
هو بمنزله شي ملقى اجتمع فيه الحل والحرم ❁ قال ابو حنيفه ومحمد لا يختلى حشيش الحرم ولا يرعى وقال ابو يوسف
لا باس ان يرعى لهما ان ما منع من اتلافه منع من ارسال البهيمه عليه كالصيد لابي يوسف ان الهدايا تحمل الى الحرم
في سائر الاعصار ومعلوم انها لا تحفظ من الرعي ❁ قال هشام قلت لمحمد لا يختلى خلاها ما معناه قال كل شي يقتلعه
ليس على ساق وهذا الصحيح والمرجع في ذلك الى اللغه ❁ قال اصحابنا اذا ادخل صيدا من الحل الى الحرم وجب
ارساله ولم يجز بيعه فان ذبحه فعليه الجزا وقال الشافعي يجوز بيعه لنا ان ما منع من ابتدا الاصطياد منع من
قبل الصيد بكل وجه كالاحرام ❁ وقد قالوا ان من ارسل كلبا في الحل على صيد في الحل فاتبعه الكلب واخذه
في الحرم لم يكن على المرسل شي ولا يوكل قال رضي الله عنه وجمله هذا ان حرمه الحرم اذا لم تتصل بالمرسل ولا بالصيد
ولا المرامي ولا الصايد فلا جزا وذلك لان الحرم لم يتعلق بواحد منها وهذا المعنى موجود في مسئلتنا وانما
حرموا الاكل لان فعل الكلب لا يكون اكثر من ذلك ❁ ولو رمى رجل في الحل صيدا في الحل فنفر الصيد فوقع
السهم فيه في الحرم كان عليه الجزا وهو قول ابي حنيفه فيما اعلم قال الحسن لا يوكل وهذه المسله مستثناه
من اصل ابي حنيفه لان المعتبر عنده في الرمي بحال الرمي دون حال الاصابه في جميع المسايل الا في هذه المسله
احتياطا للصيد ولان فيها اذا اجتمع فيه الموجب والمسقط كان الحكم للموجب ❁ وقالوا فيمن ارسل على ذيب
في الحرم او نصب له شبكا فوقع فيه صيد لم يكن عليه كفاره لانه غير متعد في التسبب ❁ وقالوا فيمن اخرج
ظبيا من الحرم فجزاه ثم ولدت وماتت وماتت اولادها لم يضمن لانهما تملكا الضمان في الحل فصار كالمضمون بحق
الادمي ❁ وقال ابن سماعه عن محمد في رجل اخرج صيدا من الحرم الى الحل فذبحه قبل ان يجزيه او بعد ذلك
فاني اكره هذا الصنع وليس بحرام واحب الى ان يتنزه عن اكله وان باعه واستعان بثمنه في جزايه كان ذلك
له وكذلك اكره ان يتعمد قطع شجر الحرم فينتفع به ولو قطع غيره واشتراه من القاطع لم اكره الانتفاع به
وذلك لان اباحه هذا الفعل يودي الى استيصال اصل الشجره والصيد وذلك لا يجوز ❁ فاما غير الاخذ فلا
يكره له لانه تناوله بعد انقطاع النما عنه ❁ وقد قال ابو حنيفه لا باس باخراج حجاره الحرم وترابه الى الحل وقد روي
عن ابن عباس وابن عمر كراهه ذلك وانما لم يمنع منه لان ما جاز اتلافه في الحرم لم يمنع من اخراجه منه كغير الحجاره وما
منع من اخراجه يمنع من اتلافه كالصيد ولم يجعل ما روي عنهما حجه لان الناس يخرجون القدور من مكه من
لدن رسول الله صلى الله عليه ولم ينكر الصحابه ذلك ❁ ما

الرجل يحج عن غيره

قال رضي الله عنه العبادات على ضربين ماليه وبدنيه فالماليه يجوز النيابه
فيها كادا الصدقات لان العباده فيها اخراج المال وذلك يستوى فيه المتصدق وغيره ❁ واما البدنيه فهي
على وجهين منها ما لا يتعلق له بالمال كالصلوه والصوم ولا يجوز النيابه فيه لان العباده تختص بالبدن وذلك
لا يوجد في فعل غير المتعبد ❁ فاما عبادات الابدان التي لها تعلق بالمال كالحج فلا يجوز النيابه فيها مع القدره على فعلها
ووجوبها لان الفرض يتعلق بالبدن والمال بشرط فاعتبر حكم الفرض دون الشرط ❁ واما العاجز عن الحج بنفسه فيجوز
ان يستنيب فيه لان الفرض سقط عن بدنه وتعلق بماله فصار كالزكوه ❁ واما الجهاد فلا يجوز النيابه فيه بحال
لان كل مسلم حضر الوقعه وجب عليه فرض الجهاد فيما يفعله يقع عن فرضه ولا يقع عن غيره ❁ والاصل في جواز
الحج عن الغير ما روي في حديث الخثعميه انها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم ان فريضه الله تعالى في الحج ادركت ابي وهو شيخ
كبير لا يستطيع الثبوت على راحلته افاحج عنه فقال حجي عن ابيك او اعتمري وظاهر هذا الاصل يقتضي ان النيابه
في الحج جايزه وروي عن محمد ان الحج يقع عن الحاج وللمحجوج عنه ثواب النفقه ووجه الروايه المشهوره قوله عليه السلام
حجي عن ابيك ولان الحاج لا بد ان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولو كان الحج لا يقع عنه لم يحتج الى نيته ووجه قول محمد
ان الحاج يلزمه كفاره الاحرام دون المحجوج عنه فدل على ان الاحرام وقع عنه ولانه اذا افسد الحج وجب عليه
القضا ولو لم يكن محرما عن نفسه لم يلزمه القضا ولان عباده بدنيه فلا يصح النيابه فيها كالجهاد والصوم ❁
قال ابو الحسن ومن قدر على الحج ببدنه دون ماله او بهما جميعا لم يجز ان يحج عنه غيره اما القادر ببدنه فهو فقير والحج عنه انما يكون
بالمال ولا مال له يتعلق الفرض به واما الصحيح الواجد للمال فالفرض متعلق ببدنه فلا يجوز ان ينوب عنه غيره فيه ❁
فاما العاجز عن الحج ببدنه فيجوز ان يحج عنه غيره لحديث الخثعميه وهو على وجهين ان كان العجز عن الحج عجزا لا يزول مثل الزمانه
والعمى على قول ابي حنيفه فوقوع الحج عنه غير مراعى لان المعنى المجوز للنيابه لا يزول واما اذا كان المنع مما يرجا
زواله كالمرض والحبس فالحج مراعى ان دام العجز الى الموت حكمنا بوقوعه موقع الفرض لانه لم يقدر على غيره وان زال
العجز وجب عليه الحج لان الفرض تعلق ببدنه والمفعول كان نيابه عن ماله فلا ينوب مناب عباده البدن ❁ قال
فان حج الصحيح رجلا عن نفسه ثم عجز لم يجزه الحج لانه ادى ما لم يتعلق به الجواز في حال الاداء فصار كمن تيمم مع الماء ثم
عدم الماء ❁ قال ومن مات وعليه فرض الحج فاوصى ان يحج عنه من بلده بقدر حجه مثله وهو وصيته من الثلث
واذا لم يوص لم يلزم الوارث ان يحج عنه وهذا على اصلنا ان الحج وسائر العبادات تسقط بالموت وقال الشافعي لا تسقط
لنا انها عباده وجبت عليه في حال الحيوه فسقطت عنه بموته كالصلوه ولان اداء العباده عن الانسان لا يجوز الا
بامره في حال الحيوه وانما قلنا انه يجب عليه الوصيه بها لان الفرض عند العجز يتعلق بالمال فكان عليه ان يوصي به ❁
وانما كان من الثلث لان ما وجب عليه اخراجه بالوصيه كان من الثلث كالصدقات ❁ وانما وجب عليه ان يحج عنه من بلده
لان الوصيه تنصرف الى ما افترض الله تعالى عليه واصل الفرض كان من بلده ❁ قال فان احب الوارث ان يحج عنه حج وارجوا
ان يجزيه ذلك ان شاء الله عز وجل وذلك لما روي ان سعيدا قال للنبي صلى الله عليه ان امي ماتت وانها كانت تحب الصدقه
افاتصدق عنها فقال تصدق فدل على ان فعل الوارث في القرب يقوم مقام فعل المورث ❁ وروي ان رجلا جا
الى النبي صلى الله عليه فقال ان ابي مات ولم يحج افاحج عنه قال نعم ❁ فاما قول ابي حنيفه يجزيه ان شاء الله عز وجل فيحتمل
انما قال ذلك لان هذا الخبر من اخبار الاحاد فلم يقطع حتى يعلم ان الفرض سقط فلذلك علق الاجزا بالمشيه
ولا يجوز ان يقال سائر الاحكام الثابته بخبر الواحد لا يستثنى فيها قلنا ان الواجب علينا العمل وذلك لازم بطريق
معلوم عند وجود الخبر فاما سقوط الفرض عن الميت فليس طريقه العمل وانما طريقه العلم ولا يثبت بخبر الواحد
قال ويحج عن الميت ان اوصى بحجه من بلده الذي يسكنه وكذلك ان كان مقيما ببلد اخر اقرب الى مكه او ابعد
فقد بينا ان الوصيه تنصرف الى فرض الله تعالى وهو الحج من بلده واما اذا خرج من بلده الى بلد اقرب الى مكه فان كان
خروجه لغير الحج من بلده في قولهم جميعا لان ذلك السفر لم يكن للقربه فلا يعتد به ❁ واما اذا خرج للحج فمات
في بعض الطريق واوصى ان يحج عنه فقال ابو حنيفه يحج عنه من بلده وقالا من حيث بلغ لابي حنيفه ان ذلك
السفر لما لم يتصل باداء الحج خرج من ان يكون فرضا فصار كسفر التجاره ولان الوصيه تنصرف الى فرض الحج في
الاصل اصله اذا مات في بلده ❁ لهما ان ذلك السفر تعلق به حكم القربه فسقط فرضه ولم يبق الا ما بقي
الى مكه ❁ وقد قالوا فيمن خرج الى الحج فمات في سنته حج عنه من حيث بلغ لان ذلك السفر وقع للحج الذي
قصده ❁ فان اقام في بعض البلاد حتى دارت السنه ثم مات وقد اوصى حج عنه من بلده لان ذلك السفر لم يتصل
به الحج الذي سافر لها فلم يعتد به ❁ قال فان اوصى ان يحج عنه من غير بلده حج عنه كما اوصى قرب من مكه
او بعد لانه اذا لم يوص بشي لم يجب عليهم فاذا اوصى وجب مقدار ما اوصى به ❁ واذا اوصى ان يحج
عنه بمال سمى مبلغه فان كان ذلك يبلغ ان يحج عنه من بلده حج عنه من بلده والا حج من حيث يبلغ النفقه
فالقياس ان يبطل الوصيه لانه لا يمكن تنفيذها على ما قصده الموصى ولكنهم استحسنوا ان يحج من حيث يبلغ
لان الوصيه بالحج لا يمكن ان يستغرق المقدار المسمى الا ترى انه لا بد ان يفضل مع الحاج ما يرده قليل
او كثير واذا لم يختص بالمبلغ المسمى جاز تنفيذها على كل وجه امكن وكان اولى من ابطالها وليس كذلك اذا
اوصى بعتق نسمه فلم يبلغ الثلث ذلك لان الوصيه اذا تعلقت في العتق بمبلغ امكن ان يستغرق لم
يجز تنفيذ الوصيه بغير ما سمى ❁ وان قال حجوا عني بثلث مالي وثلث مالي يبلغ حججا حج عنه حججا ان شا
الوصي احج عنه في سنه واحده الحج كلها وان شا في كل عام واحده وتعجيل ذلك في سنه افضل لانه
لانه لما قال حجوا بثلث مالي وهو يبلغ حججا فكانه قال اصرفوا ثلث مالي في هذا النوع من القرب فيفعل ما قال ❁

وقالوا اذا احجوا عن الميت رجلا يؤدي الحج ونفقته بمحجه جاز لان الغرض اداء المناسك وقد حصل ذلك ه وقالوا
وان يحجوا من يخرج من بلد الميت ويرجع اليه افضل لان الميت انما يحصل له ثواب النفقة فاذا حصل في الذهاب والرجوع
فهو اولى ه

باب ما يكون به الحاج عن غيره مخالفا وما لا يكون

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله اذا امر الرجل بان يحج عن ميت فقرن عنه او ان يعتمر عنه فحج مفردة فقرن المامور
عن الميت فهو ضامن للمال الذي اخذ في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجزي ذلك عن الميت استحسن وبدع القياس
فيه ولا يضمن ودم القران على المحرم وجه قول ابي حنيفة انه امر بسفر يؤدي به الحج فاذا ادى به حجة وعمرة فقد جعل
بعض السفر للحج وهنا يخالف للمامور به فضمن ولان ما لم يؤمر به من اداء النسك اذا فعله لم يجز ان يقع عن الميت
بغير امره ولا امر من له ولاية عليه فصار حاجا عن الميت ومعتمرا عن نفسه ولو فعل ذلك ضمن في الرواية المشهورة
عنهم وان كان ابو يوسف يخالف في ذلك وجه قولهما انه فعل المامور به وزاد خيرا فصار كمن قال اشتر
لي هذا العبد بالف فاشتراه باقل او امره ان يبيع بالف فباعه باكثر ه وانما كان الدم على الحاج لانه وجب بفعله
وهو الجمع بين الاحرامين ه قال ولو امره ان يحج عنه فاعتمر ثم حج من مكة ضمن النفقة في قولهم لانه اتى بالسفر غير
المامور به وفعل الحجة من غير سفر فضمن النفقة ه وقال ابن سماعة عن ابي يوسف اذا دفع اليه مالا ليحج به عن ميت
فحج عنه واحرم عن نفسه بعمرة وجمع بينهما قال فذلك جايز واقسم النفقة على الحج والعمرة واطرح عن الحج ما اصاب العمرة
ويجوز ما اصاب الحج وهذا الذي قاله ابو يوسف خلاف المشهور من قولهم لانه اذا ادى بالسفر حجا عن الميت
وعمرة عن نفسه فلم يصرف السفر الى الحج فصار مخالفا ولا يمكن ابا يوسف ان يقول انه فعل المامور وزاد خيرا
لان العمرة ليست عن الميت الا انه يقول حصل له الحج فاسقط عنه بعض النفقة وهذا ليس بصحيح لان الغرض من
الحج عن الغير ما يحصل من ثواب النفقة فاذا اسقط عنه بعض النفقة فلم يحصل له الغرض من ثوابها ه قال ولو امره
ان يعتمر فاعتمر ثم حج عن نفسه لم يكن مخالفا لانه ادى بالسفر العمرة على ما امره وانما فعل بعد ذلك الحج فالتشاغل
به كالتشاغل بالتجارة الا ان النفقة في مقدار مقامه للحجة من ماله لانه اقام لمنفعة نفسه ه قال ابن سماعة في الرقيات
عن محمد اذا حج عن الميت وطاف لحجته وسعى ثم اضاف اليها عمرة عن نفسه لم يكن مخالفا لان هذه العمرة يجب
رفضها فصار وجودها وعدمها سواء ه قال ولو كان جمع بينهما ثم لم يطف حتى يقف بعرفة فرفض العمرة
لم ينفعه ذلك شيء وهو مع ذلك مخالف ه وذلك لانه لما احرم بهما معا صار مخالفا على المشهور من الرواية
فوقعت الحجة عن نفسه فلا يتغير بعد ذلك وان رفض ه قال وان امره رجل ان يحج عنه بحجة وامره
اخر ان يحج عنه بحجة فحج عنهما جميعا فانه مخالف ويضمن الدراهم كلها لان الحجة الواحدة لا يجوز ان تقع عن الامرين
وليس احدهما ان تقع عنه اولى من الاخر فلم يقع عن واحد منهما فكانت عن الحاج ه قال ولو امره احدهما بحجة
وامره الاخر بعمرة ولم يامراه بالجمع فجمع جاز وكان هدي المتعة على الحاج في ماله وهذا الذي قاله لا يجوز على قول
ابي حنيفة الا ان يامره بالجمع لان الامر وقع بسفر ينصرف جميعه الى الحج فاذا ادى به حجة وعمرة لم يصح وانما
يصح هذا على ما روي عن ابي يوسف ان من حج عن الميت واعتمر عن نفسه جاز لانه حصل له المقصود واسقط
عنه بعض النفقة ه قال ولو امره كل واحد منهما بحجة فاحرم بحجة عن احدهما لا بعينه فله ان يعينه عن
ايهما شاء في قول ابي حنيفة ومحمد استحسانا وقال ابو يوسف يقع ذلك عن نفسه ويضمن النفقة وجه
قولهما انه يملك ابتداء الاحرام عن احدهما فاذا احرم عن احدهما بغير عينه ثم عينه جاز كما لو احرم عن احد
ابويه ثم عينه بين ذلك انه لما ملك ان يحرم عن نفسه بحجة معينة او عمرة ابتداء فاذا احرم بشيء غير
معين جاز ويعين في الباقي ما كان يملك ان يعينه ابتداء فكذلك هذا وليس كذلك اذا احرم بحجة عنهما
لان الحجة لو صحت عنهما صار لكل واحد منهما بعضها فلا يجوز ان يحج عن غيره ببعض حجة فلم يقف الفعل فوقع
عن نفسه وجه قول ابي يوسف انه امر باحرام معين فاذا احرم بغير معين لم يصح عن الامر كما لو احرم
عنهما وليس هذا كالاحرام عن احد ابويه لان هناك لو احرم عنهما جاز فكذلك عن احدهما والذي قاله ابو يوسف يبطل بمن
امر بالحج فاحرم بشيء غير معين ثم جعله حجا ه قال محمد فان لم يجعله عن احدهما حتى طاف شوطا ثم اراد ان يجعل الحج عن
احدهما لم يجز عن واحد منهما لان الاحرام يجوز ان ينعقد مجهولا ثم يتعين قبل الفعل فكذلك ينعقد عن مجهول ثم
يتعين فاما ان تبقى الجهالة حتى يؤدي بها الافعال فلا الا ترى ان من احرم بشيء غير معين ثم طاف قبل التعيين تعين
بالفعل عمرة فلما لم يتعين في مسالتنا حتى طاف وجب ان يتعين المجهول بطوافه ولا يمكن ان يتعين عن احدهما
لتساويهما فتعين عنه ه قال واذا اهل بحجة عن ابويه فله ان يجعلها عن ايهما شاء وذلك لان المقصود بالحج عن الابوين
الله تعالى والثواب وهو سبحانه وتعالى معلوم فلم تؤثر الجهالة وليس كذلك الحج عن الامرين لان المقصود الاداء
والجهالة لا يجوز ان تؤثر في حقه ه قال ابن رستم عن محمد في رجل دفع الى رجل دراهم ليحج بها عن الميت فحج بها ماشيا
قال يضمن ويحج عن الميت راكبا وهذا لما قدمنا ان الذي يحصل للميت ثواب النفقة وذلك يوجد في الركوب
فاما الماشي فلا يكمل نفقته فلا يحصل للميت الا بعضها ولان الله تعالى اوجب الحج راكبا ولم يوجبه ماشيا والاداء
يقع بحسب الايجاب ه وقد روي عن محمد انه قال لمن حج على حمار عن الميت كرهت ذلك والجمل افضل لان النفقة

[illegible] يحج عنه [illegible] تنفيذ الوصية [illegible] فاوصى ان يحج عنه
يحج عنه من اقرب الوطنين الى مكة [illegible]
[illegible]
فاوصى ان يحج عنه [illegible]
[illegible] الحاج عن الميت بعد النفقة في ذهابه
ورجوعه فانه يرد على الورثة [illegible]
[illegible]
فلان العبد لا يصح ان يؤدي الفرض عن نفسه فكذلك ان يؤديه عن غيره ه و اذا اوصى رجل ان يحج عنه وله مال فتطوع رجل
يحج عنه لم يجز عنه حتى يحج بماله وكذلك لو تطوع بالحج عنه وارث وكذلك الذي لا يقدر على الحج لكبر اذا احج عنه بغير امره
وذلك لان الفرض تعلق بماله فاذا تطوع متطوع بالحج عنه فلم يؤد فرضه ولان على اصل محمد ان الذي يلحق المحجوج
عنه ثواب النفقة فاذا لم ينفق ماله لم يحصل المقصود بالوصية ه قال هشام عن محمد في رجل اوصى ان يحج عنه
بمال فسمى فلم يبلغ ما اوصى به ان يحج به عنه الا ماشيا فقال رجل انا احج من بلده ماشيا قال محمد لا يجزيه ولكن
يحج عنه من حيث يبلغ راكبا وقال الحسن على ان حكاه عن ابي حنيفة ان احجوا عنه من بلده ماشيا جاز وان احجوا من
حيث يبلغ راكبا جاز والكلام في هذه المسالة يتفرع على ان الموصي بالحج اذا اتسعت نفقته للمراكب فاحجوا عنه ماشيا
لم يجز لان الوصية تنصرف الى فرض الله تعالى عليه والفرض انما وجب بوجود الزاد والراحلة فكانه سمى ذلك وقال
احجوا عني راكبا فلا يجوز ماشيا فاذا ثبت هذا قلنا اذا امكن الحج عنه راكبا من بعض الطريق لم يحجوا عنه ماشيا
لان الوصية لم تتعلق بذلك وجه رواية الحسن ان الغرض متعلق بالحج راكبا وبالحج من بلده ولا يمكن تحصيل
الامرين وفي كل واحد منهما نقص من وجه وكمال من وجه فان احجوا من بلده استوفوا المسافة ونقص ثواب
الصفة وان احجوا من حيث يبلغ راكبا تركوا المسافة واستوفوا الصفة فكانوا بالخيار في ذلك ه واذا حج
الرجل عن غيره فما اصاب في احرامه مما يوجب الدم او غير ذلك فهو على الحاج ودم القران عليه اذا قرن عن
الميت بامره وقد قالوا ان جميع الدماء المتعلقة بالاحرام في مال الحاج الا دم الاحصار خاصة فانه في
مال المحجوج عنه اما ما وجب بالجنايات فلانه تعلق بفعله وما تعلق بجناية الانسان فهو في ماله ولانه اذن
له في الحج ولم ياذن في اسباب الكفارة فلم يلزمه واما دم القران فلانه وجب للجمع بين الاحرامين والجمع حصل
بفعل الحاج فصار كدم الجناية الواجب بفعله واما دم الاحصار فلانه يجب بالتحلل من مشقة السفر فهو
كنفقة الرجوع ه فان جامع الحاج عن غيره قبل الوقوف بعرفة فسدت حجته ومضى فيه والنفقة في ماله
ويضمن ما انفق من مال المحجوج عنه قبل ذلك ويقضي الحاج من مال نفسه حجة وعمرة وذلك لانه امر بحج
صحيح فاذا افسد فقد خالف الامر فصار متبرعا بالنفقة والحاج عن نفسه يقضي ما افسده من مال غيره
ويجب عليه القضاء على ما بيناه ه قال فان فاته الحج صنع كما يصنع الذي يفوته الحج ولا يضمن النفقة لانه لم يوجد
منه المخالفة والفوات بغير فعله فلا يلزمه الضمان ه وعليه في نفسه الحج من قابل لان الحجة لزمته بالدخول فلما
فاتت لزمه القضاء وهذا الظاهر على قول محمد ان الحجة تقع عن الحاج ه وقد قالوا فيمن حج عن غيره فمرض في الطريق
لم يجز ان يدفع النفقة الى من يحج عن الميت الا ان يكون اذن له في ذلك لانهم امروه بالحج ولم يامروه بالامر فلم
يجز تصرفه في غير ما اذن له فيه ه وقد قالوا في الميت اذا لم يبلغ وصيته الحج من بلده حج عنه من حيث يبلغ وفي الحي
اذا امر ان يحج عنه بمبلغ ولم يبلغ النفقة من بلده لم يحج عنه من حيث يبلغ لان الميت لا يمكن الرجوع الى امره فوجب
تنفيذ وصيته على اي وجه امكن والحي يمكن الرجوع الى امره ليستدرك حق نفسه فلم يجز ان يفعل عنه ما لم يامر به

في ركوب الجمل الذي هما بـ ركوب الحمار والمقصود ما يحتمل من ثواب النفقة فيما كان أوفر كان أولى ه وإذا حج عن ميت
فقضى حجه ثم نوى المقام بمكة خمسة عشر يوما أنفق من مال نفسه في مقامه فإذا رجع بعد ذلك أنفق من مال الميت قال
ابن رستم عن محمد وكذلك إذا نوى أن يقيم سنة أو سنتين والأصل في هذا أن الإقامة بعد الحج إذا كانت إقامة معتادة فالنفقة
في مال الميت وإن زادت على العادة فهي إقامة لا غرض فيها للميت فلا يلزمه النفقة فيها كمقامه للتجارة ه وقد قالوا إنه
ينفق من مال الميت إذا أقام بعد الحج ثلاثة أيام وذلك لأن في زمانهم كان الخروج متيسرا من مكة في أي حال شاء فجوزوا
له أن يقيم قدر ما أذن النبي صلى الله عليه للمهاجرين فيه أن يقيم بمكة فأما الآن فلا يمكن الحاج عن غيره أن يخرج من مكة
إلا مع جملة الناس فإذا أقام منتظرا لخروجهم كانت النفقة في مال الميت وإن طال ذلك ألا ترى أنهم قالوا في الخراساني
إذا حج عن غيره فدخل بغداد فأقام بها مقدار ما يقيم الناس فالنفقة من مال الميت وإن أقام أكثر من ذلك فالنفقة
في ماله ومعلوم أن من أقام أكثر من المعتاد انتظار الخروج الناس فالنفقة في مال الميت لأنه لا يقدر أن
يسبقهم بالخروج وإنما قالوا إذا عاد إلى عزم الخروج عادت نفقته في مال الميت لأن الرجوع نزل لما كان اشتغل
به فما عتص بنفقته فصار كالرجوع ابتداء وهذا إذا لم يكن اتخذ مكة دارا فأما إذا اتخذها دارا ثم عاد لم تعد النفقة
إلى مال الميت لأن ذلك السفر انقطع حين جعل مكة وطنا وما لم يتخذها وطنا فلم ينقطع حكم سفره ه وإذا تعجل
الإحرام عن غيره فدخل محرما في شهر رمضان أو في ذي القعدة قال هشام عن محمد ينفق من مال نفسه إلى عشر الأضحى ولا يكون
مخالفا وقال ابن رستم عنه ينفق من ماله إلى ما قبل الحج بعشرة أيام أو قبل ذلك بيوم أو يومين على قدر ما يدخل الناس وذلك
لأن المقام بمكة قبل الوقت الذي يدخل فيه الناس لا يحتاج إليه لأداء النسك في الغالب فلم يكن مأذونا فيه كالإقامة بعد
الفراغ من الحج أكثر من المعتاد وإنما قال محمد عشرة أيام وقال مرة ثلاثة أيام على حسب اختلاف العادة في دخول الناس مكة
لأن الأمر ينصرف إلى الدخول المعتاد وإنما لم يكن مخالفا بتقديم الإحرام لأنه أمره بالحج ولم يعين له وقتا فكل وقت جاز
الإحرام فيه فقد حصل ما أمره ه قال وإذا دفع إليه مالا ليحج عن ميت فلم يبلغ مال الميت النفقة فأنفق المدفوع إليه
من ماله ومال الميت فإن كان مال الميت يبلغ الكري وعامة النفقة فهو جائز وإلا فهو ضامن ويرد المال ويحج عن الميت
من حيث يبلغ وذلك لأن مال الميت إذا كان الأكثر فالأقل تبع لا يعتد به ألا ترى أن الحاج عن غيره يشرب الماء في الطريق من
مال نفسه وقد يتزود بعض زاده من منزله وقد يستوهب بعض ثيابه فلا يعتد بذلك ولو منع هذا الحج عن الغير لم يصح
حج عن ميت أبدا أما إذا كان مال الميت الأقل فالحكم يتعلق بالأكثر والأقل تبع فلم يصر موقعا للحج بمال الميت فلم يجزه ه

باب الهدي

قال الشيخ رحمه الله كل ما ذكرنا من هذا الكتاب أن عليه فيه دما فهو
شاة أو شرك في بقرة أو بدنة بكون فيها سابع سبعة لأن الدم عبارة عن الغنم والإبل والبقر والمتيقن منها الأقل ولأن النبي صلى الله عليه
قال في الهدي أدناه شاة والمسبح البدنة فهو كالشاة لأن النبي عليه السلام اشترك من الصحابة في البدن عام الحديبية فنحروا البدنة عن
سبعة والبقرة عن سبعة قال ولا يجوز الشركة في الدم حتى يكون كلهم يريدون القربة في الذبح وإن اختلف وجوه القرب في ذلك
وقال زفر لا يصح الشركة حتى يتفق وجوه القرب لنا أن المقصود بالجميع الله تعالى وهو معلوم فاختلاف الجهة واتفاقها سواء
لزفر أن خروج الروح لا يتبعض فإذا اختلفت الجهات صار كل واحد كأنه ذبح بنية الجهة الأخرى فلا يجزيهم ه أما إذا كان
أحدهم يريد اللحم لم يجزهم عندنا وقال الشافعي يجوز لنا أن خروج الروح لا يتبعض فإذا خرج بعض البدنة أن يكون قربة
بطلت القربة في باقيها ألا ترى أن وقوع الذبح عن اللحم لا قربة فيه ولهذا قال صلى الله عليه لأبي بردة لما لم يجز ذبحه عن الأضحية
تلك شاة لحم ولأن خروج الروح إذا اجتمع فيه الأعلى والأدنى يستحق الأدنى بطل الأعلى كالمسلم والمجوسي إذا اشتركا
في الذبح ه قال والهدي من البقر والغنم ومن الإبل لما روي أنه صلى الله عليه سئل عن الهدي فقال أدناه شاة وقال
في المتكل إلى الجمعة كالمهدي بدنة ثم كالمهدي بقرة ثم كالمهدي شاة فدل على أن الهدي اسم للجميع ه فأما البدنة
فمن الإبل والبقر خاصة لأن البدنة مشتقة من البدانة وهي العظم ولا يكون ذلك في الغنم والاسم في الحقيقة يختص
بالإبل وإنما أجري البقر مجراها لأن النبي عليه السلام سوى بينهما في الحكم وجوز كل واحد منهما عن سبعة قال ولا يجب
في الحج بدنة إلا على من جامع بعد الوقوف بعرفة قبل طواف الزيارة أو من طاف طواف الزيارة جنبا ثم رجع إلى أهله
ولم يعد وقد روي ذلك عن ابن عباس وقد تقدم فيما مضى وإنما لم يدخلوا في هذا وجوب البدنة في قاتل النعامة لأن
الواجب عندنا القيمة فلم يتعين البدنة بالوجوب ه قال ولا يجوز في جميع ذلك إلا الثني فصاعدا من الإبل والبقر والغنم
إلا أن يكون جذعا من الضأن عظيما لحديث جابر أن النبي عليه السلام قال ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر عليكم فاذبحوا الجذع
من الضأن وروي في حديث أبي بردة أنه ذبح قبل الصلاة فقال له النبي عليه السلام أعد أضحيتك فقال عندي جذع من معز خير من شاة
لحم فقال تجزي عنك ولا تجزي عن أحد بعدك ه قال ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد في قبل الصيد العناق والجدي وقد بينا ه
قال ولا يجوز في الهدي إلا ما جاز في الأضاحي مما يكون سليما من العيوب التي تمنع جواز الأضحية من العور والعرج وما يشترط
في الأضحية من السلامة وذلك لأنه ذبح واجب كالأضحية وقال عليه السلام في الأضحية استشرفوا العين والأذن ونهى أن يضحى
بالعوراء البين عورها والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك والعجفاء التي لا تنقي ه قال ولا يجوز ذبح شيء من ذلك إلا في الحرم لأن
الهدي عبارة عما يهدى إلى مكان وهو مكان الهدي الحرم والأصل فيه قوله تعالى ثم محلها إلى البيت العتيق وروي أن النبي صلى الله عليه
قال منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ه تم كتاب المناسك والله الحمد على كل حال والصلاة على محمد وآله خير آل ه

كتاب البيوع

قال الشيخ أبو الحسين رحمه الله البيع إيجاب وقبول في مالين ليس فيه معنى التبرع الدليل على ذلك أنه متى وجد هذه
الصفة كان بيعا وما كان بخلافه لم يكن بيعا لأن العقد إذا وقع على مال بمنفعة كان إجارة وإن وقع على مالين على
وجه التبرع كان هبة والأصل في جواز البيع قوله تعالى وأحل الله البيع وقال إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم
وقال النبي صلى الله عليه كل متبايعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا وبعث النبي عليه السلام والناس يتبايعون فأقرهم على
ذلك ولم ينكر فإقراره دلالة على الجواز وابتداء شرع من جهته ولا خلاف في هذا ه قال أبو الحسن رحمه الله
التفاضل في البيع محرم بشيئين الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس إلى آخر الفصل ه وجملة ما يقال في هذا
أن الربوا في اللغة هو الزيادة وفي الشرع عبارة عن عقد فاسد بصفة سواء كان هناك زيادة أو لم يكن ألا ترى
أن بيع الدراهم بالدراهم نسيئة ربوا ولا زيادة هناك ولهذا قال عمر رضي الله عنه أن آية الربوا من آخر ما أنزل وأن رسول
الله صلى الله عليه قبض قبل أن نسأله عنها وهو رجل من أهل اللغة فلو كان الاسم باقيا على ما كان عليه في اللغة لم يحتج إلى
تفسيره ه فتحريم الربوا ثبت في الأشياء الستة الذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح أجمعت الصحابة
على ذلك إلا ابن عباس فإنه كان يجوز التفاضل نقدا ويحرم النساء والدليل على فساد قوله ما روى عبادة بن الصامت
وأبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه قال الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن عينا بعين ها وها والفضل ربوا
والتمر بالتمر مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد عينا بعين والفضل ربوا إلى أن ذكر بقية الأشياء الستة ولا يخلو هذا
الخبر إما أن يكون من جنس الآحاد أو من جنس أخبار الاستفاضة في النقول لأن الأمة تلقته بالقبول وعملت
بموجبه لأجله وأيهما كان فهو حجة ولأن الصحابة أنكروا على ابن عباس هذا القول لأن أبا سعيد الخدري مشى
إليه وقال له أصحبت رسول الله ما لم نصحب أسمعت منه ما لم نسمع فقال لا فقال والله لا آواني وإياك ظل
بيت أبدا وأنت على هذا القول والواحد من الصحابة متى انفرد بقول وأنكروا عليه ولم يسوغوا له الخلاف
لم يعتد بخلافه عليهم ه ولو ثبت خلافه فقد روي جابر بن زيد أن ابن عباس لم يمت حتى ترك قوله في
الصرف والمتعة وهذا بعدما قال له علي رضي الله عنه إنك رجل تائه وإذا رجع عنه غيره لم يرجع صارت
المسألة إجماع الصحابة ولو لم يثبت رجوعه فإن إجماع التابعين أسقط خلافه واحتج ابن عباس فقال حدثني
أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه قال لا ربوا إلا في النسيئة وهذا الخبر لا يعارض خبرنا لأنه لم يروه إلا واحد
وخبرنا رواه أربعة وزيادة الرواة ترجيح ولأن خبرنا يقتضي الحظر وخبرهم يقتضي الإباحة فكان الحظر أولى
ولأنا نتأوله لأنه يحتمل أن يكون صلى الله عليه سئل عن بيع الفضة بالذهب فقال لا ربوا إلا في النسيئة
فسمع أسامة الجواب العام ولم يسمع السؤال الخاص ولا يمكننا ولا يمكن ذلك في خبرنا فكان ما ذهبنا إليه أولى ه
ثم اتفقت الأمة على أن الربوا لا يختص بالأشياء الستة بل يتعداها إلى غيرها قياسا عليها إلا عثمان البتي
من المتقدمين وداود في المتأخرين والدليل على بطلان قولهما قوله صلى الله عليه لا تبيعوا الصاع
بالصاعين ولا الصاعين بالثلثة والمراد بذلك ما يدخل تحت الصاع وهذا عام في كل مكيل ه وروي أن
وكيله صلى الله عليه بخيبر حمل إليه تمرا جيدا فقال له أكل تمر خيبر هكذا فقال لا ولكنا نبيع الصاعين من
الجمع بالصاع من هذا فقال لا تفعلوا ولكن بيعوا تمركم بثمن واشتروا به هذا وكذلك الميزان وهذا عام
في كل ما يوزن وهذه المسألة فرع على وجوب القول بالقياس وداود لما منع القياس جعل الحكم مقصورا

[illegible]

الذي لا يوكل قوله صلى الله عليه لا تبيعوا الصاع بالصاعين والمراد به ما يدخل تحت الصاع وهذا عام في كل مكيل وقال عليه السلام
في قصة خيبر بيعوا تمركم هذا بتمر واشتروا به هذا وكذلك الميزان وهذا عام في كل ما يوزن ٥ والدليل على
ابطال حكمهم وهو ان المأكول الذي لا يكال ولا يوزن فيه ربوا عندهم ان الفرع يقاس بالاصل ليلحق به في حكمه
على الوجه الذي ثبت الحكم في الاصل ومعلوم ان النبي عليه السلام علق الحكم في الاصل بجواز العقد عند التساوي
في الكيل او الوزن وبطلانه عند عدم ذلك وهذا المعنى لا يوجد فيما لا يكال ولا يوزن فلا يمكن الحاقه به ولان
النبي صلى الله عليه ذكر الاشيا الستة وبين جواز العقد عليها عند صفة وفساده عند صفة اخرى فلا يمكن الحاق
فرع به ولا طريق الى صحة العقد فيه بحال ٥ واما الدليل على صحة علتنا في الموزونات حديث خيبر وما ذكرنا
انهم اجمعوا على ان الموزون تعلق الحكم وعلتهم باطلة لانها لا تتعدى اصلها فلا يستفاد بها فايدة فاما احتجاجهم
بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا اضعافا مضاعفة فهذا يدل على ان الربوا انما ثبت فيما يوكل فليس
بصحيح لانه قال ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما ولم يدل على تخصيص التحريم بالماكول واحتجاجهم بنهيه
عليه السلام عن بيع الطعام بالطعام لا يصح لان اطلاق الطعام يتناول الحنطة دون غيرها وقولهم ان الحكم يوجد
بوجود علتنا ويعدم بعدمها مبطل بالعرايا بل نقول ان الحكم يوجد بوجود علتنا ويعدم بعدمها وقولهم
ان علتكم تعود الى اصلها بالتخصيص لا يصح لان النبي عليه السلام لما قال الطعام بالطعام مثلا بمثل كيلا بكيل لم يتناول
لفظه الا ما يصح ان يكال ثم لو كان اللفظ عاما لم يكن التخصيص بهذه العلة انما نخصه بعلة اخرى منتزعة من
الثياب فلم تكن هذه مخصصة لاصلها ٥ وعلى هذا الاصل قال اصحابنا يجوز بيع التمرة بالتمرتين والحبة بالحبتين وقال
الشافعي لا يجوز وقد بينا ان العلة هي الكيل فما لا يتأتى فيه الكيل لا يثبت فيه التحريم ولان التمرة والتمرتين تباع عددا في العادة فصار
كالثياب وما يحتجون به ان النبي صلى الله عليه قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا مثلا بمثل خبر لا يعرف ولا ذكره احد في كتاب مسندا
وانما المروي الطعام بالطعام مثلا بمثل كيلا بكيل وهذا لا يتناول الا ما يكال منه دون ما لا يكال ٥ واذا ثبت ان العلة
التي تتعلق بها الربوا ذات وصفين على ما بيناه فمتى وجدا جميعا حرم التفاضل والنسا وهذا خلاف ابن عباس وقد دللنا عليه
واذا عدما جميعا حل التفاضل والنسا لقوله تعالى واحل الله البيع ولان التحريم ماخوذ من النص ومن علة النص فما لم يوجد فيه
نص ولا علة فهو على اصل الاباحة ٥ وان عدم الجنس ووجد المعنى المضموم اليه حل التفاضل وحرم النسا لقوله عليه السلام
واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شيتم يدا بيد ولا خير فيه نسية وهذا امر جاري الا في مسلة واحدة وهو
استحسان بيع الدراهم اذا اسلمها في الموزونات جاز ذلك مع وجود الوزن فمن اصحابنا من قال التحريم النسا يتعلق بالاتفاق
في الوزن على صفة واحدة والزعفران يوزن بوزن القبان والدراهم يوزن بوزن الميزان فلم يتفقا في الوزن على صفة ٥
ومنهم من قال القياس انه لا يجوز وانما تركوا القياس بالاجماع وتخصيص العلة عندنا جايز في الشرعيات ولان الحاجة تدعوا
الى السلم في الموزونات وغالب الاثمان الدراهم والدنانير ولو لم يجز سلفها في الموزونات ضاق على الناس فجوزوا
ذلك للضرورة ٥ واما اذا وجد الجنس وعدم المعنى المضموم اليه مثل الهروي بالهروي والمروي بالمروي فان النسا
لا يجوز عندنا وقال الشافعي يجوز والدليل عليه انه وجد احد وصفي علة الربوا فكان له تاثير في المنع والنسا كالمعنى
المضموم الى الجنس ٥ ولان تجويز النسا في الجنس يؤدي الى اكل مال الناس بالباطل لانه يسلم ثوبين مرويين في
ثوب على صفتهما فياخذهما المسلم اليه ويرد احدهما عند الاجل ويبقى الاخر في يده بغير عوض وهذا اكل مال
بالباطل ٥ وقد قال اصحابنا ان الحنطة والشعير جنسان يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا وقال مالك هما جنس
واحد والدليل عليه ان النبي صلى الله عليه افرد الشعير بالذكر عن الحنطة ثم قال واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شيتم
والظاهر ان المراد به اختلاف ما تقدم فدل على جواز بيع احدهما بالاخر متفاضلا ولانهما مختلفان في اسميهما و
صفتهما والمقصود من كل واحد منهما فصارا كساير الاجناس المختلفة ٥ وقد ذكر ابو الحسن بيان الاجناس المختلفة
في هذا الباب وما ذكره ظاهر ونحن نضم اليه ما لم يذكره منها ثمار النخل كلها جنس واحد لا يجوز فيه التفاضل لقوله
صلى الله عليه التمر بالتمر مثلا بمثل وهذا عام ٥ فاما بقية الثمار فثمرة كل نوع من الشجر جنس يخالف ثمرة النوع الاخر
والكروم كلها جنس واحد والكمثرى جنس واحد وان اختلفت والتفاح جنس واحد ويجوز بيع التفاح بالكمثرى
متفاضلا لانهما جنسان والجوز والرمان والصعتر كل واحد منها جنس لا يجوز التفاضل فيه ويجوز بيعه بالاخر
متفاضلا ٥ فاما اللحمان فاصولها معتبرة فالبقر والجواميس جنس واحد ولحمانها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيها
والابل جنس واحد بخاتيها وعرابها وكذلك لحومها ٥ والغنم جنس واحد ضانها ومعزها لا يجوز التفاضل فيها
ويجوز بيع كل واحد منها بالاخر متفاضلا وقال الشافعي كلها جنس واحد والدليل عليه ان اصولها اجناس فما يتولد
منها اجناس كالاولاد ٥ والالية واللحم جنسان يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا وشحم الجنب لا يجوز بيعه باللحم متفاضلا
لانه لحم ويجوز بيعه بالالية وشحم البطن متفاضلا ٥ والقطن والكتان جنسان يباع احدهما بالاخر متفاضلا والمنسوج منهما
كذلك جنسان يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا وغزل القطن وغزل الكتان وغزل الصوف وغزل الشعر اجناس
يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ولا يجوز بيع كل واحد منها بصاحبه متفاضلا ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن
متساويا لان القطن ينقص اذا غزل فهو كالدقيق بالحنطة ٥ وقال بشر عن ابي يوسف في لحم الطير انه يجوز بيع
بعضه ببعض متفاضلا وان كان من نوع واحد وقال لانه لا يوزن في العادة ٥ واما الادهان فالخل والزيت

جنسان يجوز التفاضل بينهما وكذلك اذا اختلف ما يطيب بالدهن جعله جنسين وان كان اصلهما واحدا ٥ وقالوا
يجوز بيع دهن البنفسج بدهن الخيري اثنان بواحد لان المقاصد فيهما تختلف وقالوا يجوز بيع قفيز سمسم بقفيزين سمسم مربى
بقفيزين سمسم غير مربى جعلوا الرايحة التي فيها بازاء الزيادة ٥ وقالوا لا يجوز بيع رطل من زيت غير مطبوخ
برطل من زيت مطبوخ مطيب لان الرايحة زيادة فكانه باع زيتا بزيت وفضل وقال ابو يوسف اللهم الا ان تكون
الرايحة التي طبخ بها تزيد في وزنه حتى لو خلص نقص فيجوز بيعه منا بمنين فيكون الزيت المطيب بمثله من
الزيت والزيادة بزيادة الرايحة ٥ وقالوا يجوز بيع منا من دهن الخل بمنين من دهن البنفسج وفرقوا بينه وبين الزيت
المطيب لان دهن الخل لا يصير بنفسجيا ابدا والزيت لو طبخ يصير مثل المطبوخ ٥ فاما الثياب فانها تتجانس
باصولها وصفاتها فالمروي جنس غير الهروي والمروي الذي ينسج ببغداد جنس غير الجنس الذي ينسج بخراسان
وان جمعهما الاسم لاختلاف الصنعة ٥

باب السلم

قال ابو الحسن رحمه الله اسلم ما يكال فيما يوزن وما يوزن فيما يكال ولا تسلم ما يكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن وقد بينا ذكر
هذه الجملة ومسايل كل واحد من وصفي علة الربوا بما تقدم في الطعام ٥ قال ابو الحسن والسلم يصح بشرايط سبعة عند ابي حنيفة
الى اخر ما ذكره ٥ قال السلم في اللغة عقد يتضمن تعجيل احد البدلين وتاخير البدل الاخر وهو من نوع عقد البيع
الا انه لما اختص بحكم وهو تعجيل قبض راس المال اختص باسم كما ان الصرف من نوع البيع فلما اختص بوجوب
التقابض في بدليه اختص باسم ٥ والدليل على ان السلم يسمى سلفا ان الصحابة رووا ان النبي صلى الله عليه نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم وانما قال ذلك النبي صلى الله عليه في حال … فلما خافوا ان يتناولوا العموم دون ما اوجب التخصيص
جمع اسمين اللغوي والشرعي ٥ والدليل على جواز السلم قوله صلى الله عليه من اسلم فليسلم في كيل معلوم او وزن معلوم واسلم رسول الله
صلى الله عليه الى زيد بن سعنه في تمره ٥ والسلم يصح عند ابي حنيفة بذكر شرايط سبعة جنس معلوم كقولنا
تمر ونوع معلوم كقولنا برني وصفة معلومة كقولنا جيد ورديء وقدر معلوم كقولنا قفيز او من واجل
معلوم كقولنا شهر ومعرفة قدر راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره مثل المكيل والموزون والمعدود
وان كان مما لا يتعلق العقد على قدره مثل الثياب اعتبر معرفة عينه وبيان المكان الذي يقبض فيه السلم اذا كان
مما له حمل ومونة وقال ابو يوسف ومحمد اذا كان راس المال عينا مشارا اليها لم يحتج الى معرفة قدره ولا يحتاج الى
تسمية المكان ويسلمه في مكان العقد ٥ وهذه الشرايط الست التي يصح العقد بها فان العقد يحتاج الى
مسايل كثيرة في صحته وانما هي التي يحتاج الى ذكرها ولهذا لم يشترط قبض راس المال في المجلس ٥ والاصل
في اعتبار الشرايط قوله صلى الله عليه من اسلم فليسلم في كيل معلوم او وزن معلوم الى اجل معلوم فاعتبر صلى الله عليه
معرفة القدر لان جهالته تودي الى جهالة المقبوض وكل ما ادى جهالته الى جهالة المقبوض وجب ذكره قياسا
على القدر ٥ وذكر الاجل المعلوم لان جهالته تودي الى جهالة القبض وكل جهالة في القبض وجب نفيها قياسا
على الاجل المعلوم ٥ واذا ثبت هذا قلنا لا بد من ذكر الجنس ليصير المقبوض معلوما لانه لو قال اسلمت
اليك في شي فقال احدهما هو الحنطة وقال الاخر هو الشعير فصار المقبوض مجهولا وكذلك النوع لانه
اذا قال اسلمت في تمر فقال احدهما هو برني وقال الاخر هو شهريز ٥ وكذلك الصفة لانه اذا قال تمر
برني جاز لان يقول احدهما جيد والاخر رديء ٥ فاما المقدار فقد نص رسول الله صلى الله عليه على وجوب معرفته ٥
واما الاجل فعندنا هو شرط في المسلم فيه وقال الشافعي اذا اسلم في موجود جاز حالا ومؤجلا وان
اسلم في معدوم لا بد من الاجل والدليل على اعتبار الاجل حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه قدم المدينة
وهم يسلفون في الثمار العام والعامين فقال من اسلم فليسلم في كيل معلوم او وزن معلوم الى اجل معلوم فشرط الاجل
ذكره هذا اللفظ الذي هو محل الاختلاف ولا يقال ان السلم ليس بواجب فكيف يجب تاجيله لان ما لا يجب
اذا فعله الانسان لزمه شرايطه كما تجب الطهارة لصلاة النافلة ٥ ولان جهالة الاجل تفسد العقد فكان ذكره
شرطا كالقدر ولان التاجيل احد نوعي الدين فوجب ان يكون شرطا في احد بدلي السلم كالحلول وقال
الشافعي اذا جاز السلم مؤجلا فجوازه حالا اولى لانه ابعد من الغرر وهذا باطل على اصله بالكتابة ولانا لم نجوزه في
المؤجل لبعده من الغرر حتى يكون ما هو ابعد منه اولى وطريق الاولى يستعمل في شيين اشتركا في علة
وتاكد في احدهما على الاخر ٥ وحكى الطحاوي عن ابي عمر انه كان يذكر من مذهب اصحابنا ان الاجل في السلم
لا يكون اقل من ثلثة ايام لانها مدة تعلق بها العقد كالخيار وقد روي عنهم ايضا خلاف ذلك فقالوا لو شرط نصف
يوم جاز لان الثلثة ليس ادنى مدة الخيار وانما هي اقصاها وادنى مدة الخيار لا يتقدر كذا ادنى الاجل لا يتقدر ٥
واما الدليل على وجوب اعتبار قدر راس المال وان كان معينا فلانه احد بدلي عقد السلم فكان معرفة قدره مما
يتعلق العقد على قدره شرطا كالمسلم فيه ٥ ولان ترك معرفة المقدار يودي الى جهالة المقبوض في الثاني لانه
اذا اسلم عشرة من دراهم فوجد بعضها زيوفا فرده وانفسخ العقد فيه ولم يعلم مقداره من راس المال لا يعرف
ان يبقى على عقد السلم ويمكن نفيها عن العقد فتعين الواجب كالسلم بمكيال بعينه وليس كذلك اذا كان
راس المال ثوبا لان قدره ليس بمعقود عليه الا ترى ان من اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر سلم
له ولو كان القدر معقودا عليه لم يستحق الزيادة كالدراهم ومعرفة ما ليس بمعقود عليه لا يعتبر كمعرفة القيمة ٥

وجه قولهما أن البدل المعين لا يفتقر العقد إلى معرفة قدره كالبدل في البيع ❊ فأما الدليل على وجوب ذكر المكان الذي تقبض
فيه فلأن المعقود عليه يختلف باختلاف الأماكن لما يلزم عليه من الحمل والمؤنة فصار مجهولا بجهالة مكان قبضه فلم يكن بد من ذكره
وهذا المعنى متفق عليه إلا أنهما قالا مكان العقد مكان التسليم والدليل على بطلانه أن من باع حنطة في السواد لم يجب
تسليمها في البلد ولو كان مكان التسليم من مقتضى العقد لم يختلف ولأنه لو كان من موجب العقد لم يجز نفيه عن العقد بالشرط
كسائر موجبات العقد فلما جاز أن يثبت شرط التسليم في غير مكان العقد دل على أنه ليس من موجب العقد ❊ ولا يقال أن
نقد البلد يجوز نفيه بالشرط وإن كان من موجب العقد لأن ذلك يثبت بالعادة فأما موجب العقد فلا ولا يقال إن العقد يقتضي
الملك ثم ينفى بشرط الخيار لأن القياس يمنع ذلك وإنما عدلنا عن القياس بالخبر ولا يقال إن موجب العقد حلول الثمن وينفى
بشرط التأجيل لأن العقد الذي ثمنه مؤجل غير العقد الذي ثمنه حال فكان كل واحد من العقدين غير الآخر ولا يقال إن
موجب النكاح مهر المثل وينفى بالتسمية لأن النكاح لا يبطل بنفي موجبه وجه قولهما أن المعقود عليه ملك في
هذا المكان فيسلمه فيه كما أن من اشترى حنطة في السواد وجب تسليمها فيه لأنها ملكت في ذلك المكان ❊ وأما
ما لا حمل له ولا مؤنة فالصحيح عن أبي حنيفة أنه يسلمه حيث لقيه لأنه لا يختلف باختلاف الأماكن لأجل الحمل وإنما يختلف
لرغبة الناس في مكان دون مكان فصار كالأثمان ❊ وقد روي عن أبي حنيفة أنه يسلمه في مكان العقد وهو قولهما لأنه
ملك في ذلك المكان فيسلمه فيه ❊ قال أبو الحسن وإذا وقع السلم لم يجز أن يفترقا من غير قبض رأس المال في المجلس
شرط في صحة السلم وقال مالك يجوز تأخيره يوما أو يومين والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان
ورخص في السلم والسلم في اللغة عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين وتأخير البدل الآخر فما سوى ذلك مبقى على أصل النهي
ولأنه عليه السلام نهى عن الدين بالدين والكالئ بالكالئ ولو لم يقبض رأس المال إذا كان ثمنا صار دينا بدين ولأنه لو جاز
تأخير قبضه يوما ويومين جاز شهرا أو شهرين كثمن المبيع ❊ وأما إذا كان عينا من غير الأثمان فالقياس أن لا يبطل
السلم بالتفرق قبل قبضها لأنهما افترقا عن عين بدين وإنما استحسنوا في إبطال العقد لما قدمنا من الخبر ❊ قال
أبو الحسن ولا يجوز أن يشترطا لهما أو لأحدهما خيار شرط وذلك لأن خيار الشرط ينفي الملك بفعلهما وعدم القبض يمنع صحة
العقد فعدم الملك بفعل أحد المتعاقدين أولى ولأن القبض الصحيح شرط في العقد والخيار المشروط يمنع صحة القبض
فإن قيل أليس لو قبضه ثم استحقه ثم افترقا فأجاز صاحبه صح العقد وإن لم يحصل الملك في المقبوض
قيل له إنه لم يمتنع الملك بفعل واحد من المتعاقدين وإنما امتنع حكما فإذا أجاز صار كأن العاقد سلم مال نفسه
قال وإن كان فيه خيار رؤية أو عيب لم يفسد العقد وإن افترقا وذلك لأن هذا الخيار يثبت حكما ألا ترى أنه يثبت
في الصرف ولا يمنع صحة التقابض فلم يمنع صحة القبض في مسألتنا ❊ قال أبو الحسن فإن أحال رب السلم المسلم
إليه برأس المال على رجل أو كفل له به أو أخذ به رهنا ثم فارق المسلم إليه وتوى الكفيل أو المحتال مع المسلم
إليه بطل السلم فأما الحوالة فهي جائزة برأس المال والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لنا قوله صلى الله عليه من أحيل
على مليء فليتبع ولأن المحتال عليه يقوم مقام المحيل في الدفع فصار كوكيله وزفر يقول إنه أقامه في ذمته
المحتال عليه مقام ما في ذمته فكأنه أخذ عوضا عن رأس المال أو المسلم فيه ❊ وأما الكفالة فعندنا تجوز برأس
المال والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز وذكر ابن شجاع عنه أنه يجوز بالمسلم فيه ولا يجوز برأس المال لنا قوله عليه السلام
الزعيم غارم ولم يفصل ولأن الكفيل يقوم مقام المكفول عنه في الأداء كوكيله وجه قول زفر أنه أقام ما في ذمة
الكفيل مقام ما في ذمته فصار كالبدل عنه ❊ وأما فرق بين رأس المال والمسلم فيه على رواية ابن شجاع فلأن رأس
المال يقبض في المجلس والكفالة يحتاج إليها في الديون التي يتأخر قبضها والمسلم فيه يتأخر قبضه فلذلك يجوز
الكفالة به ❊ وأما الرهن فيجوز عندنا برأس المال والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لنا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا
إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فرهان مقبوضة قال ابن عباس أشهد أن السلم المؤجل في كتاب الله تعالى وتلا هذه الآية وإذا
تضمنت المداينة السلم وقد أجاز الله تعالى الرهن فيه دل على جوازه ولأن الرهن وثيقة كالشهادة وجه قول
زفر أن الرهن إذا هلك صار المرتهن مستوفيا لدينه واستيفاء غير رأس المال والمسلم فيه لا يجوز والجواب
أن الرهن إذا هلك لم يصر عوضا عن الدين وإنما يصير المرتهن مستوفيا لحقه بهلاكه حكما والدليل عليه أن الكفيل
لو رهن المكفول له رهنا فهلك رجع على المكفول عنه بدينه وفي فوات العبد الرهن إذا مات وجب كفنه
على الراهن ولو كان المرتهن صار به مستوفيا وجب كفنه عليه فإذا ثبت ما ذكرنا قلنا إذا فارق رب السلم
المسلم إليه بطل العقد وإن كان الكفيل والمحتال عليه في المجلس لأن القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق
بالمتعاقدين فإذا افترقا بطل العقد ولم ينفع بقاء غيرهما ❊ ولو فارقهما الكفيل أو المحتال عليه وهما في المجلس لم يبطل
العقد لأن صحة العقد تتعلق بهما فمفارقة الكفيل كعدمه ❊ وكذلك لو افترقا بعد قبض الرهن برأس
المال بطل العقد لأنهما افترقا عن غير قبض ❊ ولو هلك الرهن في المجلس صح العقد لأنه يصير مستوفيا لرأس
المال بهلاكه حكما فهو كالاستيفاء بالمباشرة ❊ وإن أخذ بالمسلم فيه رهنا ثم افترقا جاز لأن قبض المسلم فيه لا
يتعين في مجلس العقد ❊ فإن هلك بعد ذلك صار رب السلم مستوفيا للمسلم فيه لأن الرهن عندنا يهلك
بالأقل من قيمته ومن الدين ❊ قال أبو الحسن ولا يجوز للمسلم إليه أن يبرئ من رأس المال لأن قبضه في المجلس
واجب لحق الله تعالى فإذا أبرأه سقط القبض فيه وبطل العقد ❊ وهذا إذا قبل رب السلم البراءة فإن ردها لم يبطل

لأن العقد صح بتراضيهما والمسلم إليه بالبراءة يريد الفسخ فلا ينفسخ إلا برضا الآخر ❊ ولا يجوز أن يأخذ عوض رأس المال
شيئا من غير جنسه وذلك يسقط القبض فيه وإسقاط القبض يفسد العقد ❊ فإن أعطاه من جنسه أجود منه أو
أردى ورضي المسلم إليه بالردي جاز وذلك لأن هذا ليس بعوض وإنما اختلف البدل في الصفة ألا ترى أن من اشترى
عبدا فوجده مقطوع اليدين فالبيع جائز ولو كان تغير الصفة يخرج المعقود عليه من جنسه وجب أن يبطل العقد إلا أنه
لا بد من رضا المسلم إليه إذا كان ما أعطاه دون حقه لأن في ذلك إسقاط حق له وهو الجودة ❊ فأما إذا أعطاه أجود من
حقه أجبر على أخذه وقال زفر لا يأخذه إلا برضاه لنا أن الجودة لا تخرج الشيء من جنسه فإذا دفع أجود مما عليه فقد
سمح بالجودة وهي غير متفردة عن العين فلا يعتبر فيه الرضا كإيفاء الوزن ❊ وزفر يقول تبرع عليه بالجودة فله أن يقبل التبرع
وله أن يرده ❊ وكذلك لا يجوز أن يأخذ عوض المسلم فيه من غير جنسه لقوله صلى الله عليه من أسلم في شيء فلا يصرفه
إلى غيره ❊ ولأن المسلم فيه في حكم الأعيان بدلالة جواز الفسخ عليه مع هلاك رأس المال والأعيان التي تنفسخ وتحول لا يجوز
التصرف فيها قبل القبض ❊ فإن أعطاه من جنسه أجود منه أو أدون منه ورضي رب السلم بالأدون جاز على ما قدمناه
في رأس المال ❊ وإن أبرأ رب السلم المسلم إليه جاز وسلم له رأس المال لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس فجاز
أن يبرئ عنه كسائر الديون ❊ وإن تقايلا جاز ورد عليه رأس ماله لما روي عن جماعة من الصحابة أنهم قالوا لا تأخذ إلا سلمك
أو رأس مالك وإنما يأخذ رأس المال عند الفسخ ولأنها معاوضة تحتمل الفسخ فصحت الإقالة فيها كالبيع ❊ فإن أقاله في
البعض وأخذ بعضه فهو جائز وقال مالك لا يجوز وقد روي عن ابن عباس أنه سئل عن ذلك فقال ذلك المعروف الحسن
الجميل وعن ابن عمر أنه لا يجوز لنا أنه تجوز الإقالة في جميعه فجاز في بعضه كالبيع ❊ ومالك يقول لا إقالة في البيع وإذا أقال في البعض
على أن يأخذ الباقي كان بيعا فيه شرط فيبطله ❊ وهذا ليس بصحيح لأن الإقالة عندنا فسخ وليس ببيع وقبض الباقي لا يجب
بالإقالة حتى يصير شرطا فيها وإنما يجب بمقتضى العقد ❊ وإذا تقايلا لم يجز أن يأخذ برأس المال شيئا من غير جنسه
استحسانا والقياس أن يجوز وهو قول زفر ❊ وجه القياس أنه دين لا يجب قبضه في المجلس ولا هو مسلم فيه
فجاز التصرف فيه قبل القبض كسائر الديون ❊ وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره
وقول الصحابة لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك ولأنه بعد الفسخ رأس مال بدلالة جواز الفسخ عليه والفسخ إنما يقع
على ما وقع عليه العقد ورأس المال لا يجوز التصرف فيه إذا كان في حال بقاء العقد ❊ وقد قال الطحاوي قياس قولهما أنه لا
يجوز تأجيله وهذا ليس بصحيح لأنه دين لا يجب قبضه في المجلس ولا ثبت على وجه التبرع فجاز تأجيله كسائر الديون وليس
إذا لم يجز التصرف فيه لم يجز التأجيل لأن المسلم فيه لا يجوز التصرف فيه ويجوز تأجيله ❊ وأما السلم الفاسد فيجوز التصرف
في رأس ماله قبل القبض لأن القياس يقتضي جواز التصرف بكل حال وإنما تركنا القياس في السلم الصحيح للخبر وما
سواه مبقى على أصله ❊ قال وكذلك القروض والغصوب والاستهلاكات وغير ذلك لأنها ديون لم
يجب قبضها في المجلس ولا هي بدل في السلم ❊ قال أبو الحسن إلا الصرف فإنه لا يجوز فيه إلا ما يجوز في رأس
المال وهذا إنما يعني به حال بقاء العقد لأن القبض مستحق لحق الله تعالى وفي التصرف إسقاطه فلا يجوز ❊
فأما إذا تفاسخا الصرف جاز التصرف فيه بخلاف السلم لأنه دين لا يجب قبضه في المجلس وكذلك كان القياس
في السلم لولا الخبر ❊ قال أبو الحسن وكل ما لا ينضبط مقداره بالكيل أو الوزن أو الذرع المعروف بين الناس
وينضبط مع ذلك صفته فإن السلم فيه لا يجوز حتى يضبط ذلك أجمع ❊ والأصل في هذا أن كل ما ينضبط
صفته ويعرف قدره ويجوز أن يكون مبيعا فالسلم فيه جائز لقوله صلى الله عليه من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن
معلوم ❊ وما لا ينضبط صفته ولا يعرف قدره لا يجوز السلم فيه كالجوهر ❊ فأما ما لا يكون مبيعا بحال كالدراهم
والدنانير فلا يجوز السلم فيها عندنا وقال الشافعي يجوز السلم والدليل على ما قلناه أنه أحد بدلي السلم فلا تكون
الدراهم فيه مؤجلة كرأس المال ❊ ولأن مخالفنا إما أن يثبت اسم العقد أو حكمه فإن كان يثبت اسمه لم
يصح لأن العرب لا تسمي من باع ثوبا بدراهم مؤجلة مسلفا في الدراهم وإن أثبت حكمه من قبض رأس المال في
المجلس لم يصح لأن من باع ثوبا بدراهم مؤجلة لم يجب قبضه في المجلس وإذا لم يثبت الاسم ولا الحكم لم يصح العقد
ولأن كل ما لا يجوز السلم فيه إذا كان رأس المال من غير الأثمان لم يجز السلم فيه إذا كان من غيرها كالجواهر ❊ قال
أبو الحسن لا يجوز السلم في الحيوان لأنه معدود لا ينضبط وقال الشافعي يجوز إذا سمى سنا أو باعيانا من نعم بني فلان
لنا ما روى الثوري عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه نهى عن السلف في الحيوان ولأن السلم لا
يجوز في أطرافه فلا يجوز فيه كالجلود ❊ والذي روي عن عبد الله بن عمرو قال أمرني رسول الله صلى الله عليه أن أجهز جيشا فكنت أستسلف البعير بالبعيرين إلى
خروج المصدق فيحتمل أن يكون استسلف من أرباب الزكوات على الزكاة أو يكون استسلف من حربي في دار
الحرب وقد كانت أحوال محتاجة لدار الإسلام أو يكون استسلف على بيت المال وكل ذلك يجوز عندنا ❊ وقولهم
لما جاز أن يثبت في الذمة مهرا جاز أن يثبت سلما لا يصح لأنا لا نسلم ثبوت الحيوان في الذمة بالنكاح ثبوتا صحيحا
ولأن بدل النكاح يثبت مع الجهالة بدلالة مهر المثل ومثل ذلك لا يثبت في السلم ❊ قال أبو الحسن وكذلك ما
لا يعرف قدره من الأواني وسائر المصنوعات فإن ذلك لا يجوز السلم فيه وقد بينا عذره ❊ قال واللبن والطوابق
إذا اشترط من ذلك عددا معلوما جاز لأنه معدود غير متفاوت والعدد يعرف به مقداره والأشياء جاز السلم فيه
كالكيل والوزن ❊ قال أبو الحسن ولا يجوز السلم في الحطب والقصب والرطبة أحمالا ولا أوقارا ولا حزما

ولا يجوز لان هذا مقدار مجهول يختلف ويتفاوت فيه الصغير والكبير وما لا يضبط قدره لا يجوز السلم فيه ﻫ قال ابو الحسن
ولا يجوز السلم في جلود البقر والغنم والابل وقال مالك يجوز لنا انه معدود متفاوت الا ترى ان الجلود تختلف فيها
الصغير والكبير والثقيل والخفيف وهذا المعنى يوجب تفاوت الاثمان فيمنع من صحة السلم ﻫ قال ابو الحسن وكذلك
رؤوسها في هذه احدى لان الرؤوس تختلف بالسمن والهزال والصغر والكبر والمعدود المتفاوت لا يجوز السلم فيه ﻫ
ويجوز السلم في الثياب والبسط والحصر والبواري والستور وما اشبه ذلك اذا اشترط ذرعا معلوما وصفة
وصنعة معلومتين وقد كان القياس ان لا يجوز السلم في الثياب لان مستهلكها لا يلزمه امثالها فلا يجوز السلم فيها
كالحيوان وانما تركوا القياس لاجماع الفقهاء والاجماع حجة ولانه اذا بين الطول والعرض والصفة تقاربت الجهالة
فيها وصار اختلافها كاختلاف الجيد والجيد من الحنطة فلا يمنع صحة العقد ﻫ قال ابو الحسن وما كان من الثياب
يوزن مثل ثياب الحرير ذكر مع ذلك الوزن فان اقتصر على الذرع اجزا ومن اصحابنا من قال لا بد من ذكر الوزن
وهذا عندنا على وجهين ان كان اذا ذكر الطول والعرض والرقعة لم يتفاوت الوزن لم يحتج الى ذكر الوزن
قال ابو الحسن لانه غير متفاوت وان كان يختلف باختلاف وزنه لم يجز حتى يذكر الوزن ﻫ قال ابو الحسن واذا
شرط في السلم مكيلا لا يعرف فقال بهذا الكيل او وزن حجر لا يعرف قدره من الوزن المعروف فقال بهذا الحجر
لم يجز حتى يكون قدره من الكيل المعلوم والوزن المعلوم معلوما والاصل في ذلك ان كل جهالة يجوز ان تطرأ
على عقد السلم فترفعها من العقد شرط اذا امكن ذلك لان المقصود من هذا العقد متوقف فيما يجوز ان يبطله لو جود
في حال العقد ومعلوم ان الاناء قد يهلك ويضيع الحجر فلا يدري كم قدر المسلم فلذلك لم يجز العقد ﻫ فان باع وشرط
الكيل مكيالا لا يعرف اشار اليه او الوزن بحجر لا يعرف اشار اليه فالمشهور انه يجوز لانه لو باع مجازفة جاز وليس
هذا الكيل من المجازفة وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان البيع يقع على وجهين اما مكايلة او مجازفة
وليس هذا مكايلة ولا مجازفة ﻫ قال ابو حنيفة اذا اسلم في شيئين مختلفي الصفة او الجنس لم يصح السلم اذا
كان راس المال مكيلا او موزونا حتى يبين قدر راس مال كل واحد منهما مثل ان اسلم مائة درهم في قفيز حنطة وقفيز
شعير او في ثوبين مختلفين وان كان راس المال من غير المكيل او الموزون لم يحتج الى تفصيله وقال ابو يوسف
ومحمد ذلك جائز فيهما وهذا مبني على ما قدمنا ان معرفة راس المال شرط في السلم فاذا اسلم مائة في شيئين
مختلفين انقسمت عليهما بالقيمة فصار راس مال كل واحد منهما مجهولا فلم يجز عنده كما لو افرده بالعقد وليس
كذلك اذا كان راس المال ثوبا لان معرفة قدر الثوب لا يعتبر في العقد وعلى اصلهما اذا كان راس المال معينا جاز وان لم
يعرف قدره وكذلك وان لم يعرف حصة كل ثوب منه ﻫ قال ابو الحسن واذا اسلم في طعام قرية بعينها او بلد بعينه
مما ينقطع عن ايدي الناس فالسلم باطل وجملة هذا انه اذا سمى طعام قرية لا ينقطع طعامها غالبا جاز السلم وان سمى مما
يجوز ان ينقطع لم يجز وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اسلم الى زيد بن سعنة في تمر نخله بعينها فقال عليه السلام اما في تمر نخله بعينها
فلا وكان المعنى فيه انه يجوز ان ينقطع ثمرها ولا تحمل في ذلك العام وقال محمد في الاصل اذا اسلم في طعام هراة
لم يجز قال الطحاوي انما يعني بذلك هراة خراسان لان طعامها لا ينقطع وانما اراد قرية من قرى العراق يقال لها هراة
وذلك ينقطع طعامها ﻫ قال ابو الحسن ولا بد ان يكون المسلم فيه موجودا من حين السلم الى اجله فان كان معدوما
في شيء من هذه المدة لم يجز وجملة هذا ان من شرط السلم عندنا كون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين الحلول
فان عدم في احدى الحالتين او ما بينهما لم يجز وقال الشافعي يجوز السلم اذا كان المسلم فيه موجودا عند الحلول ولا يعتبر
وجوده قبل ذلك لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يؤكل منه وقد سمي السلم بيعا ولان محل المسلم فيه
تارة يثبت بالشرط وتارة يثبت بالشرع فاذا كان عدمه في احد المحلين يمنع صحة العقد فكذلك الاخر ولانه اسلم في معدوم
فلم يجز كالحال وقولهم انه مضبوط الصفة مامون الوجود عند المحل لا يصح لان المحل تارة يكون بالوقت الذي شرطاه وتارة
يكون قبله بان يموت المسلم اليه فيحل السلم فوجب اعتبار وجوده في كل حال يجوز ان يكون محلا ﻫ قال ابو الحسن فان
كان موجودا من حال العقد الى حين حلول السلم فلم يقبض رب السلم حتى انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار
ان شاء فسخ العقد واخذ راس المال وان شاء انتظر الى حين وجوده وذلك لان العقد قد تم واستقر الدين في الذمة
بالحلول فعدمه بعد استقراره لا يؤثر في العقد كعدمه قبل العقد ﻫ وانما ثبت الخيار لان الصفقة تعذرت الا
ترى انه دخل في العقد ليسلم له المعقود عليه في هذا العام فاذا تاخر الى عام اخر لحقه الضرر فصار كالعيب ان شاء
فسخه وان شاء التزمه ﻫ فان اسلم في بيض عددا او اسلم في الجوز كيلا او عددا جاز وجملة هذا ان المعدود اذا تفاوتت
احاده لم يجز السلم فيه كالبطيخ والرمان واذا لم يتفاوت احاده جاز السلم فيه وان تقاربت تقاربا كالبيض والجوز ذكر
هذا التفصيل ابو يوسف وقال زفر لا يجوز السلم في البيض والجوز عددا والدليل على ما قلناه ان كل ما جاز
ضبطه بصفة جاز السلم فيه بتلك الصفة اذا كان مما يسلم فيه كالكيل والوزن ولان العدد معنى يعلم به مقدار
الجوز فجاز السلم فيه كالكيل وجه قول زفر ان البيض معدود مختلف الا ترى ان كباره تشترى باكثر مما تشترى
صغاره والمعدود المتفاوت لا يجوز السلم فيه ﻫ قال ابو الحسن واذا اسلم رجل الى رجل في حنطة دينا له عليه لم يجز
لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالئ بالكالئ وهو الدين بالدين ﻫ فان لم يفترقا حتى قبض رب السلم دينه منه ثم رده عليه
او اعطاه مثله جاز العقد عندنا لان الدراهم عندنا لا تتعين واذا سمى دينه وقع العقد على دراهم مطلقة فاذا افترقا

بطل لعدم القبض وان دفع راس المال جاز وصار كانه عقد بدراهم مطلقة ودفعها وليس كذلك اذا قال اسلمت
العشرة التي في ذمة فلان في قفيز حنطة ثم قبضها وسلمها قبل الافتراق او سلم غيرها لان العقد لا يصح لانه
يشترط هناك استيفاء راس المال من ذمة غير العاقد وهو خلاف مقتضى العقد وليس كذلك في مسالتنا لانه شرط
الاستيفاء من مال العاقد وذلك مقتضى العقد ﻫ واذا اسلم عينا ودينا ثم افترقا جاز في حصة العين وبطل في
حصة الدين لان العقد وقع صحيحا فيهما الا ترى ان الدين اذا قبض جاز وانما بطل في بعض المعقود عليه لعدم القبض
وبطلان العقد في بعض ما وقع عليه العقد لا يوجب بطلانه في جميعه كما لو اشترى عبدين فمات احدهما قبل القبض ﻫ
قال ابو الحسن واذا اسلم مكيلا في مكيل وموزون او اسلم موزونا في موزون ومكيل او جنسا في جنسه وغيره بطل السلم
في جميعه في قول ابي حنيفة وجاز في قول ابي يوسف ومحمد في حصة المكيل من الموزون ولم يجز في حصة الموزون
من الموزون وجملة قول ابي حنيفة ان الصفقة اذا جمعت الصحيح والفاسد وكان الفساد في نفس المعقود عليه
بطل العقد في الجميع والفساد في نفس المعقود عليه عنده ان يفسد بنص او اجماع وقال ابو يوسف ومحمد اذا كان
الفاسد مما له قيمة جاز في الصحيح وبطل في الفاسد مثل مسالتنا وان كان الفاسد مما لا قيمة له مثل الحر
والعبد وقد سمى الثمن جملة واحدة بطل العقد في الجميع وان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد وبطل في الحر
وذكر ابو الحسن في الجامع عن ابي يوسف فيمن باع جارية في عنقها طوق فضة بالف نسا ان البيع باطل
في قول ابي يوسف الاخر وجعل ابو الحسن رجوع ابي يوسف في هذه المسالة دلالة على رجوعه في جميع المسايل وكان
ابو بكر يقول يجوز ان يفرق بينهما وذكر ان سماعه عن ابي يوسف فيمن اسلم عشرة في قفيز حنطة خمسة يؤديها
في المجلس وخمسة بعد عشرة ايام ان البيع باطل في الجميع ولم يحك خلافا وللشافعي قولان احدهما مثل قول ابي حنيفة
والثاني مثل قولهما وجه قول ابي حنيفة ان الصفقة تضمنت الصحيح والفاسد والفساد في نفس المعقود
عليه فيفسد في الجميع كمن جمع بين حر وعبد وسمى لهما ثمنا واحدا وعلى الشافعي ان عقد البيع اذا جمع بين حر وعبد
بطل فيهما كمن جمع بين حر وكلب ولانه عقد يبطل بالشرط فاذا جمع بين الحرة والامة فيه جاز ان يبطل في الامة
كالنكاح ولا يلزم على الوجه الاول اذا جمع بين عبده وعبد غيره لان العقد عندنا يصح فيهما فكيف يقول ان
الفساد في نفس المعقود عليه ولا يلزم اذا جمع بين عبد ومدبر او ام ولد لان الرق المعقود عليه موجود
فيهما والعقد تناولهما ولهذا يبيع فيهما بحكم الحاكم ﻫ ولا يلزم اذا جمع بين عبد ومكاتب لان الرق موجود
في المكاتب ويصح العقد فيه بالحكم لان عند مالك من باع نجوم المكاتب جاز وعتق وكان الولاء للمشتري
ولا يلزم اذا باع عبدا بالف نسا ثم اشتراه مع عبد اخر بالف وماية لان العقد يصح فيهما وانما يفسد عنده
في قسمة الثمن والعلم بنقصان حصة المبيع من الالف وهذا انما يكون في ثاني العقد فان الزم اذا باعه مع عبد
اخر من البايع بالف وقبل انعقاد العقد يعلم ان حصته اقل من الالف قلنا وجدنا ان الفساد في نفس المعقود
عليه انه ما ثبت بالنص او الاجماع وهذا عنده يفسد بما يجري مجرى النص لانا نقول ان قول عايشة رضي الله عنها
فيما لا يعلم من طريق القياس الظاهر انه توقيف وهذا ليس بنص في الحقيقة وجه قولهما ان الصفقة جمعت
الصحيح والفاسد وكل واحد منهما له قيمة فصار كالعبد والمدبر واما العبد والحر فلا قيمة للحر فيصير العبد
مبيعا بحصته والبيع بالحصة لا يجوز ولهذا قلنا لو انه افرده بالثمن جاز لان المعنى المفسد جهالة الحصة وهذا لا يوجد اذا
افرده بثمن ﻫ واما رجوع ابي يوسف في مسالة الطوق فالظاهر انه رجوع في جميع المسايل ﻫ قال ابو الحسن رحمه الله
ولا نعرف الفرق وكان ابو بكر يقول ان النسا محرم في الفضة بالاجماع فيجوز ان يقول ابو يوسف ان الفساد
متى ثبت بالاجماع افسد الصفقة لانه دليل مقطوع به فاما خبر الواحد فلا يقطع به فاذا قابله الاختلاف
لم تفسد الصفقة ﻫ واذا ثبت هذا قلنا في مسالة الكتاب اذا اسلم مكيلا في مكيل وموزون فتحريم النسا بالمعنى
المضموم الى الجنس مجمع عليه والتحريم اذا ثبت بالاجماع كان الفساد في نفس المعقود عليه ولان النص قد تناوله
وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد ولا خير فيه نسية ﻫ قال ابو الحسن ويجوز
السلم في الشحوم والاليات وذلك لانها لا تختلف بالسمن والهزال لانها كلها سمن ولا بالعظام لانه لا
عظم فيها يتفاوت والموزون المعلوم يجوز السلم فيه ﻫ ولا يجوز السلم في اللحم عند ابي حنيفة ويجوز عندهما
اذا سمى مكانا معلوما من الشاة وهو قول الشافعي وكان ابو الحسن يقول يجوز السلم في اللحم المخلوع من العظام
وكان ابو بكر يقول لا يجوز وجه قول ابي حنيفة ان اللحم يختلف باختلاف السمن والهزال وهذا معنى مقصود
منه والموزون المختلف لا يجوز السلم فيه ولانه يختلف باختلاف العظام الا ترى ان من العظام ما ينتفع بها
ومنها ما لا ينتفع به والاختلاف يمنع جواز السلم وليس كذلك النوى في التمر لانه يقع على جهة واحدة اذ
لا ينتفع بجميعه فان قيل قد جوزتم السلم في الالية وفيها عظم العصعص قلنا ذلك موجود على
صفة واحدة منتفع به لا يختلف فلذلك لم يمنع وعلى الشافعي ان ما اختلف باختلاف العظام والسمن والهزال
لم يجز السلم فيه كالرؤوس واللحم المشوي والمطبوخ ولانه سلم في لحم كاللحم لا يوكل لحمه وجه قولهما انه
اذا سمى مكانا من الشاة بعينه قلت الجهالة فصار اختلافه كاختلاف الجيد والجيد من المكيل ﻫ قال ابو الحسن
ولا يجوز السلم في السمك عند ابي حنيفة طريه ولا مالحه وقال ابو يوسف يجوز في المالح اذا سمى وزنا معلوما

وفي السمك الصغار اذا كان يكال ولا يجوز في الكبار اذا كان لا يكال فان اشترط وزنا جاز لفضل الكبير على الصغير روى ذلك
بشر عنه وقد اضطربت عبارة الاصل والجامع الصغير في ذلك فاشار الى الفرق بين المالح والطري كما قال ابو يوسف والصحيح
من المذهب ان السمك الصغار يجوز السلم فيه كيلا ووزنا وفي الكبار روايتان ولا فرق بين المالح والطري وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز اما الصغار فلانها لا تختلف باختلاف السمن والهزال لانه لا سمن فيه ولا باختلاف العظام لان عظامه
توكل معه فصار كالاجزاء لا تختلف بخلاف العقد عليه واما الكبار فيختلف باختلاف السمن والهزال فهو كاللحم ووجه الرواية
الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه ولم يقصد بالعقد وعظامه على وجه واحد لا ينتفع بها فلم يمنع ذلك السلم
واما هيا فرقنا بينه وبين اللحم لانه يجوز بيع اللحم اذا شرط مكانا من الشاة بعينه لنقل الجهالة وهذا المعنى لا يوجد في السمك
فالسلم فيه كالسلم في [illegible]

باب السلم ينتقض فيه القبض بعد الافتراق

قال ابو الحسن رحمه الله واذا افترق المتعاقدان في السلم بعد القبض ثم وجد
المسلم اليه راس المال زيوفا او نبهرجة فان تجوز بها صح السلم وان استبدلها بطل عند ابي حنيفة ولا يبطل عندهما
اذا قبض في المجلس الذي ردها فيه وان افترقا قبل القبض في مجلس الرد بطل السلم وان اصابها ستوقا او رصاصا او وجدها
غير الفضة او استحقت من يده بعد الافتراق بطل السلم عندهم جميعا وجملة هذا ان راس المال اذا لم يكن دينا في
الذمة وكان عينا مشارا اليها فاستحق في المجلس او بعد المجلس او وجد بها عيبا فرده بطل السلم لان العقد وقع على
عينه فاذا استحق او رد بالعيب بطل العقد فيه ولا يعود الا باستيناف عقد فاما اذا كان راس المال دينا في
الذمة فقبضه ثم وجده في المجلس زائفا فرده او رصاصا او ستوقا او استحق فاعطاه بدله في المجلس صح العقد لان
استحقاقه ورده يبطل فيه القبض ويبقى موجب العقد في الذمة فكانه لم يقبض راس المال حتى الان وتاخير
القبض في المجلس معفو عنه واما اذا افترقا فوجده ستوقا او رصاصا او استحق فلم يجز المستحق القبض بطل
العقد في قولهم لان الستوق والرصاص ليس من جنس الاثمان فقبضها لا يعتد به فصار كانهما افترقا عن غير قبض
واما اذا وجدها زائفة او نبهرجة فتجوز بها جاز لانها من جنس المعقود عليه وانما وجد بها عيبا ووجود العيب بالعين
لا يجعلها غير المعقود عليه فاذا تجوز بها فكانه اخذ نفس حقه فجاز واما اذا استبدلها في مجلس الرد بطل
العقد عند ابي حنيفة وقالا لا يبطل اذا قبض البدل في مجلس الرد لابي حنيفة ان المقبوض ليس هو عين ما
وقع العقد عليه وانما هو ماخوذ منه على طريق الاقتضاء بدلالة انه لو اسلم دراهم صحاحا وتجوز باخذ غلة فوجدها في
المجلس زيوفا فردها كان له المطالبة بالصحاح على ما اقتضاه العقد واذا كان المقبوض ماخوذا عما وقع عليه العقد فمتى
رده انفسخ فيه القبض فلو رجع لرجع بمقتضى السلم والرجوع بمقتضى السلم من راس المال بعد الافتراق لا يصح اصله اذا
افترقا عن غير قبض ولا يلزم اذا وجد بعضها زيوفا واستبدلها فان القياس ان يفسد العقد فيه وان شئت
ان يتجوز عنه فقال والرجوع بموجب العقد فما امكن الاحتراز عنه بعد الافتراق لا يجوز ووجه قولهما انهما لم يفترقا الا
عن عين بدين والمبطل للعقد الافتراق عن دين بدين وهذا لم يوجد ولو استحق راس المال فاستبدله في مجلس
الاستحقاق لم يصح العقد عندهما لان المستحق اذا لم يجز فيه القبض انفسخ من اصله فكانهما افترقا من المجلس الاول
من غير قبض واما الزيوف اذا ردها لم يخرج من ان يكون مقبوضة مملوكة في المجلس فلذلك صح العقد فيها
بالاستبدال واذا اجاز المستحق القبض جاز السلم وقال زفر لا يجوز لنا انهما افترقا عن قبض ليس لواحد
منهما فيه حق فسخ فصار كالمقبوض ذلك من مال رب السلم ولانهما اذا افترقا عن قبض الزيوف فتجوز بها وان كانا
افترقا مع ثبوت حق الفسخ لاحدهما فاذا افترقا وليس لاحدهما حق فسخ اولى وجه قول زفر ان المستحق لا يملك القبض
فقد افترقا ولم يملك راس المال فكانه لم يقبض واما اذا وجد بعضها زيوفا فرده فالقياس ان ينتقض العقد بقدره
وهو قول زفر والاستحسان اذا كان يسيرا لا يبطل واختلفت الرواية في قدر اليسير فذكر محمد في الاصل انه يستبدل
اقل من النصف فان كانت الزيوف النصف بطل العقد فيه وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يستبدل
ما بينه وبين الثلث فاذا زاد على الثلث انتقض العقد فيها وروى عنه رواية اخرى انه لا ينتقض حتى يكون الزيوف
اكثر من النصف وجه رواية بشر ان النبي صلى الله عليه قال في الثلث والثلث كثير فجعل الثلث في حد
الكثير واجاز الوصية به فدل على انه من الكثير الجائز وما زاد عليه لا يجوز وجه رواية محمد ان النصف اذا كان
زيوفا استوى الحظر والاباحة فكان الحكم للحظر وجه الرواية الثالثة ان الحكم يتعلق بالاكثر والاقل تبع له فاذا
كان زيوفا فكان الجميع زيوف واما زفر فذهب الى القياس وهو انه اذا رده انفسخ فيه القبض فرجع بموجب
العقد بعد الافتراق وهذا لا يجوز واستحسن اصحابنا فقالوا الدراهم لا تخلو من رديه وان اجتهد الانسان في
النقد فصار ذلك مما لا يمكن الاحتراز عنه فلم يعتد به حتى لا يؤدي الى ابطال كل سلم ولان الدراهم لا تخلو من
قليل غش يطبع به فكل ما كان يسيرا فهو مقيس على الغش واما اذا استحق راس المال بعد الافتراق
فاجاز المستحق جاز العقد لان ملك الغير عندنا يدخل في العقد وانما خرج لعدم الاجازة فاذا اجاز صار كانه
اذن في تسليمه ابتداء قال ابو الحسن فان وجد البعض نبهرجا او زيوفا او استحق بعض راس المال واختلفا
فقال رب السلم هو ثلث راس المال وقال المسلم اليه هو نصفه فالقول قول رب السلم مع يمينه اذا كانت زائفة
او نبهرجة او مستحقة وان كانت ستوقة او رصاصا فالقول قول المسلم اليه وهو القابض وذلك ان الزيوف
والمستحقة يقع بها الاستيفاء فقد اتفقا ان راس المال دخل في ضمان القابض فالاختلاف فيما انفسخ فيه القبض
بالرد فالقول في ذلك قول رب السلم واما الستوقة والرصاص فلا يقع بها الاستيفاء فقد اتفقا انه لم يدخل في ضمان
المسلم اليه الا بعض راس المال فالقول قوله في ذلك البعض

باب قبض السلم

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله اذا قبض رب السلم السلم او وكل بقبضه جاز وذلك لان القبض من موجب
العقد وموجب العقد اذا وليه العاقد جاز ان يوكل فيه جاز لان وكيله يقوم مقامه فكانه قبض بنفسه قال ابو الحسن
وكذلك ان حصل في ضمانه من مثل السلم بعد عقد السلم بقبض وحل السلم فانه يصير قصاصا عن السلم تقاصا او لم يتقاصا
الى اخر ما ذكره وجملة هذا ان المسلم اليه اذا وجب له على رب السلم كر مثل كره فان كان وجوبه بسبب متقدم على العقد
فانه لا يصير قصاصا وان تقاصا سواء كان بعقد او قبض وهو مثل ان يكون قد اسلم اليه في كر او باعه او غصبه كرا ثم
وان وجب له عليه كر بعد العقد والحلول فهو على وجهين ان يجب بعقد لم يصر قصاصا وان تقاصا وان وجب بقبض مثل القرض
والغصب صار قصاصا وان لم يتقاصا والاصل في ذلك ان عقد السلم يوجب الاقتضاء ولا يوجب القضاء لان الاقتضاء من موجب
العقد والقضاء تصرف في المعقود عليه والتصرف في المسلم فيه لا يجوز والاقتضاء كل قبض مضمون متاخر عن سبب الحق في
مثله بدلالة ان من له على رجل مال فاقبضه اليه فالقابض مقتض لوجود هذا المعنى فيه والمقتضى من ثبت عليه الدين اخيرا والقاضي
من ثبت عليه الدين اولا بدلالة ان من اقترض عشرة فردها فالمقرض مقتض لان العشرة التي قبضها صارت دينا ثم صارت بالرد
قصاصا فهو الذي ثبت عليه الدين اخرا والمستقرض قاض لانه هو الذي ثبت عليه الدين اولا واذا ثبت هذا الاصل قلنا
اذا وجب الحق على رب السلم بسبب تقدم عقده لم يصر قصاصا بسلمه لانه يصير قاضيا بالسلم دينه وقد بينا ان السلم
لا يوجب القضاء فاما اذا وجب عليه الحق بعقد بعد عقد السلم لم يصر قصاصا لان حقيقة الاقتضاء لا توجد فيه
وهو القبض المضمون المتاخر فيه مثل الحق فان وجب بقبض مضمون صار قصاصا لانه وجد حقيقة الاقتضاء وهو
القبض المضمون المتاخر عن العقد في مثل الحق فاما اذا كان غصبه كرا قبل العقد وهو قائم في يده الى ان حل العقد
فجعله قصاصا به صار قصاصا سواء كان بحضرتهما او لم يكن لانه مضمون في يده فاذا جعله قصاصا صار مقبوضا بنفس العقد
فوقع عن المستحق ولو كان المسلم اليه اودع رب السلم كرا قبل العقد او بعده فجعل المسلم اليه قصاصا لم يصر
قصاصا الا ان يكون بحضرتهما او يرجع رب السلم فيخلي بين نفسه وبينه وذلك لانه امانة في يده فلم يوجد
بالمقابلة القبض الذي يقتضيه العقد فلم يكن بد من تجديد القبض واما اذا غصبه كرا بعد العقد قبل الحلول
ثم حل السلم فانه يصير قصاصا لان القبض اذا وجد بعد العقد جاز ان يكون اقتضاء الا ترى انه لو قدم اليه الحق على اجله جاز
وانما لا يصير قصاصا قبل حلول الاجل لما فيه من اسقاط حق المسلم اليه من الاجل فاذا حل الاجل والقبض حاصل في وقت يجوز
ان يكون مقتضيا فيه صح الاقتضاء به وهذا كله اذا كان الغصب في مثل الحق فان كان اجود او اردى لم يصر قصاصا في
الجيد الا برضا المسلم اليه لما في ذلك من اسقاط حقه من الجودة ولم يصر قصاصا في الردي الا برضا رب السلم لما فيه من
اسقاط حقه من الجودة قال ابو الحسن واذا امر رب السلم المسلم اليه ان يكيل السلم في غرائر رب السلم او يكيله
فيعزله لم يكن قبضا حتى يكون ذلك بحضرة رب السلم وقالوا فيمن اشترى طعاما بعينه فامر المشتري البائع ان
يكيله في غرائره ففعل صار قابضا والفرق بينهما ان في البيع قد ملك المشتري الطعام وتعين ملكه فيه فاذا امره
بكيله في غرائره فقد امره ان يتصرف في ملكه فتعلق بامره حكم وغرائره في يده بدلالة ان المختلفين في طعام في غرائر
احدهما القول قول صاحب الغرائر فيه فقد حصل في يده فصار به قابضا كما لو قال كله واحمله الى داري ففعل
فاما السلم فلم يتعين ملك رب السلم في شيء من ذلك فاذا قال كله فقد امره ان يتصرف في غير ملكه فلم يتعلق بامره
فبقي كيل المسلم اليه بغير امر فلم يصر رب السلم بذلك قابضا وعلى هذا قالوا في مسالة البيع لو امره بطحن الطعام
صار بطحنه قابضا ولو امره بطحن المسلم فيه فطحنه لم يصر قابضا فان قيل قد قال محمد في كتاب الصرف اذا دفع
الى صائغ نصف درهم وامره ان يزيد عليه نصف درهم ويعمل له خاتما ففعل رجع عليه بنصفه وجعل قابضا لخلطه
بماله وان كان الصائغ تصرف في ملكه والجواب انا لا نعرف الجواب على هذا الوجه وانما فيه ان ياخذ
الخاتم ويضمن له النصف فيجوز ان يكون لم يجعله قابضا بالخلط وانما جعله قابضا بالتسليم وانما كان يصح هذا السؤال لو
قال لو هلك قبل التسليم ضمن ولم يذكرها ولانه في مسالة الصائغ امره بخلط الفضة بماله والخلط من اسباب
التمليك فجاز ان يكون به قابضا فوزانه من مسالتنا ان يقول له كل الكر واخلطه بكري هذا ففعل وقد قالوا انه
يصير به قابضا فاما الكيل في الغرائر فليس بسبب من اسباب التمليك فلا يصير به قابضا فيما لم يتعين ملكه
فيه قال ابو الحسن ولا يصير القبض في السلم قبضا يجوز لرب السلم ان يبيعه وينتفع به حتى يكيله ويقبض بعد
الكيل لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان قال وجملة هذا ان من اشترى طعاما مكايلة
لم يجز له التصرف فيه وان قبضه حتى يكيله فان كان البايع قد ابتاعه واكتاله ثم باعه بحضرة المشتري او رب السلم
لم يجز لرب السلم ولا للمشتري ان يقتصر على ذلك الكيل ولا يبيع ولا ياكل حتى يكيله ثانيا وهذا المعنى نهيه عليه السلام
عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري وانما كان كذلك لان المكيل قد يزيد باعادة الكيل
عليه وينقص فاذا زاد وجب عليه رد الزيادة على بايعه فقبل الكيل لم يتعين ملكه فيه فلا يجوز له التصرف
وكذلك الوزن لان الموزون اذا اعيد عليه الوزن زاد او نقص فاما المذروعات فيجوز ان يبيعها وان لم

يعتد دونها لأن المزروع لو نزاد لم يجب رد الزيادة على البائع فقد تعين ملك المشتري فجاز تصرفه فيه ه وأما
المعدودات ففيها روايتان والصحيح منهما أن يجوز البيع قبل إعادة العد لأنها لا تزيد بزيادة العد عليها إلا من غلط
وفي الرواية الأخرى لا يجوز من إعادة العد لأن العقد يتعلق على قدرها ألا ترى أنها لو زادت وجب رد الزيادة
فصارت كالمكيل والموزون ه وهذا إذا كان الشرى مكايلة وأما إذا كان مجازفة لم يحتج إلى الكيل ه وقد ذكر محمد في الأصل
أن المسلم إليه لو اقترض الطعام بكيل وسلمه إلى رب السلم لم يحتج إلى إعادة الكيل لأن الكيل إنما يحتاج لمعرفة القدر
وقد عرف أنما الكيلين في البائع للخبر ه وقد ذكر محمد في هذا الفصل الاستشهاد المشكل ه وهو إذا اشترط رب
السلم أن يقبض السلم في مدينة أو مصر أو قرية بحيث سلمه المسلم إليه في ذلك الموضع فهو جائز وليس لرب
السلم أن يتخير عليه الأماكن من ذلك الموضع وذلك لأن المستحق على المسلم إليه المشروط أدنى ما يتناوله
الاسم ألا ترى أنه لو سلم ما يسمى جيدا لم يلزمه أجود منه فكذلك إذا شرط التسليم في مدينة فسلم في طرفها
فقد وجد ما تناوله الاسم فلا يستحق عليه ما زاد على ذلك كما لا يستحق عليه ما زاد على اسم الجيد ه قال وإن
سلمه إليه دون ذلك المكان الذي شرط فلرب السلم أن يأبى لأنه يدفع إليه أقل مما استحقه بالعقد فصار
كما لو شرط الجيد فأعطاه رديا ه قال فإن أعطاه على ذلك لم أجبر المسلم إليه أخذ الأجر وقيل له إن شئت فرده
إلى الأجر وخذ السلم وإن شئت فرده حتى تسلمه إليك حيث شرط لك والأصل في ذلك أنه إذا سلمه إليه
فقد ملكه فإذا أعطاه الأجر بحمله فقد أخذ الأجرة من غيره لنقل ملك نفسه وهذا لا يصح ه ثم رب السلم بالخيار
لأنه لم يرض بإسقاط حقه من التسليم إلا بعوض فإذا لم يسلم له عاد حقه فإن شاء أخذه دونه وإن شاء رده و
طالبه بحقه ه وقد قال في الرواية المشتري إذا صالح الشفيع على دراهم أن تسقط شفعته فلو رد الدراهم
لم تعد الشفعة وإنما لم يصح أخذ العوض عن إسقاط الشفعة لأن المشتري مالك للدار قبل التسليم وبعده
على وجه واحد فلم يأخذ بإزاء العوض شيئا فلذلك وجب رد العوض وإنما بطلت الشفعة لأنها حق ضعيف ألا
ترى أنها تبطل بالسكوت والإعراض عن المطالبة وأخذ العوض إعراض عن المطالبة وليس كذلك العيب في المبيع
وما جرى مجرى العيب مثل مسألتنا لأنه حق قوي لا يسقط بترك المطالبة والإعراض فلذلك لم يسقط
بالصلح إذا لم يسلم العوض المشروط ه وقد قال في الرواية الكفيل بالنفس إذا صالح على مال لإسقاط الكفالة أنه
لا يصح أخذ المال لأن الكفالة بالنفس حق ليس فيه معنى المال فلا يجوز الصلح عنه على مال ه وهل تسقط
الكفالة فيه روايتان إحداهما لا تسقط لأن المكفول له لم يرض بإسقاطها إلا بعوض فإذا لم يسلم له بقي حقه وفي
الرواية الأخرى تسقط لأن إسقاطها لا يقف على عوض فإذا أسقطها بعوض فبطل من طريق الحكم لم يبطل
الإسقاط كالخلع والعفو عن دم العمد فإن قيل إسقاط الحق في مسألة السلم لا يقف على عوض فبطلان العوض
فيه لا يوجب بطلانه قلنا هذا الحق لا يصح إسقاطه ألا ترى أن رب السلم لو قال أسقطت حقي من التسليم في البلد
لم يسقط وأما إذا قبض المسلم فيه في غير ذلك المكان ملكه بالقبض والتسليم في المكان صفة للملك فيسقط
بسقوط الحق عن الذمة فإذا رده عادت الصفة بعوده ه

باب اختلاف المتعاقدين في السلم

قال الشيخ أبو الحسين رحمه الله وإذا اختلف المتعاقدان في السلم
فيما ملك كل واحد منهما على صاحبه تحالفا وترادا :. ومقتضى القياس عندنا أن لا ينفي التحالف وإنما تركوا القياس للخبر وكذلك ذكر محمد في [illegible]
قال والقياس أن يكون القول قول البائع وكذلك روى أبو يوسف عن أبي حنيفة وقال محمد في الدعوى قياسا آخر فقال إذا اختلفا
فقال البائع بعتك بألفين وقال المشتري بألف فالقياس أن يتحالفا ويكون بيعا بألف والاستحسان أن يفسخ العقد وكان
أبو الحسن يقول إن الخبر ورد بمقتضى القياس ووجه القياس أنهما اتفقا أن المبيع دخل في ملك المشتري وإنما اختلفا
في الثمن وهو دين في الذمة والاختلاف في الدين لا يوجب التحالف ولأنه لا اتفاق حصل على انتقال الملك واختلفا في قدر
الثمن فلو تحالفا لفسخ الملك في المبيع ولا يجوز أن يفسخ بالتحالف ما لم يختلفا فيه كما لا يفسخ عقد آخر وإنما تركوا القياس للخبر
وهو قوله صلى الله عليه إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع أو يترادان وروى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه قال إذا
اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ووجه ما قال أبو الحسن أن اختلاف الأبدال يوجب
اختلاف العقود فصار كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي ادعاه الآخر فيحلف المدعى عليه وهذا ليس بصحيح
لأنه يتصور اختلاف البدل والعقد واحد بأن يزيد المشتري في الثمن أو ينقص البائع ه ولا يبطل بما نقول لو
إذا قال أحدهما بعتك بدنانير وقال الآخر اشتريت بدراهم لأنه يجوز أن يكون عقدا واحدا اشترى بالدراهم وزاده
المشتري دنانير وحط البائع الدراهم فيكون العقد واحدا وإن اختلف جنس البدل فيه ووجه القياس الذي
ذكره محمد في الدعوى أنهما اتفقا على الألف واختلفا في الزيادة والتحالف تسقط ما اختلفا فيه دون ما اتفقا عليه ه
إذا ثبت هذا قلنا إذا اختلفا في قدر رأس المال أو صفته أو جنسه مثل أن يقول أحدهما كر حنطة ويقول الآخر
شعير أو يقول أحدهما دراهم والآخر دنانير أو يقول أحدهما عشرة والآخر عشرين أو يقول أحدهما جيد والآخر وسط
فإنهما يتحالفان لأنهما إذا اختلفا في الجنس أو القدر فقد اختلفا في نفس المعقود عليه والاختلاف في ذلك يقتضي
التحالف ه وأما إذا اختلفا في الصفة فلأن المعقود عليه في الذمة مع الثابت في الذمة هو الصفات فصار الاختلاف فيها
اختلافا في المعقود عليه ه وكذلك المسلم فيه إذا اختلفا في جنسه أو قدره لما ذكرنا ه وإن اختلفا في صفته

مثل الردي والجودة تحالفا لأن المعقود عليه هو الصفات وليس كذلك إذا اختلفا في صفات المبيع لأن الصفات في الأعيان
ليس بمعقود عليها والخلاف في غير المعقود عليه لا يوجب التحالف ه وأما إذا اتفقا على رأس المال والمسلم فيه واختلفا
في شرائط العقد فإن اختلفا في المكان قال أبو حنيفة القول قول المسلم إليه ولا تحالف وقال أبو يوسف ومحمد يتحالفان وجه
قول أبي حنيفة أنه اختلاف في غير المعقود عليه فصار كالخلاف في الاستيفاء والخلاف في البراءة من العيب ه ولهما
أن المعقود عليه يختلف باختلاف الأماكن فالاختلاف في الأماكن كالاختلاف في نفس المعقود عليه فيتحالفان ه وأما
إن اختلفا في الأجل فهو على وجوه إن قال أحدهما شرطنا الأجل وقال الآخر لم نشترط فإن كان الذي يدعي الأجل رب السلم
فالقول قوله لأن الأجل حق عليه وقد اعترف به وهو حق للمسلم إليه جحده ليبطل العقد فلا يقبل قوله ه وإن ادعى المسلم إليه
شرط الأجل ونفاه رب السلم فالقياس أن يكون القول قول رب السلم ويبطل العقد والاستحسان أن يكون القول قول
المسلم إليه ويصح العقد عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الذي ينفي الأجل وجه القياس أن الأجل حق
المطلوب في مال الطالب فإذا لم يعترف الطالب به لم يثبت وجه الاستحسان أن دخولهما في العقد اعتراف بصحته
والذي ينفي الأجل مدعي الفساد فلا يقبل قوله ولأن السلم عبارة عن عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر وقد
اعترفا بدخولهما في السلم وذلك اعتراف بالتأجيل فلا يقبل رجوع من يرجع عنه ه فإن ادعى المسلم إليه شهرين واعترف
رب السلم بشهر فالقول قول رب السلم لأن الأجل حق عليه فوجب أن يثبت منه مقدار ما اعترف به دون غيره ه
وكل من جعلنا القول قوله في هذه الفصول فالقول قوله مع يمينه لأن كل من جعل القول قوله فيما يلزم فيه الخصومة
والشيء مما يتجدد له فالقول قوله مع يمينه لقوله صلى الله عليه اليمين على المنكر ه وأيهما أقام البينة فيما اختلفا فيه فالبينة
بينته لأنها بينة قابلت الدعوى والبينة مقدمة على الدعوى ولا يلزم إذا ادعى عينا في يد غيره فأقام صاحب
اليد البينة على الملك حيث كان الخارج أولى لأن بينة صاحب اليد غير مقبولة فلا تسمى بينة ه ومن نكل منهما
عن اليمين قضي عليه بدعوى صاحبه لأن النكول بذل عند أبي حنيفة والبذل في هذه المعاني يصح من طريق الحكم وعندهما
النكول إقرار والإقرار بهذه المعاني يصح ه فإن أقاما جميعا البينة فالبينة التي تثبت الزيادة أولى لأن فيها معنى
الإبداء ه وإن اتفقا أن الأجل شهران فقال رب السلم مضى وقال المسلم إليه لم يمض فالقول قول المسلم إليه
لأن رب السلم اعترف له بالحق الذي هو أجل وادعى الإيفاء بمضي المدة فلا يقبل قوله ه فإن أقام أحدهما البينة
فالبينة بينته لما قدمنا أن البينة مقدمة على الدعوى ه وإن أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المسلم إليه
وذلك لأن رب السلم اعترف للمسلم إليه بحق وهو التأجيل في رجب وأنه وفاه وأقام على ذلك بينة
وادعى المسلم إليه حقا آخر وهو التأجيل في شعبان وأقام عليه بينة فكانت بينته أولى كمن ادعى على غيره دينارا
وأقام بينة واعترف المدعى عليه بدرهم وأقام بينة أنه وفاه لم يسقط الزيادة الذي قامت عليه البينة ه

باب اختلافهما في رأس المال

قال الشيخ أبو الحسين رحمه الله وإذا اختلفا في رأس المال فقال أحدهما دينار وقال الآخر عشرة دراهم أو قال أحدهما
كر شعير في مائة من زيت وقال الآخر كر حنطة في مائة من زيت وأقاما جميعا البينة فالبينة بينة
المسلم إليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أقضي بالبينتين وأجعله سلمين ه وإن قال رب السلم
أسلمت إليك هذا العبد في كر حنطة وقال المسلم إليه هذه الجارية في كر شعير وأقاما البينة قضي بسلمين
في قولهم ه وإن قال المسلم إليه أسلمت إلي العبد والأمة في كر حنطة وقال رب السلم أسلمت إليك العبد
في كر حنطة وأقاما البينة فالبينة بينة المسلم إليه ويقضى بسلم واحد في قولهم جميعا وكان الحاصل من مذهب
أبي حنيفة وأبي يوسف أنهما يقضيان بسلم واحد إلا أن لا يمكن فيقضي بسلمين ومن أصل محمد أنه يقضي
بسلمين إلا أن لا يمكن ذلك فيقضي بسلم واحد وجه قولهما أنهما اتفقا أنه لم يجر بينهما إلا عقد واحد فلو
قضينا بعقدين من غير ضرورة قضينا بعقد اتفقا على إسقاطه وهذا لا يصح فإذا ثبت هذا قالا إذا اختلفا في
قدر رأس المال فالجنس الواحد يدخل بعضه في بعض ألا ترى أن من أقر بألف ثم أقر بخمسمائة ثم أقر بعشرة دخلت
الخمسة فيها فيجعل الأقل داخلا في الأكثر ويقضى بالبينة التي أثبتت الزيادة وليس كذلك إذا كان رأس
المال من جنسين لأن أحد الجنسين لا يدخل في الآخر فلم يمكن جعلهما عقدا واحدا فقضينا بسلمين للضرورة
وجه قول محمد أن الشهود أثبتوا فيها أمكن حمل قولهم على الصحة فهو أولى من حمله على الفساد وها هنا يمكن
أن يقضى بالعقدين فيكون ذلك قبولا للبينتين جميعا ما أمكن وليس كذلك إذا قال
أحدهما أسلمت إليك هذا العبد في كر حنطة وقال الآخر هذا العبد وهذه الأمة لأنه لا يمكن الحكم بالعقدين
إذ رأس المال في أحد العقدين هو رأس المال في العقد الآخر والشيء الواحد لا يكون بدلا في عقدين فلذلك
قضي بسلم واحد ه وإن قال رب السلم أسلمت إليك مائة في كر حنطة وقال الآخر أسلمت إلي مائتين
في كر حنطة وأقاما بينة حكم بمائتين في كر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن أقل الجنسين يدخل في
الأكثر فيقضى بما تضمنه كل واحد من البينتين من الزيادة وقال محمد أقضي بسلمين مائة في كر ومائتين في كر
لأنه قد أمكن حمل البينتين على الصحة فكان تصحيحهما أولى من إبطال إحداهما ه

باب اللفظ الذي يقع به البيع

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله اذا قال الرجل لآخر بعتك عبدي هذا بالف درهم فقال المشتري قد قبلت فقد وقع العقد وصح والاصل
في هذا ان البيع لا ينعقد عندنا الا بلفظين يعبر بكل واحد منهما عن الماضي فاما اذا ذكر لفظين يعبر بهما عن المستقبل او باحدهما
لم ينعقد العقد فالاول ان يقول البايع بعتك ويقول المشتري اشتريت او ابتعت وكذلك كل لفظ يقوم مقام هذا مثل اخذت
وقبلت والثاني اذا قال ابيعك او قال المشتري بعني وقد عبر عنه ابو الحسن في الجامع فقال اذا اخرج اللفظ مخرج الامر
لم ينعقد به البيع وان اخرجه مخرج الخبر عن الماضي انعقد وهذا هو القياس عندهم في النكاح وانما استحسنوا فقالوا
ينعقد النكاح بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول الولي زوجتك وقال الشافعي ينعقد
البيع ايضا بمثل ذلك اذا قال المشتري بعني فقال البايع بعتك والدليل على ما قلناه ان البيع تحضره المساومة والايجاب
والفاظ المستقبل عبارات عما هي [illegible] السوم وعده والفاظ الماضي ايجاب وقطع فلذلك انعقد بها البيع وعلى
الشافعي انه ذكر لفظين يصلح كل واحد منهما لاحد شطري العقد فصار كما لو قال البايع اشتر مني فقال المشتري اشتريت
واما الفرق بين البيع والنكاح فما بيناه ان البيع تحضره المساومة فلم ينعقد باللفظ الذي يصلح للسوم والنكاح لا تحضره
المساومة فالظاهر من قوله زوجني انه قبول وليس بمساومة ولان البيع لا ينعقد بفعل واحد فاذا قال المشتري
بعني فقد وكله بان يبيع منه فاذا قال البايع بعتك لم يجز ان ينعقد البيع بفعله والنكاح ينعقد بفعل الوكيل فاذا
قال زوجني فقد امره بالتزويج فاذا قال زوجتك فقد انعقد العقد بهذا القول وحكي عن ابي الحسن فرق آخر وهو ان
النكاح يلحق الاوليا الشين اذا خطب اليهم فاوجبوا فلم يقبل الزوج فاذا قال الزوج زوجني فقال الولي زوجتك لو لم
يتم العقد بهذا كان للزوج ان يرجع ويلحق بالولي شينا وهذا لا يجوز وليس على البايع في رد بيعه بعد السوم شين
فلذلك اذا قال بعني فقال بعتك لم يتم العقد به حتى ينضم اليه القبول وانما قلنا ان البيع ينعقد بلفظ البيع وبما
قام مقام هذا اللفظ من قوله خذ واعطيت ورضيت لان المعتبر معاني العقود دون الفاظها وهذه الالفاظ تعطي معنى
البيع فانعقد بها وهذا اصل اعتبره اصحابنا في جميع العقود وقالوا فيما روى الحسن عن ابي حنيفة ان المفاوضة لا تنعقد
الا بلفظ المفاوضة انما قال ذلك لان الناس لا يعرفون شروطها فلا يستوفون معناها فلم يكن بد من اللفظ
فان عقدها من يعرف معانيها واستوفى المعنى انعقد العقد بغير لفظ المفاوضة وهذا الذي ذكرناه هو القياس في
سائر البياعات وانما استحسن اصحابنا في الاشيا المستحقرة ان يتم العقد فيها بغير لفظ مثل من دفع قطعة الى البقلي فاعطاه
البقل ومثل من اعطى الخباز درهما فاعطاه الخبز ولم يقل بعته ولا اشتريت لان الامة استجازوا ذلك في سائر الاعصار
وهذا كما نقول في قطعة الشارب انها لا تفتقر الى تسمية قدر الما الذي يشربه ودخول الحمام لا يفتقر الى شرط اجرة
معلومة وبيان مقدار ما يمكث فيه وما يستعمل من الما لان الامة على خلاف ذلك قال ابو الحسن وليس لواحد منهما
فسخ ذلك في مجلسهما ولا بعد قيامهما الا ان يكونا شرطا الخيار وجملة هذا ان البيع اذا انعقد بالايجاب والقبول
ولم يشترط الخيار فقد لزم العقد ولا خيار لواحد منهما وقال الشافعي لكل واحد منهما الخيار في مجلسهما ان شا امضى
البيع وان شا فسخه حتى يتفرقا بابدانهما فاذا افترقا سقط الخيار والدليل على ما قلناه نهيه صلى الله عليه عن بيع ما لم
يقبض وقال عليه السلم اذا ابتعت فلا تبع حتى تقبضه وما بعد القبض بخلاف ما قبله فظاهره انه اذا قبض في المجلس جاز بيعه
ولانه نوع خيار لا يثبت بعد الافتراق عن المجلس فلا يثبت في المجلس بعد الايجاب والقبول كخيار المعاينة فيما بتاعه في الصرف والسلم
روي عن النبي عليه السلم انه قال المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا وقوله عليه السلم البايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا
فهذا محمول على خيار القبول وهو ان يقول المشتري بعني فيقول البايع بعتك فهما متبايعان في اللغة وكل واحد منهما بالخيار
ان شا البايع مضى على الايجاب وان شا رجع وان شا المشتري قبل وان شا لم يقبل فاذا افترقا لم يكن للمشتري القبول
وروى هذا التاويل هشام [illegible] عن ابي يوسف وابن [illegible] عن محمد وقد استدل ابو الحسن في الكتاب بما روي ان النبي صلى الله عليه
كان اذا ابتاع شيا اختير البايع فانما تعلل ذلك للفضل [illegible] ولو كان للبايع خيار بالشرع لم يحتج الى تخييره وذكر ابو يوسف
التاويل الذي قال لا عن ابرهيم

باب قبول احد المتبايعين بعض المبيع

قال ابو الحسن اذا اوجب البايع البيع على شي فقبل المشتري في بعضه دون بعض او اوجب المشتري في شي
بعينه فقبل البايع بعضه [illegible] لم يجز على الذي اوجب في الكل الا ان يرضى الموجب وله الخيار في ذلك ما دام في المجلس
فان قاما او احدهما بطل الخيار [illegible] لم يكن له ان يفرق الصفقة على الآخر [illegible]
لان في تفريق الصفقة ضررا لان الانسان يبيع الشيين رغبة في احدهما [illegible]
[illegible]

والقيام اعراض عنه فيبطله وكذلك لو لم يقوما عن المجلس ولكنه تشاغل في المجلس بفعل غير البيع كان ذلك ابطالا للايجاب
وردا له لانه اعرض عنه فصار كالقيام الذي اعرض به عن الايجاب قال ابو الحسن ولا يورث هذا الخيار وهذا
صحيح لان خيار القبول لا يورث بالاجماع وهو اصلنا في خيار الشرط وانما قال بعض متاخري اصحاب الشافعي ان الوارث
اذا كان مع المشتري في المجلس فلم يقبل المشتري حتى مات فقبل الوارث جاز وخالف الاجماع بهذا القول وقد دل عليه
ان هذا الخيار ليس بحق مستقر ولا يورث كالوكالة والمضاربة وقد قال اصحابنا ان خيار القبول على المجلس وقال
الشافعي على الفور والدليل على ما قلناه قوله صلى الله عليه المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا ولان
المشتري يحتاج الى الارتيا والتفكر هل يصلح له المبيع او لا يصلح وهذا لا يمكن على الفور وما ذكره ابو الحسن من
امتناع قبول المشتري بعض ما اوجبه له انما ذلك اذا كان الايجاب بلفظ واحد فاما اذا فرق الايجاب فقال
بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين فللمشتري ان يقبل في ايهما شا لان كل واحد منهما افرد بايجاب
فلم يكن في القبول تفريق الصفقة على البايع قال ابو الحسن وكذلك ان خاطب المشتري رجلين فقال اشتريت
عبدكما هذا بالف فاجاب احدهما لم يلزم المشتري وكذلك ان قال البايع لرجلين بعتكما هذين العبدين فقبل احدهما
لم يجز لان الايجاب اذا كان صفقة واحدة لم يملك الآخر تفريقها وفي الالزام لما فيه من الحاق الضرر بصاحبه

باب معرفة المبيع والثمن

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله ما يتعين بالعقد فهو مبيع وما لا يتعين فهو ثمن [illegible]
هذا ان المبيع والثمن يختلفان في احكام منها انه لا يجوز التصرف في المبيع الذي ينقل ويحول قبل القبض ويجوز التصرف
في الاثمان قبل القبض [illegible]
[illegible]
قال ابو الحسن لو لم تكن الدراهم تتعين لم يلزمه التصدق بها [illegible]
احدهما لم يوجد شرط نذره فلما اوجب عليه الصدقة بالكل دل على ان الدراهم تتعين الا انه لا يلزمه الصدقة بها لانها لا
تملك بالعقد وهذا الذي قاله لا حاجة به اليه لان الدراهم لما كانت لا تتعين والنذر يجب حمله على الصحة صار كانه
قال ان سميتها مع الكذب فعلي صدقة فاوجب الصدقة بالكذب وانما قلنا ان بيع المبيع الذي ينقل ويحول قبل القبض
لا يجوز خلاف ما قال مالك انه يجوز في غير الطعام لنهيه عليه السلم عن بيع ما لم يقبض ولا يعارضه نهيه عليه السلم عن بيع
الطعام قبل القبض لانه لا تنافي بينهما فيستعمل كل واحد منهما هذا على عمومه وهذا على خصوصه ولانه مبيع ينقل
ويحول فلم يجز التصرف فيه قبل القبض كالطعام قال ابو حنيفة وابو يوسف يجوز بيع العقار قبل القبض وقال
محمد لا يجوز وبه قال الشافعي لهما ان قبل القبض هو في محل قبضه فصار كمن اشترى ما هو في يده ولانه لا يخشى فساد
العقد الواقع على معين بهلاكه فجاز التصرف فيه كما بعد القبض ونهيه عليه السلم عن بيع ما لم يقبض محمول على ما ينافي فيه

حقيقة القبض وهو المنقولات دون ما لا يمكن فيه ذلك ۞ قال اصحابنا يجوز التصرف في الاثمان قبل القبض وقال الشافعي
اذا كانت الدراهم في الذمه لم يجز التصرف فيها في احد القولين وان عينها العقد لم يجز التصرف في القولين جميعا لنا ما روي
في حديث ابن عمر قال كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدنانير الدراهم ومكان الدراهم الدنانير فناخذ هذه من هذه وهذه
من هذه فاتيت النبي صلى الله عليه فقال لا باس اذا كان بسعر يومها وافترقتما وليس بينكما شي ۞ ولان العقد سبب لنقل
الملك في الاعيان فجاز ان يستفاد به التصرف في الاثمان كالميراث ۞ وانما قلنا ان هلاك المبيع قبل القبض يوجب
فسخ العقد خلاف ما قاله مالك انه لا ينفسخ في غير الطعام لان الهلاك يوجب سقوط القبض فانفسخ به العقد كالطعام
وانما قلنا ان هلاك الاثمان لا يوجب فسخ العقد لان العقد لم يقع على اعيانها وانما وقع على ما في الذمه منها فاذا
هلك ما اشار اليه بقي ما في الذمه بحاله وعلى هذا قالوا اذا وجد ما تعين معيبا انفسخ العقد فيه لان العقد لا يجوز ان يتعلق
بغيره وان رد ما لم يتعين لم ينفسخ العقد لان العقد لم يقع عليه وانما وقع على ما في الذمه وهذا مقبوض عما في الذمه
فاذا رده انفسخ فيه القبض فبقي ما في الذمه بحاله ۞ وانما قلنا انه لا يجوز بيع ما ليس عند الانسان في غير السلم
لنهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان وقال لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك ۞ وانما قلنا انه يجوز الشرا بثمن
ليس عنده لان النبي صلى الله عليه اشترى بعيرا بابا وساق من تمر ولم يكن عنده تمر ثم استقرض التمر ودفع ۞ وقال
ابو الحسن ان بطل جنس الثمن فلا يتعامل به مثل الفلوس تكسد وتسقط او ضرب من الدراهم يصير كذلك قبل
القبض فان البيع يبطل وهذا قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد لا يبطل وجه قول ابي حنيفه ان كساد الفلوس
يخرجها من حكم جنسها الا ترى انها كانت ثمنا فصارت مبيعا وخروج الشي من جنسه كهلاكه فاوجب ذلك فسخ العقد
وهما يقولان كسادها عيب فيها وحدوث العيب قبل القبض لا يبطل العقد ۞ ثم اختلف ابو يوسف ومحمد فقال ابو يوسف
يجب على المشتري قيمتها يوم العقد لانها صارت مضمونه بالعقد فاعتبر قيمتها عند الضمان كالغصب وقال محمد يجب
قيمتها اخر ما ترك الناس المعاملة بها لان تسليمها تعذر اذ ذاك فصار من كانت في ذمته كالمستهلك لها حينيذ ۞
قال ابو الحسن وما لا يكال ولا يوزن لا يجوز ان يكون ثمنا دينا الا الثياب خاصه اذا وصفت وضرب لها اجل فانها
تكون ثمنا ويجوز البيع استحسانا وهذا انما يريد به انها تثبت ابتدا في الذمه في غير السلم واما ان يكون ثمنا في
الجمله فلا الا ترى ان الثمن ليس من شرط التاجيل والثياب لا تثبت في الذمه الا موجله وجه القياس ان مستهلكها
لا يلزمه امثالها فصار كالحيوان وجه الاستحسان ما بيناه في جواز السلم فيها ۞ وانما شرط في ثبوتها في الذمه الاجل
لانها لا تثبت بانفسها بدلا الا في الاستهلاك فلا بد من التاجيل حتى تصير في حكم المسلم فيه ۞ وما ذكر ابو الحسن في ثبوت
الاثمان التي هي المكيل والموزون في الذمه فلا بد فيها عند ابي حنيفه من ذكر مكان الايفا كما قال في السلم ذكره ابو الحسن
في الجامع لانها تختلف باختلاف الاماكن لما يلزم عليها من الحمل والمونه فاما على قول ابي يوسف ومحمد تسليمها
في مكان العقد فلا يحتاج الى ذكر مكان اخر ۞ وقد قال الطحاوي ان القرض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض وهذا
ليس بصحيح لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس ولا ثبت بعقد السلم كالاثمان وانما ظن الطحاوي انه لما لم يجز تاجيله
لم يجز التصرف فيه وهذا ليس بشي لان التاجيل لا يجوز لما في القرض من معنى التبرع والتاجيل يبطل معنى التبرع وهذا لا يوجد في

باب قبض المبيع

واذا وقع عقد البيع على ما وصفت
لك والثمن دين فللبائع منع المشتري حتى يقبض الثمن وانما ثبت للبائع حق الحبس بالثمن الحال لان حقه ثابت في الملك
واليد فاذا باع فقد اسقط حقه عن الملك فبقي حقه في اليد لم يسقطها وليس كذلك اذا كان الثمن موجلا لانه يثبت له حق
الحبس لاجل استيفا الثمن فاذا اجله فقد اسقط حقه فلا يسقط ذلك حق المشتري ۞ وقد قالوا لو باع بثمن بعضه حال
وبعضه موجل كان للبائع الحبس حتى يستوفي الحال لانه لم يسقط حقه عن قبضه وعلى هذا لو سلم المشتري جميع
الثمن الا درهما فللبائع حق الحبس في جميع المبيع لان الحبس لا يتبعض ۞ ليس للمشتري تبعيض اشغال الملك ولهذا
قالوا لو باع شيين صفقة واحدة وسمى لكل واحد ثمنا ودفع المشتري حصة احدهما لان للبائع حبسهما حتى ياخذ
حصة الاخر لانه وان سمى لكل واحد ثمنا فالصفقه واحده فكما ليس للمشتري ان يفرق الصفقه عليه في الملك كذلك
في الحبس ۞ وقد قالوا لو ابرا البائع المشتري عن بعض الثمن كان له الحبس حتى يستوفي ما بقي وذلك لان البراه
من البعض ليس باكثر من استيفايه فاذا كان لو استوفى بعض الثمن ثبت له الحبس كذلك اذا ابراه ۞ قال ولو دفع بالثمن
رهنا او تكفل به كفيل لم يسقط الحبس لانه وثيقة بالثمن فلا يسقط حبس المبيع كالشهاده ۞ واما اذا احال البايع
رجلا على المشتري بالثمن سقط الحبس عند ابي يوسف وكذلك ان احال المشتري البايع على رجل بالثمن سقط الحبس
عند ابي يوسف روى بشر عنه وهي رواية ابن سماعه عن محمد وروي عمرو بن ابي عمرو عن محمد ان البايع اذا احال على المشتري سقط
الحبس وان احاله المشتري لم يسقط الحبس وجه قول ابي يوسف ان المشتري اذا احال بالثمن فقد برئت
ذمته بالحواله فصار كالبراه بالايفا او كابرا البايع وجه قول محمد ان مطالبة البايع بالثمن لم تسقط فكان له حق الحبس
كما لو لم يحل وليس كذلك اذا احال البايع على المشتري لان مطالبته بالثمن تسقط فصار كما لو ابرا او استوفى ۞
قال ابو الحسن والمبيع في ضمان البايع الى ان يسلمه الى المشتري فان هلك قبل ذلك بطل البيع وهلك على
ملك البايع وكذلك ان دخله عيب كان في ضمان البايع والاصل في ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه نهى عن
بيع الثمار حتى تزهي وقال ارايت ان منع الله الثمره بم يستحل احدكم مال اخيه فهذا يدل على ان هلاك المبيع في يدي البايع

يسقط الثمن وهذا معنى قولنا انه مضمون ۞ وانما قلنا ان هلاكه يوجب سقوط الثمن لانه لا يخلو اما ان يسقط الثمن او يجب
القيمه على البايع ولا يجوز ايجاب القيمه على البايع لانها لو وجبت لوجب على البايع تسليمها بعقد البيع وما وجب
تسليمه بعقد البيع فهو مبيع والقيمه لا يجوز ان يكون مبيعه من الذمه وليس كذلك اذا استهلكه اجنبي لان الاجنبي
لا يلزمه تسليم القيمه بعقد البيع الا ترى انا لو تصورنا ارتفاع البيع لزمه الضمان ولو تصورنا ارتفاع البيع لم يلزم البايع
ضمان فدل على انه يلزم بعقد البيع ۞ وليس هذا كمن تزوج امراه على عين من الاعيان وهلكت في يديه ان عليه
قيمتها لانه يثبت عليه تسليمها بعقد النكاح فهو مهر والقيمه يجوز ان تكون مهرا في الذمه ۞ قال ابو الحسن
فان احضر المشتري الثمن فتشاحا ايهما يقبض اولا امر المشتري ان يدفع الثمن اولا ليتعين ملك البايع كما تعين
ملك المشتري في تسليم البايع ۞ وجملة هذا ان البيع اذا وقع على عين بثمن وجب تسليم الثمن اولا واذا وقع
على عين بعين او ثمن بثمن سلما معا ولم يتقدم احدهما في التسليم الا باختياره ۞ واختلف قول الشافعي في هذه المسله
فقال بقول القاضي ايكما تبرع على صاحبه فان تبرع احدهما بالتسليم قبل الاخر سلم وان لم يتبرع قيل لكل واحد منهما
سلم الى امين فاذا حصل العوضان في يد الامين سلم الى كل واحد منهما ۞ وقال في القول الاخر تسليم المبيع اولا
من الثمن ۞ والدليل على ما قلناه ما روي ان عمر عن النبي صلى الله عليه انه قال ثلث لا يوخرن الدين اذا وجدت ما تقضيه
والثمن دين فلا يجوز ان يوخر المشتري قضاه مع القدره ولانها عين محبوسه بدين فلا يومر بتسليمها قبل قبض
الدين اصله الرهن ولا يلزم الثمن الموجل لان العين لا تحبس به ۞ ولان حق المشتري تعين في المبيع ولم يتعين
حق البايع فيها ومن حكم العاقدين ان يتساويا ولا يتعين الدراهم عندنا بالتعيين فوجب تسليمها حتى يتعين حق البايع
فيها كما تعين حق المشتري ۞ واما اذا كان العقد وقع على عين بعين او دين بدين فقد تساوى المتعاقدان ولا
مزية لاحدهما على الاخر فوجب ان يسلما معا ۞ قال ابو الحسن فان كان المبيع غايبا عن حضرتهما فللمشتري ان
يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع ويكون بحيث يمكنه قبضه في مكانه اذا دفع الثمن لانه يستحق عليه تسليم الثمن ليتوصل الى
قبض المبيع فاذا كان المبيع غايبا وكلفناه دفع الثمن تعجل حق البايع وتاخر حق المشتري وفي هذا الحاق ضرر به ۞
قال ابو الحسن وتسليم العين ان يقول من عليه تسليم ذلك للمشتري قد سلمت اليك حيث يمكن المشتري قبضها
من غير مانع وتسليم الثمن ان يحضره الذي عليه محوزا مفرزا من غيره ثم يقول كما قال الاخر فاذا قال ذلك فقد
خرج من ضمان المسلم وصار ذلك في ضمان المسلم اليه قبل ذلك المسلم اليه او لم يقبل اذا لم يكن هناك مانع منه
فان هلك هلك في ضمان المسلم اليه وان دخله عيب لم يكن في ضمان المسلم ۞ وجملة هذا ان التسليم
الذي تقتضيه عقد البيع هو التخليه التي يتمكن معها من القبض فاذا وجدت فقد برى المسلم وقال الشافعي
التسليم في الدراهم والدنانير والاشيا الخفيفه هو قبضها بالبراجم والمتاع الكثير قبضه ان ينقله المشتري من
مكانه وفي الطعام اذا ابتاعه مكايله فقبضه الكيل والنقل وان نقله من غير كيل فقد دخل في ضمانه والقبض غير
صحيح لنا ان كل ما صار به قابضا للثمره المبتاعه على اصول النخل صار به قابضا للعين هاهنا كالنقل والتحويل
ولان البايع يجب عليه ما يقدر عليه والذي يتمكن منه رفع يده والتخليه من غير مانع فاما نقل المشتري فهو فعله
فلا يجوز ان يستحق على البايع ولانه تصرف من المشتري فلا يقف صحة التسليم عليه كاكله ولبسه ۞
وان كان الثمن دينا موجلا فالاجل ما شرط فيه الاجل في عقد البيع او اجله ما لم يكن بعد البيع فليس للبايع منعه بالثمن
الاجل وهذا على ما بينا ان البايع اذا اجل الثمن فقد اسقط حقه من القبض فلا يسقط حق المشتري ولان الاجل
انما شرط تخفيفا عن المشتري لينتفع بالمبيع ويتاخر عنه قبض الثمن ولو حبس البايع المبيع لم يكن في التاجيل
فايده ۞ قال ابو الحسن فان لم يحضر المشتري حتى حل الاجل فله قبضه قبل ان ينقد الثمن وللبايع ان يطالبه
بالمال حالا من غير ان يمنع السلعه بالثمن وذلك لان العقد وقع غير موجب للحبس ابتدا فلا يوجب ذلك في الثاني
وصار كمن له على رجل دين حال ولرجل في يده مال فلا يجوز له حبسه به وان طالبه بدينه ۞ وقد قال ابو حنيفه اذا اجله
بالثمن سنه غير معينه فلم يحضر المشتري حتى مضى سنه فالاجل سنه من حين يقبض المبيع رواه سعد الموصلي وغيره
عن ابي عمرو وهشام عن محمد عن ابي حنيفه وان كانت سنه بعينها فمضت صار الثمن حالا وروي محمد عن ابي يوسف
ان الثمن حال في الوجهين وهذا قول محمد وروى هشام عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفه وجه قول ابي حنيفه
ان المده اذا لم تكن معينه ففايدة التاجيل ان ينتفع المشتري بالمبيع ويترفه بتاخير الثمن عنه وهذه الفايده لا تحصل
الا بعد قبض المبيع وليس كذلك اذا كانت السنه معينه لان الاجل تعلق بمدة بعينها فلا يثبت في غيرها وجه
قولهما ان الاجل المطلق يكون ابتداوه عقيب العقد اصله مدة الاجاره ۞ ولما اذا كان في البيع خيار للمتبايعين او
لاحدهما والاجل مطلق فابتداوه من حين يجب العقد في قولهم وذلك لان تاخير المطالبه انما يكون فيما يجب المطالبه
به والبيع المشروط فيه الخيار لا يجب المطالبه بثمنه فوجب ان يكون ابتدا التاجيل من حين وجوب المطالبه بالثمن
فكان التاجيل من حين يجب العقد ويسقط الخيار وليس كذلك اذا كان في البيع خيار رويه لان خيار الرويه لا يمنع من
وجوب المطالبه بالثمن فكان التاجيل من حين العقد ۞ قال ابو الحسن وان احدث المشتري في المبيع عيبا نقصه
او احدث البايع بامره فهو قبض من المشتري الا في النكاح خاصه اذا كانت جاريه فزوجها المشتري او افتض
عليها بعين [illegible] ان ذلك لا يكون قبضا استحسانا اما اذا دخل المبيع عيب بنقصه بفعل المشتري مثل قطع يد او شجه

فقد صار مستوفيا لذلك الجزء بالمباشرة وثبتت يده على رقبة العبد لانه لا يستطيع قطع يده الا بالتمكن منه فصار
قابضا لجميعه وكذلك اذا اتلفه الهالك فيه حكما مثل ان يعتقه لان اتلاف الملك كاتلاف العين الا ترى ان كل
واحد منهما يخرج العين من ان يكون مالا فكانه اتلفه دخل في ضمانه كذلك اذا اعتقه ❊ وكذلك اذا نقص الملك
حكما مثل ان يزوج العبد او يقر ان الجارية ام ولده لان نقصان الرق كنقصان العيب وزيادة الا ترى ان نقصان
العيب لا يمنع البيع ونقصان الرق يمنع فاذا صار قابضا بنقصان العيب فنقصان الرق اولى ❊ وكذلك اذا امر
المشتري البايع بذلك لان المبيع على ملك المشتري فامره تعلق به فايده فصار فعله كفعله ❊ واما التزويج والاقرار
بالدين فالقياس ان يكون بهما قابضا والاستحسان ان لا يكون قابضا وقال ابو يوسف في غير الاصول التزويج قبض
وجه القياس ان التزويج عيب بدلالة ان للمشتري ان يرد المبيع به على البايع فصار كساير العيوب اذا حصلت
بفعل المشتري وجه الاستحسان ان هذا عيب من طريق الحكم لا يوجب نقصان الرق فصار كالاقرار بالدين
فاما اذا وطيها الزوج في يد البايع فهو قبض في قولهم لان الوطي اوجبه المشتري بفعل فصار وطي الزوج كوطيه ❊
وقالوا في الرواية المشهورة لو اودع البايع المبيع عند المشتري او اعاره لم يكن له ان يسترده وروى ابن سماعة
عن ابي يوسف ان للبايع رده الى يده وجه قولهم ان المبيع على ملك المشتري فلا يجوز ان يكون تصرفه فيه باذن
غيره فلم يبق الا ان يكون منه فالحق ملكه وذلك قبض وليس كذلك الرهن اذا اعاره المرتهن الراهن لانه
لا يتصرف فيه بامر المرتهن وانما يوثر امر المرتهن في اسقاط حقه ثم ان الراهن متصرف بحكم ملكه الا ان للمرتهن
ان يسترجع هناك وليس للبايع ان يسترجع هاهنا لان عقد الرهن انما يعقد على الحبس والحبس هو
المعقود عليه فيما ذكر فجاز ان يثبت للمرتهن حبس بعد حبس والبيع لا يعقد على الحبس وانما الحبس من توابعه
فضعف معنى الحبس فلم يثبت للبايع حبس بعد حبس ❊ ولو اعار المشتري البايع او اودعه اياه او اجره اياه
لم يكن ذلك قبضا فان هلك هلك من مال البايع لان يد البايع مستحقة فعلى اي وجه حصل امساكه وقع عن
مستحقه ولم يقع عن غيره واذا كان امساكه بحكم البيع هلك من ضمانه ❊ وقد قال ابو يوسف ولو جنى رجل على
المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني خرج من ضمان البايع وقال محمد هو في ضمان البايع حتى يقبضه
وجه قول ابي يوسف انه لما اختار تضمين الجاني فكانه اجاز فعله ❊ فصار الاجنبي كالجاني بامر المشتري وجه
قول محمد ان الجاني لم يصر بقبض في الحقيقة فيلحقها الاجازة فما لم يسلم للمشتري لم يكن بها قابضا ❊ وقد قالوا
ان ارسل المشتري العبد في حاجة او اعاره غير البايع او اودعه انسانا صار قابضا لانه اذا ارسله في حاجته صار مستعملا
له فثبتت يده عليه الا ترى ان اجنبيا لو استخدم عبد انسان ضمنه واما اذا اعاره فقد تصرف فيه بالعارية فصار
قبض المستعير كقبضه واما المودع فيده كيد مودعه فصار تسليم المودع له كتسليم المشتري ❊ فان امر المشتري
البايع ان يعمل في المبيع عملا ينقصه او لا ينقصه كالقصارة والغسل باجر او بغير اجر فما كان ينقصه فهو قبض وما لم
ينقصه فليس بقبض وللبايع الاجرة في الوجهين جميعا هلك المبيع او لم يهلك اما اذا فعل ما ينقصه ففعله بامر
المشتري كفعل المشتري واذا فعل ما لا ينقصه ولا حصل تحت يد المشتري كنقله من مكان الى مكان ❊ واما
وجوب الاجرة في العمل الذي يصير به قابضا فلا شبهة فيه لانه اذا صار بفعل البايع قابضا من طريق الحكم صار
بذلك القبض مستوفيا للعمل فيجب عليه بدله ❊ فاما اذا كان العمل لا يصير به قابضا فقد هلكت المنافع قبل القبض
فلا يجوز ان يجب بدلها وانما حملوا ما قالوه على المنافع التي لا تفتقر الى التسليم اذا فعل في الملك مثل الحمل فتجب
الاجرة لان التسليم فيها لا يتحقق ❊ ولم يذكر ابو الحسن حكم المبيع اذا كان المبيع في يد المشتري وقد قالوا ان كل
موضع كان المبيع مضمونا في يد المشتري بنفسه مثل الغصب فانه يدخل في ضمانه بنفس العقد سواء كان المبيع
بحضرته او غايبا عنه وذلك لان المبيع هو ضمان الشيء بنفسه بدلالة ان من اشترى عبدا او جارية فقبض العبد وهلك
في يده ثم ماتت الجارية قبل التسليم وجب عليه ضمان قيمة العبد الذي دخل في ضمانه وهذا هو ضمان الغصب فاذا باعه
فقد وجد عقيب العقد القبض الذي اوجبه العقد فدخل في ضمانه ❊ وان كانت العين في يد المشتري امانة مثل
الوديعة والعارية او مضمونة بغيرها مثل الرهن لم يدخل في ضمان المشتري الا ان يكون بحضرته او يرجع الى حيث هو
فيصير متمكنا من قبضها لان يد المودع والمستعير يد امانة فلم يوجد عقيب العقد القبض الذي يقتضيه
البيع وهو القبض المضمون ❊ فان كانت العين بحضرته فيعتاوره على الاستيلا تجديد قبض فيها ❊ وان كانت غايبة فلا بد
من تجديد القبض وذلك لا يمكن الا ان يصير بحيث يتمكن من قبضها واما الرهن فهو مضمون الا ان ضمانه ليس هو
الضمان الذي يوجبه عقد البيع لما بينا ان قبض المبيع مضمون بنفسه والرهن مضمون بغيره فلم يكن بد من تجديد القبض
قال ابو الحسن فان وكل واحد منهما بالقبض وكيلا او احدهما فقد جاز لان القبض يصح فيه النيابة فكان قبض
الوكيل كقبض موكله ❊ وكذلك ان دفع المشتري الى البايع غرايره فقال كل هذا فيها وهو بحضرته وكان ذلك
قبضا كان المشتري حاضرا او لم يكن ولا يكون ذلك قبضا في السلم الا بحضرة رب السلم او وكيله وقد بينا الفرق
بين المسلمين في باب السلم ❊ وقال ابو يوسف اذا قال المشتري للبايع اعزل جوالقك هذا او كله فيه
ففعل والمشتري حاضر او غايب فهو قبض وان قال اعزل جوالقا وكله فيه ففعل والمشتري حاضر فهو قبض
وان كان غايبا لم يكن قبضا وقال محمد فيهما لا يكون قبضا مع الغيبة حتى يقبض الجوالق منه ثم يسلمه اليه فيقول

كل في غيره وجه قول ابي يوسف انه لما استعاره الجوالق بعينه صار الكيل فيه كالكيل في جوالق نفسه وليس
كذلك اذا اتى لغير عينه لان العارية لم يصح فيه فصار البايع كالاجنبي جوالق لا يعيد للمشتري عليه وجه قول محمد ان العارية
لا تصح الا بالقبض فما لم يقبض الجوالق لم يثبت يده عليه فلا يكون بالكيل فيه قابضا ❊ وقد قالوا اذا قال رجل لرجل اقرضني
قفيزا من حنطة وكلها في جوالق هذا ففعل المقرض مع غيبة المستقرض لم يكن قابضا لان المستقرض لم يملك
الطعام فامره فيه لا يتعلق به حكم كالسلم ❊ وقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف فيمن اشترى كرا بعينه وله على
البايع كر دين فاعطاه جوالقا وقال كلهما فيه فكالهما فهو قابض سواء كان الدين اولا او المشترى وقال ابن سماعة
عن محمد في نوادره عن ابي يوسف ان كان الدين اولا لم يكن قابضا للدين وكان قابضا للعين ويكونان شريكين فيهما وان كان
العين اولا صار قابضا لهما وجه قول ابي يوسف انه لما امره بكيلهما ❊ كان ... امره بكيله قابضا فاذا اخلطه بالعين
صار قابضا بخلطها لان الخلط من اسباب التمليك وجه قول محمد انه اذا كال العين اولا فقد حلت في قبض المشتري
فاذا كال الدين او عليها صار مستهلكا لانه ملك المشتري فيكون قبضا ❊ واما اذا كال الدين اولا فلم يملكه المشتري
فبقي على ملكه فاذا كال عليه المبيع فقد خلط ملك نفسه بلا امر الدين ❊ قال ابو الحسن ❊ واذا سلم البايع الى المشتري
مبيعا متعلقا بملك اخر للبايع فان ذلك على وجهين ما كان المشتري لا يمكنه تناوله الا ان يحدث في ملك
البايع الذي لم يقع عليه عقد البيع حدثا يصل به الى القبض لم يكن ذلك تسليما من البايع وهذا مثل من باع قطنا
في فراش فسلم الفراش او حنطة في سنبل فسلم السنبل وما كان المشتري يمكنه تناوله بان يحدث فيه
فعل في المبيع القبض لا في غيره فهذا تسليم وهذا مثل الثمر على النخل او الكرم والوجه في ذلك ان التسليم
في مسألة الفراش لا يمكن الا بفتق الفراش وذلك تصرف في ملك البايع وكذلك تسليم الحنطة لا يمكن الا بدق
التبن وذلك تصرف في ملك البايع والمشتري لا يستحق بالبيع التصرف في غير ملكه ولم يصر قادرا على التسليم
فلم يكن قبضا فاما الثمرة فاخذها لا يقف على احداث فعل فيما لم يملكه وانما يقف على التصرف فيما ملكه فلا يمنع ذلك
التسليم كالنقل الذي هو تصرف فيما ملكه ❊ وعلى هذا قالوا ان ... فتق الفراش ودق السنبل على البايع
لان ذلك ليس بقبض وانما هو فعل يتوصل به البايع الى القبض المستحق عليه ❊ وقالوا في اجرة الجداد واخذ
الثمر انها على المشتري لان ذلك هو القبض نفسه فهو كالنقل ❊ وقال ابن رستم عن محمد في املائه ان اجرة
الكيال والوزان والذراع والعداد على البايع وهذا يريد به فيما باعه مكايلة او موازنة او ذرعا او عددا لان الكيل
لا يقع المستحق على البايع فكانت اجرته عليه ❊ وقال ابن رستم عن محمد ان اجر الناقد على المشتري واجر
الوزان على البايع لان النقد انما يحتاج المشتري اليه ليوفي ما تعلق حقه به من غيره فاجرة ذلك عليه ❊
وروى ابن سماعة عن محمد قال اجرة الناقد والوزان على الذي عليه الدين الا ان يقبض دينه ثم يدعي انه من غير
نقده فان الحاكم يجعل اجرة ناقده عليه والوجه في ذلك ان البايع ما لم يقبض الثمن فعليه ان يوفي الثمن
الجيد فعليه ان يوفي العيوب فاوجب اجرة الوزان عليه لذلك الناقد واما اذا قبض صاحب الحق حقه
فقد دخل في ضمانه بالقبض فاذا ادعى انه على خلاف حقه فالناقد انما يتبين ملكه ليستوفي بذلك حقه فالاجرة عليه

باب قبض المبيع بغير اذن البايع

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله واذا قبض المبيع بغير اذن البايع فما للبايع حبسه حتى يستوفي الثمن فللبايع ان يسترده
من يد المشتري فيكون في يده حتى يستوفي الثمن قال الاصل في هذا ما بينا ان للبايع حق الحبس حتى يستوفي الثمن
فاذا قبض المشتري المبيع بغير امره فقد اسقط حقه فكان للبايع استرجاعه الى يده حتى يستوفي حقه ولان المبيع
محبوس لاستيفاء مال كالرهن ومعلوم ان الراهن لو اخذ الرهن من يد المرتهن بغير امره اجبر على رده كذلك المشتري
وليس كذلك اذا نقد المشتري الثمن ثم قبض المبيع بغير امره لان البايع لم يبق له حق الحبس لاجله فاذا قبض المشتري فقد
قبض بحق الا ترى ان البايع لو امتنع من التسليم اجبر عليه والقبض بحق لا يفسخ ❊ قال ابو الحسن وكذلك ان كان
المشتري باع او رهنه او وهبه وذلك لان تصرف المشتري فيما قبضه بغير اذن البايع على وجهين كل ما يلحقه
الفسخ فللبايع فسخه واسترجاع المبيع مثل ان يبيع المشتري او يهب او يرهن او يواجر او يتزوج على
المبيع وذلك لان هذه التصرفات مما يلحقه الفسخ وقد تصرف المشتري مع تعلق حق غيره بالمبيع فكان لصاحب
الحق فسخ تصرفه كالراهن اذا باع الرهن ❊ والنوع الثاني من التصرف ما لا يلحقه الفسخ مثل العتق والتدبير
والاستيلاد فلا يملك البايع رد المبيع الى يده لان تصرف المشتري صادف ملكه وهو مما لا يلحقه الفسخ فنفذ
فلم يكن له الرجوع فيه ❊ ولان المشتري اذا فعل ذلك والمبيع في يد البايع نفذ وسقط حق الحبس فاذا فعله بعد ما
قبضه اولى ❊ فان نقد المشتري الثمن ولم يقبض المبيع حتى وجد البايع الثمن او بعضه زيوفا او بهرجة او استحق او
كان ستوقا او رصاصا فللبايع ان يمنع المبيع حتى يستوفي الثمن لما بينا ان للبايع حق الحبس حتى يستوفي حقه
وحقه الجياد فاذا قبض الزيوف لم يسقط حقه عن المبيع وكان له البقاء على الحبس حتى يقبض ما تعلق حقه به ❊
قال وكذلك ان كان المشتري قبضه بغير اذن البايع بعد دفع الثمن الزيوف فللبايع ان ينقض القبض وذلك
لما بينا ان قبض المشتري بغير اذن البايع في الموضع الذي للبايع ان يحبس كلا قبض فكان له ان يسترجع المبيع ❊

فان كان المشتري قد تصرف فيه فتصرفه على الوجهين الذين قدمنا يفسخ منه ما يلحقه الفسخ ولا يفسخ ما لا يلحقه الفسخ ✿
قال ابو الحسن وان قبضه بامره لم يكن له ذلك ورده البايع الى يده اذا كانت الدراهم ستوقة او رصاصا او استحقت وكانت الجيدة
قايمة بيد المشتري لم يحدث فيه شيا وليس له على رده في البهرجة والزيوف سبيل قال هذه اربع مسايل احداها هذه
نسوي فيها بين المستحقة والستوقة والمسالة الثانية اذا قضى الراهن المرتهن واخذ الرهن باذن المرتهن ثم وجد الدين
على احدى هذه الصفات فانه يسترجع الرهن في الوجوه كلها ✿ والمسالة الثالثة المكاتب اذا ادى فعتق ثم وجد
المولى المال على احدى هذه الصفات فان العتق يقع ولا يفسخ في الزيوف والبهرجة والمستحقة ولا يعتق في الرصاص والستوقة
والمسالة الرابعة ذكر في كتاب الايمان اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فاعطاه حقه ثم وجده على احدى
هذه الصفات بعد الافتراق بر في يمينه في الزيوف والبهرجة والمستحقة وحنث في الستوقة والرصاص ✿ اما
الكلام في مسالة البيع فقد بينا ان البايع لا يسترجع المبيع في الزيوف والبهرجة وقال زفر يسترجع وروي
عن ابي يوسف مثله قال ابن ابي مالك هذا قوله الاول ثم رجع الى قول ابي حنيفة وجه قولهما ان الزيوف والبهرجة
يقع بها الاستيفاء عن الجياد الا ترى انه لو تجوز بها في ثمن الصرف وراس مال السلم جاز فاذا اسقط حقه عن المبيع
مع قبض الثمن لم يكن له استرجاعه كما لو وجده جيادا وليس كذلك الرصاص والستوقة لان الاستيفاء لا يقع بها عن
الجياد ولهذا لو تجوز بها في ثمن الصرف وراس مال السلم لم يجز فلم يقع بها الاستيفاء فصار مسلما والبايع انما اسقط
حقه بشرط الاستيفاء فكان له العود فيه واما المستحقة فلم يملكها بالقبض ملكا صحيحا فاذا لم يجز المستحق القبض
انفسخ من اصله فكانه لم يقبض ✿ واما الفرق بين مسالة البيع والرهن ان في الرهن ثبت له بعد قبض يد قبض يد الا ترى ان
المرتهن لو اعاد الرهن الى الراهن كان له استرجاعه فاذا اسلم الرهن عند الاستيفاء ثم انفسخ الاستيفاء الذي كان له
استرجاع الرهن ثانيا وليس كذلك المبيع لانه ليس له الا قبض واحد الا ترى ان البايع لو اعار المشتري المبيع لم يكن له
استرجاعه وجه قول زفر ان البايع ثبت له حق الحبس ليستوفي حقه والزيوف ليست حقه فصار كالرصاص
ولانه محبوس للاستيفاء كالرهن ✿ فاما الكتابة فان العبد تعتق فيها من حيث الشرط فاذا دفع الزيوف والمستحقة
وقبضها عن الجياد قبض صحيح وجد شرط العتق فعتق والمستحقة قبضها قبض صحيح الا ترى انه ليس لواحد من
المتبايعين حق الفسخ فيها فوجد باداها الشرط فعتق ✿ واما الستوقة والرصاص فليسا من جنس الدراهم ولا يوجد
باداها الشرط فلا يعتق ✿ واما مسالة اليمين فلا شبهة في الزيوف والبهرجة لان قبضها من الجياد قبض صحيح وان
تبلغ قبضها الجياد واذا صح القبض وجد شرط البر ✿ اما المستحقة فقد كان يجب ان لا يبر فيها لانه لا يملكها بالقبض
ولكنهم قالوا الايمان محمولة على العرف ومعلوم ان من حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي انما يريد بيمينه ان لا
يفارقه ولم يعلم مطالبة وهو اذا قبض المستحقة فقد سقطت مطالبته في الحال وانما تثبت له المطالبة في الثاني اذا لم
يجز المستحق قبضه وهذا لا يمنع من وجود شرط البر ✿ قال ابو الحسن فان كان المشتري قد تصرف فيه ببيع او رهن
او اجارة فلا سبيل للبايع عليه لان المشتري قبضه بتسليطه فاذا تصرف فيه فقد اسقط بذلك حق الفسخ كالمقبوض
على وجه بيع فاسد اذا تصرف فيه المشتري ✿ قال ابو الحسن وان كان المشتري اثنين فنقده احدهما حصته او نقد
احدهما وبقي على احدهما فليس له ان يمنع المبيع حتى يستوفي ما على الاخر وذلك لان البيع صفقة واحدة الا ترى ان
الثمن جملة واحدة فصارا كالمشتري الواحد ✿ قال ابو الحسن واذا غاب احد المشتريين وحضر الاخر لم يكن له ان يقبض
المبيع حتى يسلم جميع الثمن ولا يجبر على ذلك فان اختار ذلك سلمه وقبض العبد ولم يكن متبرعا فيما نقد في قول ابي حنيفة
ومحمد وله حبس العبد حتى يعطيه شريكه ما نقده عنه قال ابو يوسف في الاصل والجامع الصغير ليس له ان يقبض حتى
يؤدي جميع الثمن فاذا ادى قبض نصيبه خاصة وهو متطوع فيما نقد عن صاحبه ✿ وذكر بشر بن الوليد عنه في نوادره انه يدفع
نصف الثمن ويأخذ نصف العبد فاذا ادى جميع الثمن واخذ العبد فهو متطوع ✿ وقال الشافعي له ان ياخذ نصف العبد
اذا ادى نصف الثمن ✿ وانما قلنا انه لا يجوز اخذ شي من العبد اذا ادى نصيبه من الثمن لان في ذلك تفريق الصفقة على
البايع في الحبس وذلك لا يجوز كما لا يجوز تفريق الصفقة عليه في الملك اصله اذا كان المشتري واحدا وعلى الشافعي
ان البايع سمي بمنزلة الاجل واحدا فلا يجوز قبض شي من المبيع قبل استيفا الثمن كالمشتري الواحد ✿ وانما قلنا انه اذا ادى نصيب
شريكه لم يكن متطوعا لانه لا يتوصل الى استيفا حقه الا باداء ذلك فدخولهما في العقد اذن من كل واحد منهما لصاحبه فيما
يتوصل به الى تحصيل احكام العقد فصار ذلك كالاذن في دفع الثمن من طريق القول وليس كذلك اذا كان الشريك حاضرا
لانه يتوصل الى استيفا حقه من غير دفع الثمن بان يقدم شريكه الى الحاكم ليلزمه بالاجتماع معه على الدفع فاذا لم يفعل
حتى ادى كان متطوعا ✿ وانما قلنا انه لا يجبر على ذلك لان الانسان لا يلزمه قضا دين غيره الا بضمان ولم يوجد من
احد الشريكين ضمان ✿ واذا ثبت انه لا يقبض حتى يؤدي الثمن فاذا ادى الثمن كان له قبض جميع العبد لانه قام
مقام شريكه في اداء الثمن بحكم العقد فصار كوكيله في الشراء ✿ واذا قبض العبد رجع على شريكه بما ادى عنه لانه
اداه بمقتضى العقد الذي دخل شريكه معه فيه فصار كالمؤدي بامره ✿ وله حبس نصيب شريكه حتى يستوفي لان الاداء
اذا وقع كالمامور به صار قبض الشريك كقبض الوكيل بالشرى وله الحبس عندنا ✿ فان هلك في يده قبل الحبس هلك
على الامانة وان حبسه فهلك كان مضمونا وسنبين هذا في الوكيل بالشرى ✿ واما ابو يوسف فقال في رواية
الاصل لا يقبض حتى يدفع جميع الثمن لما قدمنا الا انه اذا ادى قبض نصيبه لانه متطوع عنده في الاداء فصار كالاجنبي اذا ادى ✿

وانما كان متطوعا لانه ادى عنه بغير امره فصار كالاجنبي ✿ وقال في رواية بشر عن ابي يوسف يوفي نصف الثمن ويقبض
نصف المبيع لانه ادى جميع ما لزمه بالعقد فكان كالبايع وحده ✿ وان قبض الجميع فقد قبض ما ليس له قبضه فكان ضامنا ✿
وقد روي عن ابي حنيفة انه قال اذا ادى جميع الثمن وقبض العبد فمات في يده رجع على شريكه بنصف الثمن وهذا محمول على
انه هلك قبل الحبس ✿ قال ابو الحسن واذا اختلف البايع والمشتري في القبض فقال المشتري لم اقبض ما اشتريت
وقال البايع قد قبضته فالقول قول المشتري مع يمينه على البتات لان المبيع في ضمان البايع فاذا ادعى التسليم فقد ادعى
البراءة من الضمان فلا يصدق ✿ ويستحلف المشتري لانا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة والشي مما يصح
بذله فكان القول قوله مع يمينه ✿ ويحلف على البتات لانها يمين على فعل نفسه ✿ قال وكذلك ان قبض المشتري
بعضه فقال قبضت بلا شي وقال البايع بعضه فالقول قول المشتري لما قدمنا ✿ قال واذا اختلفا في قبض الثمن فهو كما
قدمت لك في كتاب السلم اذا اختلفا في راس المال ان القول في ذلك قول البايع مع يمينه لان الثمن في ضمان
المشتري فاذا ادعى التسليم فقد ادعى البراءة من الضمان فلا يقبل قوله ✿ ذكر ابو الحسن في الجامع اذا قال البايع قطعت
يده ايها المشتري فمرت بذلك وقال المشتري قطعت انت ايها البايع يده وانفسخ البيع فيها لم يقبل
قول واحد منهما على الاخر فكانها ذهبت بافة من السما فيكون المشتري بالخيار وذلك لان البايع
يدعي البراءة من الضمان فلا يقبل قوله والمشتري يدعي سقوط بعض الثمن فلا يقبل قوله ✿ فان اختار
المشتري اخذه اخذ بجميع الثمن بعد ان يحلف كل واحد منهما على دعوى الاخر اما البايع فيدعي
عليه سقوط بعض الثمن واما المشتري فيدعي عليه حصول المبيع في ضمانه فان اختار المشتري الرد حلف المشتري
وحده لان البايع يدعي عليه دخول المبيع في ضمانه ويحلف البايع مع رد المبيع عليه ✿ ولو كان المبيع مما يكال
او يوزن فذهب بعضه فقال البايع للمشتري انت اكلته وقال المشتري للبايع انت اكلته لم يقبل قول كل واحد منهما
على الاخر لما قدمنا فكانه ذهب بعض المبيع بافة من السما ويقال للمشتري ان شئت خذ ما بقي بحصته وان شئت فرد
فان اختار الاخذ حلف كل واحد منهما على دعوى الاخر وان اختار الرد حلف المشتري وحده وهذا على ما قدمنا ✿ فان
اقاما جميعا البينة فالبينة بينة البايع لانها تثبت دخول المبيع في ضمان المشتري وبينة المشتري تنفي ذلك
ولان في بينته فايدة وهو ايجاب الثمن على المشتري ولا فايدة في بينة المشتري الا من فسخ البيع فكانت بينة البايع
المتضمنة للفايدة اولى ✿

باب ما يفسد به البيع

قال ابو الحسن رحمه الله جملة ما يفسد به البيع ان يكون المبيع مجهولا او ثمنه او يكون محرما او ثمنه او يكون في المبيع حق لغير
بايعه لا يجوز للبايع فسخه او ان يشترط فيه شرطا فيه منفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد او يكون المبيع مما لا يقدر على
تسليمه او يكون في المبيع او في ثمنه غرر ✿ اما جهالة المبيع فلما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم فاعتبر العلم بالمبيع فدل على ان ذلك شرط وقال في الاجارة من استاجر اجيرا فليعلمه اجره
ولان الجهالة يتعذر معها التسليم لان المبيع اذا لم يعرف لم يعلم المشتري ماذا يتسلم وكذلك جهالة الثمن لانه احد
العوضين في العقد فصار كالاخر وهذه الجهالة المفسدة هي التي تمنع من التسليم فاما الجهالة التي لا تمنع معها
التسليم فلا تمنع العقد كجهالة كيل الصبرة وكمن قال ابيعك هذا العدل وهو لا يعلم عدده ✿ فاما اذا كان المبيع محرما
او ثمنه مثل بيع الخمر وبيع الخنزير وبيع المحرم الصيد فلقوله صلى الله عليه لعن الله الخمر وبايعها ومشتريها ولان العين
المحرمة منعت الشريعة من التصرف فيها والبيع يتعلق جوازه بالشرع فلم يصح فيما منع الشرع منه ✿ واما الحق في
المبيع لغير البايع فمثل بيع الرهن وبيع ما اجره لان البايع لا يقدر على تسليمه عقيب العقد لعدم ثبوت يده عليه
فهو كالطير في الهوا ✿ وقد اختلفت العبارة في الكتب في هذه المسالة فقال في موضع البيع فاسد وقال في موضع
البيع موقوف فمن اصحابنا من جعله روايتين ومنهم من قال رواية واحدة انه موقوف وقوله فاسد اي سيفسد
فان قلنا انه فاسد فوجهه ما بينا وان قلنا انه موقوف وهو الصحيح فلانه عقد على ملك نفسه ولغيره
فيه حق فوقف تصرفه كالوصية بجميع المال ولانه لو عقد على ملك غيره وقف فاذا عقد على ملك
نفسه وللغير فيه حق يمنع نفوذ العقد اولى ان يقف ✿ واما قوله فان شرط فيه منفعة لاحد من الناس
لا يوجبه العقد فمثل ان شرط منفعة للبايع وهو ان يقول على ان اهب لك او اقرضك او للمشتري مثل
ان يقول على ان تقرضني او تهب لي او للمعقود عليه مثل ان يقول ابيعك هذا العبد على ان تعتقه او تدبره
او لغيرهما مثل ان تقول على ان تبيع من فلان كذا او تقرضه عشرة فالبيع في هذا كله فاسد لما روى عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه نهى عن بيع وشرط وفي هذه الجملة كلام نذكره في باب الشروط ✿ فاما قوله اذا كان
الشرط لا يقتضيه العقد فلان الشرط الذي يقتضيه العقد لا يبطله مثل ان يقول البايع على ان احبس المبيع الى
ان استوفي الثمن او على ان تسكن ايها المشتري الدار او تطا الجارية فهذه شروط يقتضيها العقد فليس فيها
ضرر على واحد منهما فلا يفسد ✿ فاما اذا كان المبيع مما لا يقدر على تسليمه فالبيع فاسد مثل بيع الرهن وبيع
الطير الذي طار من يده لان التسليم موجب العقد فلم ينعقد العقد مع تعذر موجبه ✿ واما قوله او يكون
في المبيع او ثمنه غرر فمثل السمك في الماء والطير في الهوا وبيع الابق اما السمك في الماء فلانه لا يملك وقد
نهى صلى الله عليه عن بيع ما لم يملك واما الابق فلانه لا يقدر على تسليمه عقيب العقد لعدم ثبوت يده عليه ✿

قال ابو الحسن وكذلك بيع ما اشتري عند البايع والاصل في ذلك ما حدث حكيم بن حزام قال كنت ادخل السوق فاشتري من السلع ثم
اخرج فابيعها ممن ابتاع مني فسالني فاذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه فقال لا تبع ما ليس عندك قال ابو الحسن وكذلك بيع ما لم يقبض
وقد قلنا ان بيع الاعيان التي تنقل وتحول لا يجوز قبل القبض قال وكذلك اذا باع دينا في ذمة غير المشتري وقد قال اصحابنا ان
تمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز وقال مالك يجوز لنا ان البايع يعجز عن تسليم ما في ذمة غيره عقيب العقد لعدم ثبوت
يده عليه فصار كبيع عبد ابق وليس كذلك اذا باعه ممن في ذمته لانه مسلم اليه عقيب العقد فيصير كبيع العين المغصوبة من الغاصب
يجوز وان لم يجز من غيره وحجة ذلك صفقتان في صفقة ومعنى ذلك ان يقول ابيعك هذا العبد بالف درهم على ان تبيعني
هذا الفرس بالف درهم لما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن صفقتين في صفقة وعن بيعتين في بيع ولانه شرط منفعة لا يقتضيها
العقد قال وكذلك شرطان في بيع وهذا مثل ان يقول ان اعطيتني الثمن حالا فبالف وان اخرتني شهرا فبالفين او يقول
ابيعك بقفيز حنطة او بقفيزي شعير فلا يجوز لنهيه صلى الله عليه عن شرطين في بيع ولان الثمن مجهول عند العقد لان البايع
لا يدري اي الثمنين يلزم المشتري وكذلك بيع الاوصاف والاتباع من الحيوان اما بيع الاوصاف فكبيع الية الشاة الحية
واما الاتباع فكبيع الفرس وكبيع اللبن في ضرع الشاة اما الاول فلا يجوز بيعه لان ذلك محرم استباحته من الحيوان قبل الذبح
ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر واما الثاني فلنهيه صلى الله عليه عن بيع الجنين وعن بيع الحبل وحبل الحبلة وروي عن ابن عباس
ان النبي عليه السلام نهى عن بيع اللبن في الضرع وكذلك كل ما لا يتبعض من غير الحيوان الا بضرر مثل بيع ذراع
من ثوب ونحوه لان البايع لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر لم يستحق بالعقد واما اذا كان ذلك مما لا
ضرر في تبعيضه فيجوز مثل ان يقول ابيعك عشرة دراهم من هذه النقرة فيجوز لانه لا ضرر في تبعيضها فهو كبيع قفيز من
صبرة قال ابو الحسن ولا يجوز ان يبيع بيعا بثمن ثم يشتريه باقل مما باعه قبل ان يقبض الثمن وقال الشافعي يجوز لنا ما روي
ان ام زيد بن ارقم قالت لعايشة رضي الله عنها اني بعت من زيد جارية بثمانمائة الى العطا فابتعتها منه بستمائة نقدا فقالت لها
عايشة بيس ما شريت وبيس ما اشتريت الا اخبري زيد بن ارقم ان الله ابطل جهاده وحجه مع رسول الله صلى الله عليه ان لم يتب
وسيل ابن عباس عمن باع حريرة بماية نسا فاشتراه بخمسين نقدا فقال الحريرة بالخمسين والخمسون ربوا ولانه احد العوضين في
بيع الاعيان فجاز ان يكون لعدم قبضه تاثير في المنع من التصرف في البيع كالمبيع وكمن باع عينا بعين

باب البيوع الفاسدة وما يملك بها وما لا يملك

قال ابو الحسن البيع الفاسد لا يملك بعقده شي على حال اي شي كان المبيع وما كان ثمنه وباي وجه فسد وذلك لان البيع
الفاسد ممنوع منه لحق الله تعالى فيمنع من تعلق الاحكام به ولان القايل احد قايلين اما من قال انه لا يملك به بحال او من
قال يملك بالقبض فعدم امتناع الملك بالعقد ثابت بالاجماع ولا يلزم على هذا اذا باع ما في يدي المشتري لان الملك لا يقع
بالعقد انما يقع بالقبض الا ترى انه لو كان في يده امانة فاشتراها [illegible] او فاسدا لم يملكها اذا لم يكن حضرة حتى يعود الى المكان
الذي هو فيه قال ابو الحسن واذا قبض باذن البايع فهو على وجوه ثلثه ما كان لبدله قيمة فهو يملك اذا قبض اذا كان
المقبوض مما يجوز ان يملك بالبيع الصحيح وما كان ثمنه لا قيمة له فانه لا يملك وان قبض قال والكلام في هذا الاول في
وقوع الملك بالقبض في الجملة والشافعي لا يملك وان قبض لنا ما روي ان عايشة رضي الله عنها استامت بريرة فابى
مواليها ان يبيعوها الا ان تشترط الولا لهم فاشترت واشترطت واعتقت وذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه فاجاز
العتق وابطل الشرط وخطب وقال ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى شرط الله املك وحكم الله
اوثق ما بال احدكم يقول ابيع على ان الولا لي الولا لمن اعتق فاجاز النبي عليه السلام العتق مع فساد البيع بالشرط احتج بهذا
الحديث ابو يوسف ولانه نوع معاوضة فجاز ان يقع الملك فيه بالقبض كالهبة والقرض ولا يلزم النكاح لان الملك
فيه يقع ويقف على القبض الا ترى انه اذا دخل بها ملك المتعة بالدخول ولهذا اجب عوضها ولان البدل فيه يقف
ملكه على القبض ايضا ولانه احد ما يملك به المشتري التصرف في المبيع كالعقد واما اذا كان العوض مما لا
قيمة له لم يملك وهذا مثل البيع بالميتة والدم والريح وقال ابو يوسف وكذلك اذا قال ابيعك بغير ثمن لان البيع يشتمل
على عوضين وما اشتمل على عوض واحد فهو هبة وصدقة فلم يكن ذلك بيعا فلم يملك به واما اذا كان العوض مما
لم قيمة فقد ذكر ابن سماعة عن محمد في نوادره اذا قال ابيعك بما يرعى ابلي في ارضك او بما اشرب من ماء بيرك ان يملك المبيع
بالقبض لانه سمى [illegible] ما له قيمة الا ترى انه لو قطع الحشيش واستقى الما في انيه ثم [illegible] بيعه فاشتمل العقد على
عوضين فلذلك ملك المبيع قال ابو يوسف ومحمد وكذلك لو باع وسكت عن الثمن لان البيع يقتضي العوض فاذا
سكت عنه ثبت القيمة وهو مال وليس كذلك اذا قال بغير ثمن لانه نفى العوض والبيع بغير عوض ليس ببيع
وقد قالوا فيمن باع عبدا [illegible] من جواري البايع لم يتسلمها ملك العبد بالقبض لانه سمى بدلا له قيمة قال معلى عن ابي يوسف
ولو قال ابيعك بالكعبة او بالريح لم يملك وان قبض لانه لم يذكر بدلا ولا فرق بين ان يكون البدل متقوما في حق المسلمين
او في حق غيرهم مثل البيع بالخمر والخنزير لانه مال لاهل الذمة وان لم يكن مالا للمسلمين ولهذا اجب على متلفه عليهم
ضمانه فقد سمى بدلا له قيمة بحال واما القسم الثالث من اقسام ابي الحسن هو البيع اذا فسد من قبل الشرط الذي
يدخل فيه ولم يكن الفساد من جهة المبيع ولا بدله وذلك لان هذا العقد يجوز ان يصح عندنا باسقاط الشرط فاذا وقع
الملك بالعقد الذي لا يجوز ان يصح بحال فوقوعه بعقد يجوز ان يصح بحال اولى قال ابو الحسن وكذلك ان كان
احد البدلين مدبرا او مكاتبا او ام ولد وذلك لان الرق المعقود عليه موجود فيهم فملك ما في مقابلتهم

قال ابو الحسن وما كان من الاثمان مجهولا اعتبر منه ماله قيمة فيما يملك بالقبض والمجهول والمعلوم فيه سوا وذلك
لان البيع الفاسد العوض فيه القيمة والمسمى ليس بعوض فجهالته ومعرفته سوا قال ابو الحسن وما قبضه بغير
اذن البايع فهو كما لم يقبضه في البيع الفاسد وهذه الرواية المشهورة عنهم ان الملك لا يقع بالقبض حتى ياذن البايع
المشتري في القبض وذكر محمد في الزيادات اذا قبضه بحضرة البايع فلم ينهه انه قبض ويملكه ولم يحك عن ابي حنيفة
وابي يوسف خلافا وجه الرواية الاولى ان الملك لا يقع بالعقد انما يقع بالقبض فلا بد من اذن البايع فيما يقع به
الملك كالقبول في البيع الصحيح وجه الرواية الاخرى ان العقد في نفسه تسليط فاذا انضاف القبض ولم يمنع منه
وقع الملك به بالتسليط الذي هو العقد وقد قال اصحابنا فيمن وهب هبة فالقياس ان لا يملك الموهوب له
حتى ياذن الواهب في قبضها لان القبض يقع به الملك فلا بد من التسليط عليه الا انهم استحسنوا فقالوا اذا
قبضها في مجلس العقد جاز لان الملك يقع بالعقد والقبض فالعقد اذن في القبض الا ترى ان البيع لما وقع الملك
فيه بالايجاب والقبول لم يحتج البايع بعد الايجاب الى اذن في القبول وفارق الهبة ان اذن في مجلسها لم يصح
قبض الموهوب له حتى ياذن الواهب في القبض لان القبض فيها كالقبول في البيع والعقد كالايجاب فلما لا يصح القبول
بعد الافتراق بالايجاب اخر كذلك لا يصح القبض الا بتسليط بعد الافتراق ويجوز ان تكون قبض البيع الفاسد بعد الافتراق على
رواية الزيادات مثل الهبة لا تصح الا بالاذن فيه

باب الشروط التي تفسد البيع

قال ابو الحسن رحمه الله جملة ما يفسد البيع من الشروط ان يدخل فيه شرط لا يوجبه العقد والاصل في فساد
البيع بالشرط الذي لا يقتضيه ما روى ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه نهى عن بيع وشرط وقال
لعتاب بن اسيد لما بعثه الى مكة انههم عن اربع عن بيع وشرط وعن بيع وسلف وقد روي عن عبد الوارث بن سعيد قال دخلت
مكة فاصبت بها ثلثة من فقها الكوفة فسالت ابا حنيفة عن بيع وشرط فقال البيع باطل والشرط باطل وسالت ابن ابي ليلى
فقال البيع جايز والشرط باطل وسالت ابن شبرمة فقال البيع جايز والشرط جايز فعدت الى ابي حنيفة فاخبرته بما قالا
فقال لا علم لي بما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه نهى عن بيع وشرط فاتيت ابن ابي ليلى فاخبرته
بذلك فقال لا علم لي بما قالا حدثني هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة انها اشترت بريرة وشرطت ان يكون الولا
لمواليها فاعتقتها فاجاز رسول الله صلى الله عليه العتق وابطل الشرط فاتيت ابن شبرمة واخبرته بذلك فقال لا
علم لي بما قالا حدثني محارب بن دثار عن ابن الزبير عن جابر ان النبي صلى الله عليه اشترى بعيرا من اعرابي وشرط حملانه الى المدينة
وما ذهب اليه ابو حنيفة رضي الله عنه اولى لانه يقتضي الحظر فهو اولى مما يقتضي الاباحة ولان خبر عايشة لا دلالة فيه
لان البيع فسد عندنا بالشرط والبيع الفاسد اذا اتصل بالقبض ملك فينفذ العتق مع فساد البيع واما حديث جابر
فلا دلالة فيه لانه يجوز ان يكون شرط بعد العقد والشرط اذا لم يكن في نفس العقد لا تفسده واذا ثبت هذا الاصل
قال الشيخ عن ابي يوسف عن ابي حنيفة كل شرط في البيع لا تقتضيه وفيه منفعة للبايع او للمشتري او للمبيع او لغيرهما
او فيه ضرر على المشتري [illegible] فالبيع فاسد [illegible]
[illegible] ابي حنيفة [illegible] على
[illegible] فالبيع جايز والشرط باطل [illegible] ابي يوسف انه شرط في العقد لا يقتضيه [illegible]
كالشرط الذي فيه منفعة [illegible] الشرط لا يتعلق به
حق احد [illegible] فالبيع جايز
والمشتري [illegible] البيع فاسد [illegible] ابو يوسف اذا قال
ابيعك على ان لا تبيعه [illegible] البيع فاسد [illegible] اجمعوا فيمن باع عبدا على
ان المشتري [illegible] البايع احق [illegible] ان البيع فاسد [illegible]
لو باع جارية على ان [illegible] منفعة [illegible] العقد [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] العقد [illegible] البيع [illegible] البايع [illegible]
[illegible]
البايع [illegible] واستحسنوا [illegible]
[illegible] قال ابو الحسن وان شرط البايع ان يعطيه الثمن [illegible] رهنا او كفيلا [illegible]

معينا فقبل المشتري كذلك جاز استحسانا وكان القياس ان لا يجوز البيع بشرط الضمان والرهن لان هذا الشرط فيه منفعة للبايع
لا يقتضيه العقد فافسد العقد واستحسنوا في جوازه لان الثمن الذي به رهن وضمين اوثق من الرهن الذي لا رهن به
ولا ضمين فصار ذلك صفة للثمن وشرط صفات الثمن لا يبطل العقد كشرط الجيد والردي فاذا ثبت هذا قال محمد في الاصل اذا شرط
ان يكفل له كفيل بالثمن او يحيله على غيره ولم يبين الكفيل ولا المحتال عليه فالبيع فاسد لان تمام العقد يقف على قبول الكفيل والمحتال
عليه ومن وقف العقد على قبوله لم يصح مع جهالته كالمشتري ه فان كان الكفيل والمحتال عليه غايبين عن المجلس فلم يحضر حتى
افترقا لم يصح البيع الا ما جاب فيستقبل لان تمام العقد يقف على قبول الكفيل والافتراق يبطل حق القبول كقبول المشتري
فان حضر الكفيل والمحتال عليه قبل ان تفترق المتبايعان فقبلا في المجلس او كانا حاضرين عند البيع فقبلا جاز لان قبولهما يقف
العقد عليه وقد حصل في المجلس فهو كقبول المشتري ه قال ولو شرط في البيع ان يحيل البايع غريما له على المشتري بالثمن
او يضمن المشتري الثمن لغريم البايع فالبيع فاسد لانه انما جاز شرط الضمان اذا كان صفة للثمن وهذا الشرط ليس بصفة للثمن
والعقد لا يقتضيه فابطل العقد ه فاما الرهن فان كان مجهولا فالبيع فاسد لان تمام العقد يقف على القبول فيه الا
ترى ان المشتري لو قال قبلت البيع بغير رهن لم يصح البيع وما وقف تمام العقد على القبول فيه فجهالته تفسد العقد
كالمبيع وليس هذا كما لو قال على ان ترهنني بالثمن كر حنطة جيده او مائة مثقال ذهب جيد لان هذه الجهالة لو شرطت
في المبيع لم يفسد كذلك الرهن ه وقد قالوا في البيع اذا اشترط فيه رهن مجهول واتفقا على تعيين رهن في المجلس
جاز العقد لان الجهالة المؤثرة في العقد ارتفعت ه وكذلك لو قال المشتري انا اعطي الثمن حالا جاز البيع لان الرهن
يحتاج اليه للوثيقة للثمن فاذا اوفاه الثمن سقط حق البايع ه فان شرط رهنا معينا وقبل المشتري البيع على ذلك
ثم امتنع المشتري من تسليمه لك لم يجبر عليه عندنا وقال زفر يجبر على التسليم وجه قولهما ان الرهن لا يتعلق
الاستحقاق به بعقده فلا يجبر عليه كالرهن المنفرد وجه قول زفر ان هذا الرهن صار من حقوق البيع فيجبر عليه
كساير حقوق البيع وهذا ليس بصحيح لان الرهن عقد على حياله والعقود لا يكون بعضها من حقوق بعض ه فاذا ثبت
هذا قال اصحابنا يقال للمشتري اما ان تدفع الرهن او قيمته او تدفع الثمن او تفسخ البيع فان امتنع من احد هذه الوجوه
لم يمكن من ذلك لانه بدفع الرهن وفا بالشرط وفي دفع قيمته ايفا حق البايع لان حقه في الرهن استيفا الثمن من بدله
وهذا موجود في القيمة وفي دفع الثمن ما يغني عن التوثق به ه فان لم يسلم للبايع احد هذه الوجوه لم يرض بالثمن
المطلق فكان له ان يفسخ ه وقد قال ابو حنيفة ان الشروط المفسدة للعقد اذا الحقت بالعقد الصحيح لحقت وافسدت
وقال ابو يوسف ومحمد لا تلحق وجه قول ابي حنيفة ان العقد في ملكهما فصح الحاق الشرط الفاسد به كحال العقد ولانهما
يملكان فعل ما يقع به فسخ العقد بدلالة الاقالة وليس في الشرط الفاسد اكثر من هذا وجه قولهما ان الفساد ليس فيه
حق لواحد منهما والعقد قد صح فلم يكن لاثباته الشرط المفسد معنى ه

باب تصرف المشتري في البيع الفاسد

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله لا يجوز تصرف المشتري في البيع الفاسد قبل
القبض ببيع ولا هبة ولا صدقة ولا عتق وكذلك اذا قبض بغير اذن البايع وهذا لما قدمنا ان العقد الفاسد لا يملك المعقود
عليه فاذا تصرف في غير ملكه لم ينفذ تصرفه واما اذا قبض بغير اذنه لم يجز تصرفه على الرواية التي تعتبر الاذن في القبض لان القبض
بغير اذن لا يملك به على هذه الرواية ه فاما اذا قبضه بامر البايع وهو مما يملك فانه يكره للمشتري التصرف فيه بتمليك او
استمتاع لان الفسخ فيه مستحق لحق الله تعالى وفي التصرف اسقاط حق الله تعالى من الفسخ ولان التصرف تقرير للبيع الفاسد
وتقريره لا يجوز لحق الله تعالى ه فان تصرف المشتري فتصرفه على وجهين كل ما لا ينفسخ بالاعذار فهو جائز وقد سقط الفسخ
فيه وهذا مثل العتق والتدبير والاستيلاد واذا اخرجه من ملكه وما ينفسخ بالاعذار فانه لا يسقط الفسخ مثل الاجارة لان
المشتري تصرف فيما ملك وثبوت حق البايع في الفسخ عذر فما لا ينفسخ بالعذر لا ينفسخ لاجل الفساد واما الاجارة فانها تنفسخ
بالاعذار وثبوت حق البايع في الفسخ عذر فيفسخ الاجارة وينقض البيع الفاسد ه فان كانت جارية فزوجها فان ذلك لا
يمنع الفسخ والنكاح بحاله لا ينفسخ لان النكاح عقد على المنافع فلا يمنع الفسخ كالاجارة وهو مما لا ينفسخ بالاعذار فبقي بحاله
لان المشتري عقد وهي على ملكه ه وقد قالوا لو اوصى بالعبد ومات سقط الفسخ لان المبيع انتقل من ملكه الى ملك
الموصى له وهو ملك مبتدا فصار كالمشتري ه ولو ورث ذلك من المشتري لم يسقط الفسخ لان الوارث يقوم
مقام المورث وفسخ الشي على حكم ملكه ولهذا اثبت له الفسخ بالعيب فكذلك يفسخ عليه لاجل الفساد ه قال
ابو الحسين وان كان عبدا فقطعت يده واخذ المشتري الارش او كانت جارية فولدت او ارضا فيها شجر او نخل فاثمر فللبايع
ان يفسخ وياخذ الزيادة والاصل في ذلك ان حق الفسخ في البيع الفاسد مستحق لحق الله تعالى فيتعلق بالزوايد كما يتعلق بالولد
لان الحقوق المستقره في الامهات تسري الى الاولاد وليس كذلك البيع الصحيح لان المشتري يملكه وحق الفسخ ليس بمستقر
فيه فحدثت الزيادة على ملكه ولا حق لاحد فيها فلم يثبت فيها الفسخ ولان ضمان البيع الفاسد يتعلق بالقبض كضمان الغصب فاذا
كان المغصوب منه ياخذ الزوايد كذلك البايع في البيع الفاسد ه قال ابو الحسين فان كان المبيع ثوبا فقطعه وخاطه وبطنه
وحشاه او صبغه بعصفر او زعفران او كانت حنطة فزرعها او نوى فغرسها فغلبت او قضبانا فكرم او نخلا فالمعاو بت
فليس له ان ياخذ شيئا من ذلك ولا ينقض البيع وذلك لان هذه المعاني لو وجدت من الغاصب في العين المغصوبة استحقها فاذا
وجدت من المشتري في ملكه اولى ان يسقط حق البايع ه وقد ذكر هشام عن محمد ان المشتري اذا صبغ الثوب فالبايع بالخيار
ان شاء اخذه واعطاه ما زاد الصبغ فيه وان شاء ضمنه قيمته ابيض ه قال ولو قطعه وخاطه لم يكن للبايع عليه سبيل وهذا

صحيح لان الصبغ لا يملك به الغاصب ولا يملك المغصوب منه الخياط فكذلك يثبت له الخيار ها هنا واما القطع
والخياطة فيسقط بها حق المغصوب منه فكذلك يسقط حق البايع ه وما ذكره ابو الحسين في الصبغ والعصفر والزعفران
اما ان يحمل على تفصيل هشام او يكون ما ذكره ابو الحسين انما اراد به في ثبوت حق التضمين او يحمل رواية اخرى ه
ووجهها ان سقوط الفسخ في البيع الفاسد لا يعتبر فيه ما يعتبر في سقوط حق المالك في الغصب الا ترى ان البيع
والرهن يسقط بهما الفسخ ولا يسقط بهما حق المغصوب منه فكذلك الصبغ مثله ه وقد قالوا في البيع الفاسد
اذا اخرجه المشتري عن ملكه سقط الفسخ وان عاد اليه على حكم الملك الاول عاد الفسخ لانه عاد على حكم الملك الاول
فعاد بحقوقه ه فان عاد على حكم ملك مبتدا لم يثبت الفسخ لان اختلاف الملكين كاختلاف العينين ه قال ابو الحسين
فان كان المبيع ارضا فبنى فيها المشتري فهذا استهلاك عند ابي حنيفة وليس للبايع نقض البيع وقال ابو يوسف
ومحمد للبايع نقض البيع قال المعلى رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة وقال بشر عن ابي يوسف اذا غرس في
الارض نخلا قد اطلع قبل غرسه فانه لا يكون استهلاكا قال ابو الحسين وقياس قوله في البنا ان يكون النخل مثله
وجه قول ابي حنيفة ان البنا يصرف عن المشتري لا ينفسخ بالاعذار وفي ازالته ضرر فيسقط الفسخ كالبيع ولان
الضرر الذي يلحقه بنقض البنا اكثر من الضرر الذي يلحقه بنقض البيع واذا لم ينقض بيعه فلان لا ينقض بناه اولى
لهما ان الارض لا تصير مستهلكة بالبنا ولهذا لم يسقط حق المغصوب منه واذا لم تكن مستهلكة لم يسقط
الفسخ ه وهذا ليس بشي لما بينا ان الفسخ يسقط بما لا يسقط به حق المغصوب منه مثل البيع والرهن ه
قال ابو الحسين وعلى المشتري القيمة يوم قبض وجملة هذا ان البيع الفاسد اذا قبض ضمن بقيمته ان
كان مما لا مثل له وبمثله ان كان مما له مثل الا في مسئلة واحدة استحسن ابو حنيفة فيها وهي اذا اشترى عبدا
بشرط العتق فاعتقه لزمه المسمى استحسانا وانما قلنا ان المبيع بيعا فاسدا يضمن بقيمته لان ضمان البيع ضمان
الشي بنفسه وذلك الضمان المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له بدلالة ان من باع عبدا بجارية فسلم العبد ولم يقبض
الجارية حتى هلكت وقد اعتق المشتري العبد فان بايعه يرجع بقيمته ولو كان البيع يقتضي الضمان بالبدل لرجع
بقيمة الجارية فاذا كان هذا موجب البيع فانما ينتقل عنه الى ضمان التسمية اذا صحت التسمية فاذا فسدت بفساد
العقد رجعنا الى مقتضى العقد من الضمان ه وعلى هذا قالوا ان النكاح يوجب مهر المثل وينتقل عن ذلك الى
المسمى بصحة التسمية فاذا ابطلت رجع الى مقتضى العقد من مهر المثل ه وانما لم تثبت التسمية في العقد الفاسد
لقوله صلى الله عليه ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل وان دخل بها فلها مهر مثلها ه وقد قالوا ان المرجع
في القيمة والمثل الى قول المشتري لانه هو الذي يلزمه الضمان والقول قوله في قدره ه والبينة بينة البايع لانها
تثبت زيادة ضمان ه قال اصحابنا اذا باع عبدا بشرط العتق فالبيع فاسد وذكر ابن شجاع عنهم انه اذا وفى بالشرط صح
البيع كمن اسلم دينارا في ذمة رجل ثم نقده في المجلس وروى الحسن عن ابي حنيفة ان البيع جايز لان الناس هكذا
يستحسنون التسمية واجاز البيع لفعل الناس وقال الشافعي البيع جايز وجه قولهم المشهور نهيه عليه السلام
عن بيع وشرط ولانه شرط منفعة للمعقود عليه لا يقتضيها العقد فصار كما لو باع جارية بشرط ان يطاها او يتزوجها
ولانه بيع لا يوجب العتق فاذا شرط فيه العتق افسده كالموقوف ولا يلزم اذا باعه ذا رحم محرم منه بشرط
العتق لانا لا نعرف الرواية فيه وقد نجوز ذلك لان ذلك العقد لا يوجب العتق وهذا العقد يوجب العتق
قال ابو حنيفة اذا قبضه فاعتقه وجب عليه المسمى استحسانا وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة ان عليه القيمة وهو القياس وهو قول ابي يوسف ومحمد وجه القياس انه بيع فاسد كالبيع
بشرط التدبير وجه الاستحسان انه سمى ما لا بد منه فيما يلو شرط العتق فصار كمن قال اعتق عبدك عني على
الف درهم يبين ذلك انه اذا قال اعتق عبدك عني على الف درهم فقد عقد بعه ملكته ثم اعتقه عني فاذا لزم
المسمى في الموضع الذي لم يصرح بالتمليك اذا كان هو المراد فكذلك الموضع الذي صرح به ه وقد روى ابن شجاع
عن ابي حنيفة ان المشتري لو اعتقه قبل القبض جاز فدل على انه جعله عتقا على مال فلذلك اوجب
فيه المسمى ه قال ابو الحسين وايهما فسخ البيع قبل قبضه ففسخه جايز على صاحبه اذا كان بحضرة منه ه قال
وجملة هذا ان البيع الفاسد ما لم يتصل بالقبض فلكل واحد منهما فسخه بغير رضا الاخر لانه عقد لم يتم
فصار كالايجاب بلا قبول ه ويعتبر حضور الاخر لان احد المتعاقدين لا يملك الفسخ على الاخر الا بمشهد منه على
اصلنا في بيع الخيار ه فاما اذا قبض المشتري المبيع فكل بيع لا يجوز ان يصح باستيناف عقد مثل البيع بالخمر
والخنزير فلكل واحد منهما الفسخ بغير رضا الاخر اذا كان بحضرة منه وهذا قولهم لان العقد مستحق الفسخ
لا لفوات شرط فصار كالبيع المشروط فيه الخيار ه واما اذا كان الفساد بشرط ملحق فعند ابي حنيفة وابي يوسف
لكل واحد من المتعاقدين الفسخ وقال محمد ان فسخ الذي له منفعة في الشرط انفسخ وان فسخه الاخر لم ينفسخ
وهذا مثل الشري باجل مجهول فيجوز عنده الفسخ لمن شرط له الاجل وكذلك الخيار الفاسد وعندهما لكل واحد
فسخه وجه قولهما ان الشرط يفسد العقد في جميعه وان كان في احدهما فملك كل واحد منهما الفسخ كالاخر
ولان لكل واحد منهما المطالبة بالفسخ فصار كالبيع بالخمر وجه قول محمد ان الذي شرط له الاجل يقدر على تصحيح العقد
من غير رضا الاخر اذا اسقط الاجل فاذا فسخ جاز والاخر اسقط حقا ثبت له بالعقد فلا يجوز ه فان دخل البيع

عند المشتري فللبائع اخذه واخذ ارشه من المشتري لان ضمانه يتعلق بالقبض كالغصب ولهذا يستحق البائع الزوايد
من الولد والارش والثمرة ۞ وقد قالوا ان المشتري لو اجر العبد سلمت الاجرة له لانها صارت مالا بالعقد ۞ فان كان
ذلك قبل الضمان تصدق بها لانه ما حصل من وجه محظور لم يتوجد له وان كان بعد الضمان طابت له ۞ قال ابو الحسن
وان كانت جارية فولدت اخذها واخذ الولد فان كانت الولادة نقصتها ينظر الى قيمة الولد فان كان فيه وفا بالنقصان فلا
شي على المشتري وان لم يكن فيه وفا غرم تمام النقصان وهذه مسئلة المغصوبة اذا ولدت يجبر نقصان الولادة منها
بولدها استحسانا وقال زفر لا يجبر وهو القياس وجه القياس ان النقصان حصل في ماله والولد حدث على حقه فلا
يجبر ذلك به كما لا يجبر بسائر امواله وانما استحسنوا لان الولادة تؤثر في النقصان وفي حصول الزيادة فصار
كالقطع الذي يجب به الارش وهذه المسئلة يستوفى في الغصب

باب فساد البيع من جهة الاجل

قال ابو الحسن رحمه الله اذا كان المبيع معلوما معينا فشرط فيه اجلا
فالبيع فاسد معلوما كان الاجل او مجهولا ۞ وانما قلنا ان التاجيل في الاعيان لا يصح لانه انما شرط لنفي التسليم الموجب
بالعقد الا ترى ان العين موجودة في الحالين على صفة واحدة لا منفعة للبائع في تاخير تسليمها فنفي موجب العقد لا يصح
وليس كذلك الديون لان شرط الاجل فيها فايدة وهو اتساع المدة التي يتمكن المشتري من تحصيل الثمن فيها فلذلك
جاز ۞ ولان من شرط المسلم فيه التاجيل ولو تعين المسلم فيه سقط الاجل فالعقد الذي ليس من شرطه التاجيل اولى
ان لا يثبت فيه مع التعيين ۞ قال ابو الحسن وان كان الثمن دينا فالاجل المعلوم فيه جائز والمجهول لا يجوز وذلك
لقوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ولان جهالة الاجل توجب جهالة القبض
فلذلك لم يصح ۞ قال والاجل المجهول ان يبيع الى الحصاد او الدياس لان ذلك يتقدم ويتاخر بالحر والبرد وباختلاف
الناس ولهذا قالوا لا يصح التاجيل الى قدوم الحاج لانه يتعلق باختيارهم فيتقدم ويتاخر ۞ وعلى هذا قال اصحابنا
لا يجوز البيع الى العطا لان السلطان يقدمه ويؤخره ۞ قال وكذلك الى النيروز والمهرجان وهذا على وجهين
ان عرف المتعاقدان وقت النيروز والمهرجان جاز العقد لان المعتبر علمهما وان جهلاه او احدهما لم يجز قال
وكذلك صوم النصارى وفطرهم وذلك لان النصارى يقدمون صومهم ويؤخرونه ويعتبرون في ذلك ان يشتمل
على احاد معدودة فصار مجهولا ۞ ولهذا قالوا اذا دخلوا في الصوم فاجل الى فطرهم جاز لان ابتدا الصوم قد عرف
ومدته معلومة والاجل المعلوم يصح ۞ قال ابو الحسن اذا باع على ان توفيه الثمن بالبصرة او بمصر فالبيع فاسد
عند محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف قال وجملة هذا انه اذا شرط في الثمن اجلا معلوما وشرط ان توفيه
اياه بالبصرة فالبيع جائز في قولهم فاذا حل الاجل فان كان الثمن مما لا حمل له ولا مؤنة طالبه به حيث اراد وان كان
مما له حمل ومؤنة لم يكن له مطالبته الا بالبصرة وذلك لان الثمن اذا كان مؤجلا فشرط التسليم بالبصرة لا يذكر على وجه
التاجيل وانما يذكر لتخصيص القبض بمكان فلا يفسد العقد فاذا حل الثمن كان له المطالبة بما لا حمل له اين شا
لانه لا يختلف باختلاف الاماكن وما له حمل ومؤنة لا يطالبه الا بالبصرة لانه يختلف باختلاف الاماكن فلم يكن له مطالبته
في غيرها كالسلم ۞ واما اذا لم يذكر للثمن اجلا فقال محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف البيع فاسد وروى
بشر عن ابي يوسف ان القياس ان يجوز العقد غير اني استحسن فيما له حمل ومؤنة ان افسد العقد وجه
قول محمد ان الثمن اذا شرط تسليمه في بلد كان ذلك مشروطا على وجه التاجيل وهذا اجل مجهول لانه يتقدم
ويتاخر فلا يصح وجه قول ابي يوسف ان القياس يقتضي جوازه لانه تخصيص للقبض بمكان دون مكان الا انه
استحسن فيما له حمل ومؤنة لان تسليمه لا يجب في غير ذلك المكان فيصير في معنى الاجل فلا يصح وليس كذلك ما
لا حمل له ولا مؤنة لان له ان يطالبه به حيث شا فيلغو الشرط فكانه اطلق العقد

باب العقد يقع على شي فيصادف على خلافه ما يفسد منه وما لا يفسد

قال وجملة هذا ان العقد اذا وقع على جنس فوجد المبيع من جنس اخر فالبيع باطل مثل ان يبيع ثوبا على انه هروي فاذا
هو مروي او فصا على انه ياقوت فوجده زجاجا فالبيع باطل لان المعقود عليه عدم وعدم المعقود عليه يبطل البيع وان عقد على
جنس فوجد المبيع من جنس ما سمى الا انه خالف في الصفة فهو على وجهين ان كان تفاوتا كثيرا تتفاوت فيه الاغراض فالبيع
باطل مثل ان يبيع شخصا على انه جارية فاذا هو غلام وقال زفر البيع جائز وجه قولهم ان الاغراض تتفاوت بين الغلام
والجارية كتفاوت الاجناس الا ترى ان الجارية تصلح للاستمتاع والغلام للخدمة واختلاف الاغراض يصير كاختلاف الاجناس
وجه قول زفر انهما جنس واحد وانهما اختلفا صفة فصار كمن باع شاة على انها نعجة فكانت كبشا والفصل
الثاني اذا وجده من الجنس الذي سماه الا انه خالفه في الصفة اختلافا متقاربا في الاغراض مثل ان يبيع شاة على انها
نعجة فكانت كبشا قال هشام عن محمد سمعت ابا حنيفة قال من باع حمارا على انه اتان فاذا هو ذكر او فرسا على انه
رمكة فاذا هو فحل او شاة على انها نعجة فاذا هي فحل فالمشتري في ذلك بالخيار لان الجنس موجود واختلاف
الصفة اختلاف يسير تتقارب فيه الاغراض الا ترى ان المقصود من الشاة اللحم فصار اختلاف الصفة هاهنا
كاختلاف الصحيح والمعيب ۞ وللمشتري الخيار لان المبيع وجد على خلاف الصفة التي شرطها وله في الصفة غرض
فاذا فاتته ثبت له الخيار كما لو وجده معيبا ۞ قال ابو الحسن وان كانت الصفة ازيد فهو للمشتري ۞ وهذا مثل ان
يبيع ثوبا على انه عشرة اذرع فان وجده ناقصا فله الخيار وان وجده زايدا فهو له ولا خيار له وكذلك لو اشترى

ان فضه على ان وزنه مايه وقد اتفقوا ان شراه [illegible] فان نقص فله الخيار وان زاد فله الزياده لان الذرع في المذروعات
والوزن فيما في تبعيضه ضرر ليس بمعقود عليه وانما هو صفه [illegible]
[illegible]
العقد عليه وابو يوسف يعتبر [illegible] الاشاره او التسميه [illegible] ومحمد يقول اذا
كان المشار اليه من جنس المسمى تعلق العقد بالمشار اليه دون المسمى فصحت المسئله على اصولهم ۞

باب ما يلحق به حكم الشرط الفاسد ما يجوز بيع احد المتبايعين ويفسد اذا لم يرض

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله اذا باع ابقا او مرهونا او مواجرا
او جذعا في سقف او ذراعا من ثوب من طرف معلوم او ذراعا من خشبه من موضع بعينه او حليه سيف لا يتخلص
الا بضرر او نصف زرع لم يستحصد او كان ذلك بين رجلين فباع احدهما نصيبه من غير شريكه فالبيع فاسد الا ان
يرضى المشتري في الابق والمرهون والمواجر ان ينتظر حتى يمكن تسليمه فان رضي بذلك لم ينفسخ العقد بينهما
ما لم يفسخ ۞ اما الاجارة والرهن فقد قدمنا الكلام في بيعهما واختلاف الالفاظ فيه ۞ واما ثبوت حق الفسخ للمشتري
اذا لم يعلم انها مشغولة برهن او مواجرة فلان اطلاق العقد يقتضي التسليم في الحال فاذا كان المبيع لا يقدر على
تسليمه في الحال صار ذلك عيبا فان رضي به جاز وان طالب بالفسخ فسخ ۞ فاما طالب المستاجر والمرتهن بالفسخ
فلا حق للمستاجر في ذلك اذا رضي المشتري ان ينتظر مضي الاجارة لانه لا حق له في الرقبة وانما حقه في المنافع
والعقد وقع على ما لم يتعلق حقه فيه فلا منازعة له فيه ۞ واما المرتهن فيجوز ان يقال له المطالبة بفسخ البيع
لان الرهن عقد على الرقبة وللمرتهن ان يمنع من العقد عليها ولان حقه في الاستيفاء من ثمن الرهن عند الفلس فاذا مع

البيع في الرقبة تعذر عليه البيع عند الفلس فلذلك ثابت لحق الفسخ ولم يتبين لابو الحسن هذه المسئلة ، واما الآبق فظاهر
الرواية ان بيعه فاسد لان البايع لا يقدر على تسليمه عقيب العقد كعدم ثبوت يده فهو كالطير في الهواء ، وروى الحسن
عن ابي حنيفة ان البيع جائز وقال اصحابنا معناه اذا احضره البايع فسلمه حكم ذلك العقد كانه ظاهر فاما ابو الحسن
بعض ان البيع موقوف فيه وان للمشتري الخيار ووجهه انه عقد على ملك والتسليم فيه متعذر فصار كبيع الرهن
واما الجذع في السقف والذراع من الثوب والحلية المشتبه فلان التسليم لا يمكن الا بضرر لم يستحق على البايع وهو
القلع والقطع وذلك يفسد البيع وكذلك اذا باع ضرعا في ... لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقلع جميعه
فيفسد له التصرف وفي ذلك ضرر ، قال ابو الحسن فان رضي البايع ان يقلع الجذع او يقطع الذراع من الثوب او
يقطع الخشبة او يقلع الحلية من السيف او يحصد الزرع اذا كان كله له فللمشتري ان يفسخ قبل قلعه وقطعه فان
قلعه او قطعه فلا خيار له وذلك لانه ما لم يقطع فالبيع فاسد ولكل واحد من المتبايعين نقض البيع الفاسد فسخ العقد
فاذا اقلع البايع فقد التزم الضرر وزال المعنى المفسد فيصح العقد وصحة العقد تسقط خيار المشتري ، قال ابو
الحسن وان اشترى بطيخا او رمانا او قثا او شيئا تختلف فيه الصغير والكبير وهو متفاوت عدد كذا وكذا بدرهم ولم
يعين ذلك والجملة التي سماها فان ذلك لا يجوز وذلك لان المعقود مجهول الا ترى ان هذه المعدودات فيها
الصغير والكبير والتفاوت يقع بين آحادها تفاوتا كثيرا فلذلك لم يجز العقد ، قال فان عزل ذلك العدد من جملة
المبيع وتراضيا بعد ذلك فهو جائز وانما وقع البيع على هذا المعزول حين تراضيا وذلك لانه اذا تميز المعقود عليه
صار ذلك معلوما الا ان كل واحد من المتبايعين قد يمتنع لانه استفاد منفعة بالمعقود عليه لم يعلمها فيثبت
له الخيار فاذا تراضيا جاز ذلك ، وقد كان اصحابنا يقولون اذا تميز ذلك فسلمه البايع اليه ملكه بحكم العقد الاول وهذا
يقتضي ان يكون العقد انعقد واثبت لهما الخيار للجهالة فاذا تراضيا جاز العقد المتقدم والدليل على هذا انه
لا يحتاج الى استيناف عقد آخر ولو كان العقد الاول باطلا لم يجز الا باستيناف ، وظاهر ما قال ابو الحسن يقتضي
ان العقد الاول باطل وانه جعل التراضي عقدا مبتدا ولا يحتاج الى استيناف لفظ العقد على قول من يجيز بيع
المعاطاة ، قال ابو الحسن وكذلك ان اشترى من هذا اللحم عشرة ارطال بدرهم فانه لا يجوز فان عزله ورضي به واخذه
جاز وذلك لان اللحم يختلف باختلاف مواضع الشاة لاختلاف العظام فان لم يسم موضعا معلوما لم يجز في قولهم ،
فان عزل البايع اللحم فرضي به المشتري جاز على ما قدمنا وان اشترى منه اللحم كله كل عشرة ارطال بدرهم جاز
ولا خيار له في قول ابي يوسف ومحمد اما على اصل ابي حنيفة فان لم يسم جملة الوزن لم يجز البيع لجهالة جملة
المبيع والثمن ولا يصح في مقدار عشرة ارطال لتفاوت الارطال وليس هذا عنده كمن باع صبرة كل قفيز بدرهم ان العقد
يصح في قفيز واحد لان ذلك غير متفاوت منها فاما على قولهما فالعقد صحيح في الجملة لان الجهالة ترتفع في
الثاني بفعل احد المتعاقدين فلم يمنع ذلك من صحة العقد ، قال ابن سماعة عن محمد ان قال زن لي من هذا الجنب
عشرة ارطال بدرهم او من هذا الفخذ فوزن له منه جاز ولا خيار له لان من اصله ان العقد يجوز على اللحم اذا سمى مكانا من الشاة
بعينه لعدم الجهالة فيه فصار ذلك عنده كبيع قفيز من صبرة ، وكذلك لو اشترى ثوبا من جراب بدراهم مسماه
كان فاسدا لان الثياب تختلف فالمعقود عليه منها مجهول ، فان اعطاه ثوبا فرضيه جاز استحسانا وهذا على ما
قدمنا في البطيخ اذا ميزوه ، قال ابو الحسن واذا باع شيئا برقمه يازده او ده دوازده ولم يعلم ما اشتري به ذلك
الشيء فان البيع جائز وله الخيار اذا علم بالثمن فان لم يعلم حتى هلك ذلك الشيء فالبيع فاسد حتى يعلم المشتري فيختار
او يدع فان نقض البايع البيع قبل ان يختاره المشتري فنقضه جائز وكذلك لو اشترى جارية مرابحة ولم يعلم راس المال
او متاعا بقيمته ولم يعلم ذلك ، والاصل في هذا ان جهالة الثمن توجب فساد البيع كجهالة المبيع لان كل واحد منهما احد
العوضين ولهذا اشترط النبي صلى الله عليه معرفته في العقد فقال من اسلم فليسلم في كيل معلوم او وزن معلوم ،
والذي قال ابن سماعة ان البيع جائز معناه موقوف لان الجهالة في الثاني ترتفع فيصير العقد معروفا ولهذا قال اذا هلك
قبل ان يعلم فعليه القيمة ولو كان البيع جائزا لزمه المسمى ، وقال ان باعه المشتري فالبيع فاسد ، واما ما قال في رواية
ابن رستم ان للبايع النقض قبل ان يختار المشتري فلان الفساد اذا حصل ثبت لكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد ،
وقال ابو حنيفة اذا علم براس المال في هذه المسئلة ان شاء اخذ وان شاء ترك وهذا على ما قدمناه ، وقال ابو يوسف
ان مات البايع قبل ان يرضى المشتري وقد قبض او لم يقبض فالبيع منتقض وهذا اخبار لا يورث وانما كان كذلك لان
البيع المتاخر الى ان يكون موقوفا ورضا المشتري كالاجازة ومن شرط الاجازة ان يكون في حال يجوز ان يستانف
فيها العقد وذلك لا يمكن الا مع بقاء المتعاقدين والمعقود عليه ، قال فان قبض الجارية فاعتقها ثم ماتت او باع
المتاع قبل ان يعلم فعليه القيمة في الوجهين وعتقه جائز وبيعه جائز وذلك لانه بيع في معنى البيع ما له
قيمة وان كان مجهولا فاذا قبض المبيع ملكه وجاز تصرفه فيه ، قال وكذلك ان كان العبد انما اشتراه بحكمه
وهو لا يعلم براس المال وذلك لان العتق بالسبب كالعتق الموقت فاذا كان لو اعتق جاز عتق عليه بالرجم في المال
فان اعتق المشتري بعد ما علم براس المال فعليه الثمن لان له الخيار اذا علم فاذا اعتق فتصرفه فيه اجازة للعقد
فيصح ويلزم المسمى ،

باب بيع السباع والهوام

قال ابو الحسن رحمه الله يجوز بيع كل ذي ناب من السباع او ذي مخلب من الطيور معلما او غير معلم وهذه رواية
عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد في الاصل وروى ابن زياد عن ابي حنيفة في الاسد مثله وروى الحسن بن ابي مالك
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الاسد لا يجوز بيعه ، وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب والفهد والاسد ونحوها ويجوز
بيع الفهد وسائر السباع لنا ما روى جابر ان النبي صلى الله عليه نهى عن بيع الكلب والهرة الا الكلب المعلم
وروي انه نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولان ... والاسد يجوز الانتفاع بجلده ... ولان اليد
تنتقل فيه الى الموصى له والوارث كسائر الحيوان ، واما ما رواه ابن ابي مالك فانه محمول على الاسد الهرم الذي لا
ينتفع بعينه ولا بجلده فاما اذا سواء فالبيع جائز ، وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف قال لا يجوز بيع الكلب العقور
وقد اطلق في الاصل جواز بيع الكلب وجه هذه الرواية ان العقور ممنوع من امساكه ومامور بقتله فاذا نهى
عن امساكه لم يجز بيعه كالخنزير ، قال ابو الحسن فاما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه لانه ينتفع
بجلده وبعظمه فصار كسائر الحيوانات ، قال ابو الحسن واما القرد فان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة ان بيعه
جائز وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان بيعه باطل ... بيع القرد
وقال ابن رستم عن محمد يجوز بيعه وجه جواز بيعه انه يمكن الانتفاع بجلده كالسباع ووجه الرواية الاخرى
انه في الغالب يتخذ للملاهي وهذه جهة محظورة فلم يجز بيعه كالخمر ، فاما لحوم السباع فروى بشر بن الوليد
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ...

[illegible]

والقرط ما يظهره وقال عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر واذا طهر بالدباغ جاز بيعه كجلد الشاة ، فاما
الذكاة فانها تطهر الحيوان الا الخنزير والآدمي وقال الشافعي ما لا يؤكل لحمه لا يطهر بالذكاة لنا قوله عليه السلام
الذكاة في الحلق واللبة ولانه مختلف في لحمه اكل فاشبه الذكاة كالضبع ولان النبي صلى الله عليه اقام الدباغ
مقام الذكاة بقوله دباغ الاديم ذكاته واذا كان الفرع الذي هو الدباغ يصح في هذه الجلود فالذكاة التي هي اصل
اولى واذا ثبت طهارتها بالذكاة جاز بيعها كجلد الشاة ، واما اذا كانت ميتة لم تدبغ فلا يجوز بيعها لقوله عليه السلام
لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال الخليل الاهاب الجلد قبل الدباغ وبعده يسمى اديما ولانه جزء
من اجزاء الميتة نجس فلا يجوز بيعها كلحمها ، ولا يجوز بيع جلد الخنزير ولا جلد الانسان ولا شعورهما ولا عظمهما
مدبوغا كان الجلد او غير مدبوغ اما جلد الانسان لا يجوز الانتفاع به لحرمته وقد دل على ذلك قوله تعالى الم نجعل
الارض كفاتا احياء وامواتا فدل على ان الميت من حكمه الدفن ، واما جلد الخنزير فالدباغ لا يؤثر فيه وقد روي
عن ابي يوسف انه يطهر بالدباغ والوجه في ذلك ان الخنزير محرم الانتفاع به في حيوته فلا يحال تغلظ نجاسته
بعد موته وقد قيل ان الدباغ لا يتاتى فيه لان جلده لرقته واشتباكه بلحمه يتمزق فصار كجلد ميتة لم يدبغ ، واما شعورهما وعظمهما
فلا يحل الانتفاع بها فلا يجوز بيعها ، قال ابو الحسن فاما من غير الانسان والخنزير فبيع الشعر والصوف والوبر
والقرن والعظم جائز مذبوحا كان او غير مذبوح ولا يحرم بالموت ما يجوز ان يبان من حي وهو حي وينتفع به ولا يصل
في طهارة شعر الميتة وعظمها خلافا لما قال الشافعي لحديث ام سلمة ان النبي صلى الله عليه قال لا باس بمسك الميتة
اذا دبغ وصوفها وشعرها وقرنها اذا غسل بالماء ولانه لو انفصل من الحيوان حال حيوته كان طاهرا فاذا انفصل
بعد موته جاز ان يحكم بطهارته كالولد ، وهذه المسئلة مبنية على ان الشعر والعظم لا حيوة فيهما بدلالة
ان الحيوان لا يتالم بها فصارا من المدركات ولا يتالم بقطعها من غير آفة فيها ولان الحيوة تحتاج الى بنية مخصوصة
واجزاء من الرطوبة وهي ليست موجودة في الشعر فاذا لم يكن فيها حيوة لم يؤثر فيها الموت ، واما عصب الميتة
ففيه روايتان احداهما انه طاهر لان العصب من جنس العظم الا انه غير متصلب فحكمه حكم العظام ، واما
الرواية الاخرى انه نجس ولا يطهر الا بالدباغ وهو الصحيح لان العصب فيه حيوة بدلالة ان الحس والادراك
يلحق فيه ويتاتى فيه الدباغ فصار كالجلد ، قال ابو الحسن وروى ابن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي حنيفة
انه قال لا يجوز الانتفاع بشعور بني آدم وكذلك روى ابن رستم عن محمد عن ابي حنيفة وقال محمد لا يجوز بيع
الشعر وينتفع به وجه قول ابي حنيفة ما روي ان النبي عليه السلام لعن الواصلة والمستوصلة وهي التي تصل
شعر غيرها بشعرها وهذا ضرب من الانتفاع مقصود فدل ذلك على تحريم شعور بني آدم ولان الامة تركت
الانتفاع بشعور بني آدم وان كانوا ينتفعون بشعور سائر الحيوان فدل على انهم عرفوا ذلك توقيفا ووجه
قول محمد ان الشعر ينفصل من الآدمي وهو طاهر فجاز بيعه كاللبن ، قال ابو الحسن ولا يجوز الانتفاع بشعر
الخنزير الا الاساكفة يخرزون به وكرهه ابو يوسف لان الشعر جزء من اجزائه وقد تغلظ حكم الخنزير في
التحريم فلا يجوز الانتفاع باجزائه ، وانما يجوز للخرازين للضرورة لان غيره لا يقوم مقامه وكره ابو يوسف
لانه عين محرمة والاعيان المحرمة لا يجوز الانتفاع بها ، وقد في الرواية المشهورة ان شعر الخنزير نجس

لانه جزو من اجزائه ولان الخنزير قد تغلظ حكمه فتعلق التغليظ باجزائه وروي عن محمد ما يدل على طهارته لانه قال اذا وقع في ما
جاز الوضوء به ما لم يغلب عليه وهذا هو الاقيس على اصولهم في الشعور ووجهه ان هذا شعر من الشعور فوجب ان يحكم
بطهارته كساير الشعور وليس يمنع ان يتعلق التحريم به مع طهارته كما يتعلق بشعر الانسان انه طاهر مع تعلق التحريم به
قال ابو الحسن اجمعوا على ان بيع هوام الارض لا يجوز مثل الحيات والعقارب والوزغ والعظايه والقنافذ والضب
وهوام الارض كلها وذلك لان هذه الاشيا لم يبح الانتفاع باعيانها والبيع يتبع جواز الانتفاع ❀ قال ابو الحسن و
قالوا لا يجوز بيع شي من البحر من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك الا السمك وما يجوز الانتفاع بجلوده ❀
والاصل في هذا ان كل ما جاز الانتفاع بعينه من حيوان البحر او بجلده او بعظمه فبيعه جايز كحيوان البر وما
لا يجوز الانتفاع بشي منه لا يجوز بيعه كالحشرات وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه سئل عن الضفادع تجعل في
دوا فنهى عنه وقال هي خبيثة من الخبايث وهذا يدل على منع الانتفاع ❀ قال ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفه
وابي يوسف وان كان في كوارات فيها عسل فاشترى الكوارات بما فيها من النحل جاز واجاز محمد بيع النحل اذا كان مجموعا
وجه قولهما ان النحل لا ينتفع بعينه ولا بجزء من اجزايه فهو كالزنبور ولا يعتبر ما يتولد منه من العسل لان ذلك
ليس بموجود في الحال واما اذا باع النحل مع العسل فالعقد يقع على العسل والنحل يدخل على طريق التبع وان لم يجز افراده
بالبيع كالشرب والطريق ❀ وحكي عن ابي الحسن انه كان ينكر هذه الطريقه ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع
ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف
وجه قول محمد ان النحل حيوان ينتفع به ويمكن تسليمه كساير الحيوان ❀ وقال ابو حنيفه وابو يوسف في
دود القز يجوز بيعه اذا كان معه قز ولا يجوز اذا انفرد وروى هشام في نوادره وابن رستم عن محمد عن ابي حنيفه
ان بيع دود القز لا يجوز ولا بيضه وقال محمد يجوز بيعه وجه قولهما ان دود القز لا ينتفع بعينه ولا باجزايه
فاشبه الزنبور وليس كذلك اذا كان مع القز لان ذلك على طريق التبع وجه قول محمد انه ينتفع به كساير
الحيوان ❀ واما بزر الدود فيجوز بيعه عند ابي يوسف ومحمد ويجوز السلم فيه كيلا في حينه اذا جعل اجله في حينه
لانه يتولد منه ما ينتفع به فصار كبزر البطيخ وقال ابو حنيفه لا يجوز بيعه لانه لا ينتفع بعينه وكان محمد
يضمن من قتل دود القز لانه يجوز بيعه وعن ابي حنيفه انه لا يضمن من قتله وهذا على اصله في امتناع بيعه ❀

نوع آخر

قال ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفه فيمن باع دراجا او قمريا او فاختة واشترط انه
يصيح او طيرا انه يجي من الموضع البعيد او كبشا نطاحا او ديكا مقاتلا او كلبا معلما او جارية مغنية واشترط ذلك
في البيع ان البيع فاسد وهو قول محمد وذلك لان الاعيان تشترى في الغالب للتلهي وهي جهة محظورة فيها فاذا
شرطت في البيع لم يجز ولان صياح القمري والدراج يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد ولا يمكن جبره على ذلك فقد شرط
في البيع ما لا يقدر على تسليمه ❀ وقال محمد اذا باع جارية مغنية وشرط ذلك جاز على وجه التبري من العيب لان
الغنا عيب فيها فيجوز للبايع التبري منه كساير العيوب ❀ قال ابو يوسف فان اشترى كلبا او فهدا او شيئا من
الجوارح واشترط انه معلم فهذا جايز وهي احدى الروايتين عن محمد وذلك لان هذه الاشيا صنعة تتعلم وينفق عليها
الاعواض وهي مباحة فهو كالجارية الطباخة وجه الرواية الاخرى عن محمد ان ذلك لا يمكن تسليمه لان جبر الحيوان
عليه لا يمكن ❀ قال محمد اذا باع برذونا على انه هملاج فالبيع جايز وذلك لان هذه صناعة تنفق عليها الاعواض فصار
كالطبخ والخبز وعلى قول محمد يجوز ايضا لانه يمكن تسليمها الا ترى انها لا تنسى في العادة ❀ قال ولو باع حماما على انها تجي
من [illegible] فالبيع فاسد وهذا مبني على اصله لانها لا تجبر على ذلك قال فان باع قمريا على انها تصوت فان صوتت
جاز وذلك لان هذه خلقة فيها تحسنها ولهذا قالوا في احدى الروايتين في المحرم اذا قتل قمرية مصوتة ضمن قيمتها ❀
وان باع شاة على انها حلوب او على انها تحلب عشرة ارطال او على انها تضع بعد شهر فالبيع فاسد لان اللبن لا يجوز ان
يتناوله العقد لانه مضمون في خلقة الحيوان ولا يجوز ان يشترط في العقد فاما الوضع فلانه لا يمكن الوفا به فلا يصح اشتراطه

نوع آخر

قال ابو الحسن واجاز اصحابنا بيع السرجين والبعر وشراه والانتفاع به وقال الشافعي لا يجوز بيعه لنا انه
يباع في ساير الامصار من غير نكير ولانه يجوز وقوده كالحطب ولانها عين طاهرة يجوز الانتفاع بها كساير الاعيان ❀
ولا يجوز بيع رجيع بني آدم الا ان يغلب عليه التراب وكذلك الانتفاع به ❀ وروى هشام عن محمد عن ابي حنيفه انه
اجاز بيع السرجين وكره بيع العذرة اذا كان التراب هو الغالب فلا باس به والاصل في ذلك انه لا يجوز الانتفاع بها
ما لم يختلط بالتراب لانها عين النجاسة لا يخفف حكمها بالاستهلاك كساير النجاسات فاذا غلب التراب عليها جاز
الانتفاع بها كما يجوز في السمن النجس فيجوز بيعها ❀ وقد قال ابن رستم عن محمد قال ابو حنيفه كل شي افسده الحرام والغالب
عليه الحلال فلا باس ببيعه اذا بين ذلك ولا باس بالانتفاع به وهذا كالعجين اذا وقعت فيه فارة او السمن النجس
وكل شي الغالب عليه الحرام فلا خير في بيعه ولا هبته قال محمد في موضع آخر ولو ان زيتا وقع فيه ودك ميتة
وكان الودك هو الغالب لم يجز بيع ذلك بين او لم يبين ولو كان الزيت غالبا جاز ولا يحل [illegible] يجوز بيع الزيت
النجس خلاف ما قال الشافعي ان النبي عليه السلام قال في السمن المايع تقع فيه الفارة استصبحوا به وروي استمتعوا به
ولان ما جاز الاستصباح به جاز بيعه كالطاهر ❀ وقوله فيما غلب عليه النجاسة انه يجوز الانتفاع به فالمراد بذلك في
غير الابدان مثل الاستصباح والدباغ ودهن الدواب فاما في الابدان فلا يحل الانتفاع به

نوع آخر

قال ابو الحسن بيع البربط والطبل والمزمار والدف جايز ومن كسره ضمنه عند ابي حنيفه ولا يجوز بيعه عند ابي يوسف
ومحمد ولا يضمن من كسره وكذلك روى الفضل بن غانم وابن سماعه وعلي بن الجعد عن ابي يوسف انه لا يجوز بيع النرد
والشطرنج ولا الناي ولا الصنج ولا الدف المربع ولا العود ولا باس ببيع الدف المدور وان كان عليه
الصنوج لم يجز وجه قول ابي حنيفه ان هذه عين من الاعيان يمكن الانتفاع بها على وجه مباح بان يجعل البربط
ظرفا للدقيق والنرد صنجات الوزن والناي وتدا وما امكن الانتفاع به على وجه مباح وعلى وجه محظور
جاز بيعه كالسلاح والثياب والابريسم واذا ثبت جواز بيعه وجب على متلفه الضمان الا انه يضمنه الواحا
غير مؤلفة التاليف الذي يصلح للملاهي وجه قولهما ان هذه الاعيان في الغالب لا تستعمل الا للمعاصي
فلا يجوز بيعها كالخمور واذا ثبت امتناع بيعها لم يجب على متلفها شي قال ابو يوسف وقد احسن متلفها ❀

باب ما يحرم بيعه وما يدخل في معناه

قال ابو حنيفه لا يجوز بيع الخنزير والخمر والميتة والحر وهو حرام لا يجوز بيعه ولا اكل ثمنه اما الخمر فلقوله تعالى انما الخمر والميسر
والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وروي عن النبي صلى الله عليه انه قال لعن الله الخمر وبايعها
ومشتريها وشاربها واما الخنزير فقال الله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وتحريمه يمنع من جواز
التصرف فيه ❀ والميتة لا يجوز بيعها لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة ❀ واما الحر فلقوله صلى الله عليه ثلثة انا خصمهم
يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل باع حرا واكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى عمله ولم يوفه
اجره ورجل اعطى بي ثم غدر وروي انه صلى الله عليه قال ان اعتى الناس على الله تعالى ثلثة رجل باع حرا فاكل ثمنه
ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل في الحرم ❀ واما قوله ان ثمن ذلك لا يحل فلقوله صلى الله عليه لعن الله اليهود
حرمت عليهم الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها ولان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه ❀ قال ابو الحسن وكذلك
المحرم ما ذبح من الصيد عمدا او ما ذبح الحلال في الحرم من الصيد وذلك لان ذبيحة المحرم ميتة وقال الشافعي في
احد قوليه يحرم على الذابح ولا يحرم على غيره لنا ان الله تعالى سمى ذلك قتلا والقتل في الشريعة يستعمل فيما لا يحل
اكله ولانه ذبح لا يقع به الاباحة في حق الذابح فلا يستباح في حق غيره كذبح المجوسي ولان الذبح يستفاد
به حكمان الملك والاباحة فاذا كان الملك لا يحصل بذبح المحرم فكذلك الاباحة لانه احد حكمي الذبح ❀ وكذلك
ذبح الحلال الصيد في الحرم لانه ممنوع منه لحق الله تعالى ❀ قال ابو الحسن وكذلك ذبح المجوسي
وكل مشرك غير الكتابي عمدا كان او خطأ وكذلك ذبيحة المرتد وذلك لما روى [illegible] عبد الرحمن بن عوف
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول في المجوس سنوا بهم سنة اهل الكتاب [illegible]
نساءهم ❀ ولان الله تعالى خص الاباحة بطعام اهل الكتاب وما سواهم لم يوجد معنى الاباحة فيه ❀ فاما ذبائح اهل
الكتاب فهي حلال والاصل فيه قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم [illegible]
لانه لا يكون لتخصيصهم باهل الكتاب معنى [illegible]
حلت ذبيحته كالمسلم ❀ قال ومن ترك التسمية عمدا لم يجز اكل ذبيحته لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه وانه لفسق وهذا في التحريم ❀ وكذلك ذبيحة الصبي الذي لا يعقل والمجنون [illegible]
الى التسمية [illegible] ❀ ولا يجوز بيع المكاتب ولا المدبر ولا ام الولد [illegible]
[illegible]
بيعهم عند ابي حنيفه [illegible] ولا يجوز عند ابي يوسف ومحمد [illegible]

قال ابو الحسن ويستوي كل عين في الجنايات والغصوب والبيع الفاسد كما تضمن غير مدبر من العبيد الا ام الولد فانها لا تضمن الا بما يضمن في الحر من الجنايات في قول ابي حنيفة واختلف عنه في المدبر فقال في الجامع الصغير لا يضمن في البيع وهو المشهور من رواية محمد وقال المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يضمن المدبر في البيع كما يضمن في الغصب وليس عن ابي حنيفة خلاف في ضمان المدبر بالغصب اما ضمان المدبر والمكاتب فلان رقبتهما مقومة بدليل ان المولى لو اعتقهما في مرضه سعيا ولانهما يسعيان بعد موته اذا كان لا يملك غيرهما فالغاصب متلف لمال المولى فلذلك ضمن ه واما ام الولد فلا تضمن عند ابي حنيفة بالغصب لان المولى لا يملك فيها الا المنفعة الا ترى انها لا تسعى بعد الموت للورثة ولا للغرما وغصب المنفعة لا يتعلق به ضمان وجه قولهما ان حق الحرية لا ينافي ضمان الغصب كالتدبير واذا ثبت انها لا تضمن عنده بالغصب كذلك بالبيع الفاسد لان ضمانها يتعلق بالقبض فصار كالغصب وعلى قولهما ضمنت بالغصب ضمنت بالقبض عن بيع فاسد ه واما المدبر فالصحيح عن ابي حنيفة رواية المعلى لانها تضمن بالغصب وضمان القبض في البيع الفاسد وجه رواية الجامع الصغير ان حريتها تتعلق بالموت كام الولد

نوع اخر

قال ابو الحسن لا يجوز عند اصحابنا جميعا بيع الرجل خلا في ارضه ولا ما في ... الطحاوي هذه المسئلة في الخلاف فذكر قول الشافعي مثل قولنا والاصل فيه قوله عليه السلام ...

...

باب العقد يقع على شيئين احدهما لا يجوز البيع فيه

هذا الباب قد ذكرنا على الترما فيه فيما تقدم وعلمنا الخلاف فيه وذكرنا رجوع ابي يوسف في مسئلة الطوق واختلاف طريقة اصحابنا في ذلك فلا معنى للاعادة وقال ابو حنيفة معنى قولي ان الفساد في نفس المعقود عليه ان ثبت التحريم بنص او اجماع فلا اعتد بالخلاف مع النص قالوا فيمن جمع بين شاة مذكاة وشاة تركت التسمية عليها عامدا ان البيع فاسد فيهما لان ما تركت التسمية عليها عمدا منصوص على تحريمه والنص حجة على المخالفين والخلاف ليس بحجة في مقابلة النص فصار وجود الخلاف وعدمه فيه سواء وقال ابو يوسف ومحمد يجوز البيع في المذكاة لان اباحة الاخرى فيها الاجتهاد فصار تسويغ الاجتهاد كتعارض النص وذكر ابو الحسن في مسئلة الطوق وهو اذا باع جارية وطوقا ذهب ... فالبيع فاسد كله عند ابي حنيفة وروى ابن رستم عن محمد عن ابي يوسف وابن سماعة عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لانه لا خلاف بين اهل العلم في ذلك ...

ان البيع فيهما لا وجه قول ابي حنيفة ان الدق المعقود عليه موجود فيهما فصار كالامة والمدبرة وجه قول زفر ان بيع ما لم يقبض منصوص على تحريمه فلم يعتد بالخلاف فيه كما قلنا فيمن باع شاة مذكاة وشاة تركت التسمية عليها عامدا ه وذكر ابو الحسن في الجامع فيمن اشترى عبدا بخمسمائة نقدا وخمسمائة الى العطا ان البيع فاسد في الجميع لان هذا اعتاد في الثمن وما فسد من الثمن لا يختص بجزء من المبيع دون جزء لا يتميز الا بجزء من الثمن في مقابلة كل المبيع فيفسد في الجميع وعلى هذا قال اذا اشترى عبدا بخمسمائة نقدا وخمسمائة الى العطا فسد في الجميع لان شرط فاسد في الثمن فلا يختص بعض المبيع دون بعض

باب بيع الحمل وما في معناه

قال ابو الحسن واذا باع الرجل حمل شيء من الحيوان كاينا ما كان او لبنا في ضرع او صوفا على ظهر شاة او لؤلؤة في صدفها او ذراعا من ... او جذعا في سقف او نحو ذلك ... هذا الحمل ... فهذا كله باطل لا يجوز ه اما الحمل فلنهيه صلى الله عليه عن بيع المجر وعن بيع الحبل وحبل الحبلة ولانه لا يمكن تسليمه عقيب العقد لعدم ثبوت يده عليه اما اللبن في الضرع فلحديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه نهى عن بيع اللبن في الضرع وعن بيع المضامين وهو ما في ضمن خلقة الحيوان ولانه لا يمكن تسليم المعقود عليه لان اللبن يحدث حالا فحالا فيختلط المبيع بغيره قبل قبضه وهذا يفسد البيع لو صح ه واما الصوف على ظهر الشاة فالمشهور انه لا يجوز وذكر محمد ... عن ابي يوسف انه لو ... الصوف ...

...

باب البيع قبل القبض

...

بيعه قبل القبض فكذلك اجارته لان ملك المشتري لم يتم فلم يجز اجارته لملك لم يتم ﴿ فاما اذا وهبه او تصدق به
او اقرضه او رهنه من غير بايعه فلا يجوز ذلك عند ابي يوسف وكذلك يجب ان يكون الوصية فيه وقال محمد كل ذلك
جايز ووجه قول ابي يوسف ان الملك لم يتم لعدم القبض الا ترى ان العين اذا هلكت هلكت على غير ملكه
فيما لم يتم ملكه فيه كما لا يجوز بيعه ووجه قول محمد ان هذه العقود لا يتعلق الاستحقاق بها وانما تعلق بقبضها فلم تجز هبته
قبض الموهوب له مقام قبض المشتري ثم يصير قابضا لنفسه فكانه وهب بعد ما قبض وكيله وهذا كما قالوا اذا قال
اطعم ستين مسكينا عن كفارتي ان قبض المساكين يقع للآمر حتى يصير مضمونا عليه ثم يقع قبضهم لنفوسهم صدقة وليس
هذا عند محمد كمن رهن او وهب من البايع لان قبض البايع لا يقوم مقام قبض المشتري فلم يحصل القبض الذي اوجبه
البيع فيصير كالهبة والرهن قبل القبض ﴿ وقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف ومحمد ان المشتري لو وهب المبيع
من البايع فقبله البايع بطل البيع ولم تصح الهبة ولو باعه من البايع فقبل لم يصح البيع ولم يبطل البيع الاول ﴿ والفرق
بينهما ان قبض البايع لا يقوم مقام قبض المشتري فلا يصح الهبة قبل القبض الا ان البيع يبطل لان الهبة تصح في اسقاط
الحقوق ولهذا لو ابرأ بها من الديون فصارت الهبة اسقاطا لثمن المبيع فاذا تراضيا بذلك بطل البيع واما البيع فلا يصح
قبل القبض لم يوضع لاسقاط الحقوق وانما وضع للتمليك واذا لم يقع به ملك لم يتعلق به حكم ﴿ ولو قال المشتري
للبايع بعه او بعه لنفسك فقبل فهو نقض وان قال بعه لي لم يكن نقضا فان باع لم يجز بيعه وكذلك روى ابن سماعة عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يكون نقضا ووجه قول ابي حنيفة ان امره للبايع انما لم يصح لان الآمر لا يملك البيع
فكانه قال بعه لنفسك ولا يصح بيعه لنفسه الا بعد نقض البيع ومتى تراضيا على ما لا يصح الا بعد النقض كان نقضا ﴿
ووجه قول ابي يوسف ان قوله بع ينصرف الى البيع للآمر لان العين على ملكه وذلك لا يوجب النقض فصار امرا بعقد
بعقد فاسد فلا ينتقض البيع الاول به ﴿ ولو قال المشتري للبايع اعتقه فاعتقه البايع فعتقه جائز عن نفسه في قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف عتقه باطل ووجه قول ابي حنيفة ان العتق قبض والقبض لا يكون بفعل البايع فصار امره
بالعتق امرا بالعتق عن البايع وذلك لا يكون الا بعد النقض فكانه صرح بالنقض ووجه قول ابي يوسف ان الامر
ينصرف الى العتق عن الامر فلا ينفسخ البيع به وان لم يقع العتق ﴿ قال ابو الحسن وما كان دينا بعقد او بغير عقد
فبيعه جائز الا راس السلم وثمن الصرف والثياب في الذمة اذا كان دينا الى اجل قال وجملة هذا ما قدمنا ان كل دين
في الذمة لا يستحق قبضه في المجلس وليس بدلا في السلم فالتصرف فيه قبل القبض جائز كاثمان البياعات وقد دل
عليه حديث ابن عمر ﴿ وما يجب قبضه في المجلس او كان بدلا في السلم لا يجوز التصرف فيه لقوله عليه السلام من اسلم
في شيء فلا يصرفه الى غيره وقد قدمنا ذلك ﴿ فاما الثياب اذا كانت في الذمة مؤجلة فالقياس ان لا تثبت وانما استحسنوا
في ثبوتها الى اجل قياسا على السلم فلا يجوز التصرف فيها كما لا يجوز التصرف في المسلم فيه وقد بينا ما ذكره الطحاوي في القرض والكلام
عليه ﴿ قال ابو الحسن وما ملك بغير عقد او بعقد بغير بدل فبيعه قبل القبض كالميراث والوصية اما الميراث فلان الوارث
يخلف الميت في ملكه ويقوم مقامه فصارت اليد التي فيها الميراث كيد المورث واما الوصية فتمليك يتعلق بالموت كالارث ﴿
وما كان مكيلا او موزونا فاشتراه مكايلة او موازنة لم يجز بيعه الا بعد كيله وقبضه فان باعه قبل كيله لم يجز وقد بينا هذه
المسئلة وذكرنا اختلاف الرواية في المعدودات وروى ابو يوسف في الاملاء عن ابي حنيفة في المعدودات انها كالمكيلات وفي
الجامع الصغير عن ابي حنيفة لا يبيع ما يكال او يوزن او يعد حتى يكيله او يزنه او يعده فان باعه لم يجز في المكيل والموزون
وسكت عن المعدود وقال ابو يوسف ومحمد المعدود كالمذروع وقد بينا هذه المسئلة ﴿ قال ابو يوسف وان اشترى مكيلا
او موزونا مكايلة او موازنة بيعا فاسدا وقبض ذلك بغير كيل ثم باعه وقبضه المشتري فان البيع الثاني جائز والاول فاسد
قال ابو يوسف انما يعتبر اعادة الكيل في البيعين الصحيحين وهذا صحيح لان البيع الفاسد يملك بالقبض كالقرض وقد قالوا
فيمن استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة انه لا يحتاج الى الكيل ﴿ قال ابو يوسف ولو اشترى مكايلة بانا بعينه فالبيع فاسد
عند ابي حنيفة وابي يوسف وان كال ذلك الاناء فرضي به المشتري بعد كيله جاز البيع وذلك لان هذا البيع في حكم بيع
المجازفة الا ترى ان الاناء لا يعرف قدره من الكيل ومن اشترى مجازفة وباع مكايلة لم يحتج الى كيلين وقد قال ابو يوسف
فيمن اشترى طعاما مكايلة فباعه مجازفة ان المشتري لا يتصرف فيه الا بعد الكيل وقال محمد لا يحتاج الى كيلين وهو الصحيح
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
يكلم عليه فصدقه بايع العبد انه كذا قفيز باعه قبل ان يكيله جاز وذلك لان التصرف يجوز في هذا الا بعد القبض الا ترى انه لو
باعه من المشتري جاز وعدم الكيل كعدم القبض ﴿

باب الاحتكار

قال ابو الحسن رحمه الله الاحتكار مكروه عند اصحابنا جميعا وهو ان يشتري طعاما في مصر ويمتنع من بيعه وذلك يضر بالناس
والاصل في كراهة الاحتكار قوله صلى الله عليه الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولان في ذلك تضييقا على الناس وهذا
لا يجوز ولذلك نهى النبي عليه السلام عن تلقي الركبان وتلقي الجلب ﴿ والاحتكار ان يبتاع طعاما من مصر او مكان قريب من المصر
يجلب طعامه الى المصر وذلك مصر صغير يضر به الفعل فاما اذا كان مصرا كبيرا لا يضر به هذا الفعل لم يمنع منه وكذلك
قال ابو حنيفة في تلقي الجلب اذا كان في بلد لا يضر باهله فلا باس ﴿ وقالوا فيمن جلب طعاما من مكان بعيد من المصر
فاحتكره ولم يبعه لم يمنع من ذلك لانه كان له ان لا يجلبه فليس في الامتناع من بيعه اضرار باهل المصر وكذلك من زرع ارضه

واحتكر طعامه فليس بمحتكر لانه كان له ان لا يزرعها ﴿ قال محمد اجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا ولا اسعر ويقال له
بع كما يبيع الناس وبزيادة يتغابن في مثلها ولا يترك يبيع باكثر من ذلك والاصل في امتناع التسعير خلاف ما
قاله مالك ما روي ان السعر غلا بالمدينة فقالوا يا رسول الله لو سعرت فقال ان الله هو المسعر ولان التسعير
تقدير للثمن الذي يباع به الطعام والانسان لا يجبر على البيع بثمن معين ﴿ فاما قوله اني اجبرهم على البيع بما
يبيعه الناس فلان في ترك البيع الحاق ضرر وهذا يجب ان يكون على قول ابي يوسف ومحمد على اصلهما في الحجر على
الحر فاما على قول ابي حنيفة ان الحجر لا يجوز على الحر فيجب على قوله ان لا اجبر واعلى البيع ﴿ وقد قال اصحابنا اذا
خاف الامام على اهل المصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا بحجر
وانما هو للضرورة ومن اضطر الى مال غيره وخاف الهلاك جاز له اخذه بغير رضاه ﴿ قال ابو الحسن واما اذا جلب من
غير المصر من قرية المصر فان محمدا جعله بمنزلة المصر وقال هشام حدثنا ابو يوسف قال اذا جلب الرجل من الرستاق طعاما
ثم احتكره فليس بمحتكر وقال ابو يوسف ان جاء به من مقدار نصف ميل فليس بمحتكر وهذا ليس بخلاف وانما هو على ما
بيناه اذا كان رستاق المصر يجلب طعامه الى المصر فالشري منه كالشري من المصر وان كان لا يجلب اليه فليس باحتكار ﴿
قالوا وان اشتراه من رستاق فاحتكره حيث اشتراه فهو محتكر لانه يضيق على اهل الرستاق فهو كالتضييق على
اهل المصر ﴿ قال ابن سماعة عن ابي يوسف الاحتكار كل ما يضر بالعامة احتكاره وقال هشام عن محمد الحكرة في الحنطة
والشعير والتمر الذي هو قوت الناس والقت الذي هو قوت البهائم وليس في الثياب والعسل والسمن والارز
والزيت حكرة وقال ابو يوسف في الزيت حكرة ووجه قول ابي يوسف ان كل ما يتقوت به في الغالب فاحتباسه
احتكار كالحنطة ومحمد يقول ما يقع قوام الابدان بغيره فليس باحتكار كالثياب ﴿ فاما قول محمد ان حبس الارز
ليس باحتكار فهو محمول على البلاد التي لا يتقوتونه فيها فاما المواضع التي يتقوتونه فهو احتكار ﴿ واما الثياب فلان
قوام الابدان وبقاء الحيوة لا يتوقف عليها ﴿ قال ابو يوسف والاحتكار ان يحبسه عنده اكثر السنة فان حبسه
شهرا فانما هو على قدر ما يحبسه وذلك لان الحبس ممنوع منه لما فيه من الحاق الضرر فاعتبر المدة التي يلحق فيها الضرر
غالبا ﴿

باب بيع التلجية

قال التلجية في اللغة ما الجئ عليه الانسان بغير
اختياره فلما كان هذا العقد لا يعقد الا للضرورة سموه تلجية وجملة هذا ان التلجية في البيع على ثلثة اضرب ان كانت
في نفس البيع مثل ان يخاف الرجل السلطان اي لا ظهر اني بعت داري منك وليس في الحقيقة بيع وانما هو تلجية
ويشهد على ذلك ثم يبيعها في الظاهر ولا يتشاغلان فروى معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان العقد جائز وروى
محمد في الاملاء ان البيع باطل ولم يحك خلافا وهو قول ابي يوسف ومحمد وجه رواية معلى ان ما شرطاه في السر لم
يذكراه في العقد وما عقداه عقد صحيح لم يتضمن شرطا فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط كما لو اتفقا على ان يشرطا شرطا
فاسدا ثم باعا من غير شرط ﴿ ووجه رواية محمد انهما اتفقا على انهما لم يقصدا الى العقد فصارا كالهازلين به
ولا ينعقد ﴿ والفصل الثاني ان يكون التلجية في البدل وهو ان يتفقا في السر ان الثمن الف وانهما يتبايعان في العلانية
بالفين فروى معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان الثمن ثمن العلانية وروى محمد في الاملاء ان الثمن ثمن السر ولم يحك خلافا وهو قولهما
وجه رواية معلى ان الثمن المذكور في العقد يصح العقد به وما ذكراه في الباطن لم يعيداه في حال العقد فسقط حكمه كما
شاه ووجه رواية محمد انهما اتفقا انهما لم يقصدا الى الالف الزايدة فكانهما هزلا بها ﴿ والفصل الثالث ان يتفقا
في الباطن ان الثمن الف ويتبايعا في الظاهر على مائة دينار فالجواب في الاملاء ان القياس ان يبطل العقد والاستحسان ان يصح
على مائة دينار ولم يحك فيه هذه المسئلة وجه القياس ان ثمن الباطن لم يذكراه في حال العقد والثمن المذكور في العقد لم
يقصداه فسقط وبقي بيع بلا ثمن فلا يصح الا انهم استحسنوا فقالوا لم يقصدا الى بيع باطل وانما قصدا الى بيع جائز ولا
يمكن تصحيحه الا بثمن العلانية فكانهما اعرضا عما شرطاه في الباطن فتعلق الحكم بالظاهر كما لو اتفقا ان يبيعا بيع
تلجية فتواهبا وليس هذا كما لو اظهرا الفين وفي الباطن الف حيث يجب الف لان الثمن المعتبر وهو ثمن الباطن مذكور
في العقد فتعلق العقد به ﴿ واما في النكاح اذا اتفقا في الباطن ان المهر الف واظهرا مائة دينار فلها مهر مثلها
لان المذكور في الباطن لم يذكر في حال العقد والمذكور في العقد اتفقا انهما لم يقصداه وانما هزلا به فسقط وسقوط
البدل في النكاح لا يبطله فلم يكن بنا ضرورة الى اثبات مهر العلانية فوجب لها مهر مثلها ﴿ قال ابو الحسن في بيع
التلجية قال محمد هما بالخيار فان اجازه احدهما لم يجز وان اجازاه جاز وذلك لان التلجية عقد لم يقصد فيه زوال الملك
فهو كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين فلا يصح الا بتراضيهما ﴿ قال محمد فان قبض المشتري العبد فاعتقه لم
يجز ولا يشبه هذا الاكراه وذلك لما بينا ان شرط التلجية كشرط الخيار ولو قبض المشتري والخيار للبايع لم يجز عتقه
كذلك هذا ﴿ فاما الاكراه فيوجد اذا اكره البايع على البيع والتسليم فاعتقه المشتري جاز وان بايعه لم يجز لان
البيع تسليطا على العتق والبيع والعتق بالاكراه يقع فكذلك يقع بتسليط المكره والبيع بالاكراه لا يقع كذلك لا يستفاد
بتسليط المكره ﴿ وان اتفقا على تلجية بيع لم يكن فاقرا بذلك ثم اتفقا انه لم يكن فالبيع باطل ولا يجوز باجازتهما
لان الاقرار اخبار فاذا لم يكن له حقيقة فانما هو كذب لم يتعلق به حكم والاجازة انما تلحق عقدا مبتدا ولم يوجد
ههنا ﴿ فلو قال احد المتبايعين بيعنا هذا التلجية لم يقبل قوله ويستحلف الآخر لانه يدعي فسخ العقد بعد
انعقاده في الظاهر ﴿ فان اقام بينة قبل قوله لانه اثبت الشرط بالبينة فهو كما لو اثبت الخيار وهذا على الرواية التي

يقول ان الثمر طرف الباطن يوتر ... فاما على الروايه التي جعل العقد عقد الظاهر فهذه الدعوى ... صحت لم توثر في البيع

باب بيع بيوت مكة

قال ابو الحسن رحمه الله عليه روى ابو يوسف ومحمد عن ابي حنيفه ان بيع بناء بيوت مكة جايز ولا يجوز بيع الاراضي واجارة البناء جايزة ولا يجوز اجارة الارض وروى الحسن عن ابي حنيفه ان بيع دور مكة جايز ... وفيها الشفعه ويكره اجارتها في ايام الموسم وقال ان ... والدليل عليه ما رواه ابو حنيفه عن عبد الله بن ابي زياد عن ابي نجيح عن عبد الله بن عمر ان النبي صلى الله عليه قال مكة حرام وبيع رباعها حرام ...

...

بغداد وحوانيت السوق التي للسلطان عليها غلة لا يجوز ولا شفعة فيها وهذه كانت معروفة بمدينة ... المنصور ولم يقطعها ولكن للناس بنيانها وضرب عليها اجرة واجرها منهم والارض ... لاصحاب البناء فلا يجوز

باب بيع المحرم الصيد

قال الشيخ ابو الحسن لا يجوز ان يملك محرم صيدا ببيع ولا غيره ولا يملكه ببيع ولا غيره والاصل في ذلك ان المحرم لا يملك بالاصطياد لانه منهي عنه قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم وقال وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقال ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم وقال رسول الله صلى الله عليه ...

...

طربان هذا المعنى قبل القبض كوجوده حال العقد فان اشترى حلال من حلال صيدا فلم يقبضه حتى احرم احدهما انتقض العقد وقياس قول ابي حنيفه وابي يوسف وهذه روايه جامع الكبير وذلك لانه طرا على العقد قبل القبض ما اوجب تحريم مثل ذلك العقد فصار كتحريم الربوا لما نزل ابطل رسول الله صلى الله عليه ما لم يقبض واجاز ما قبض

باب بيع الثمرة قبل ان يبدو صلاحها

قال ابو الحسن بيع جميع الثمرة الموجودة في نخله جايز وكذلك ... سائر الغلات من الحنطة والشعير والسمسم اذا كان موجودا وان كان قبل بدو صلاحها اذا لم يشترط الترك اشترط ... او لم يشترط وقال الشافعي ... الذي لم يبد صلاحها انما اشتراها بشرط القطع جاز وان اطلق العقد لم يجز لنا ان النبي صلى الله عليه قال من باع نخلا مؤبرا فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع

...

باب الخيار

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله: اذا اشترط في البيع خيار فهو جايز اذا كانت مدة الخيار ثلثة ايام او اقل وان كان اكثر من ذلك لم يجز البيع في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد اذا كان وقتا معلوما جاز والاصل فيه ان القياس يمنع جواز شرط الخيار لانه ينفي الملك والملك موجب العقد ونفي موجب العقد لا يصح ولانه لو نفى الملك على التابيد لم يجز فاذا نفاه في مدة لم يجز كالتسليم وانما تركوا القياس لما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات فقال له رسول الله صلى الله عليه اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثا فجوزنا هذا القدر للخبر فما سواه على اصل القياس وجه قولهما انه مدة ملحقة بالعقد فلم يتقدر كالاجل. فاذا ثبت هذا قلنا ويجوز شرط الخيار للبايع والمشتري لانه انما جاز للارتياء وهذا المعنى يحتاج اليه كل واحد منهما. قال ابو الحسن فان مات الذي له الخيار تم البيع من قبله والاخر على خياره فان ماتا جاز عليهما وقال الشافعي خيار الشرط يورث ويثبت للورثة ما كان ثابتا للمورث واختلف قوله في المدة فقال في احد قوليه لا تحتسب عليهم بالمدة التي مضت قبل ان يعلموا بالموت والخيار وقال في القول الاخر تحتسب عليهم بها الا انهم اذا علموا فسخوا العقد عليهم وان مضت المدة. لنا انه خيار ثبت في فسخ عقد من غير نقص فلا يورث كالرجوع في الهبة ولانه حق ليس في معنى المال فلا يورث كالوكالة والمضاربة. ولان النبي صلى الله عليه اثبت الخيار ثلثة ايام وعلى قولهم يثبت اكثر من ذلك وهذا ضد الخبر. واذا ثبت ان الخيار لا يورث انقطع بموت من له الخيار وقطع الخيار يوجب تمام العقد كانقضاء المدة. قال وكذلك ان مضى وقت الخيار قبل الاجازة والنقض تم البيع وبطل الخيار وذلك لان الخيار عندنا يشترط للفسخ لا للاجازة فاذا فات الفسخ بمضي وقته تم العقد وقال مالك الخيار يشترط للاجازة فاذا مضت المدة فاتت الاجازة فبطل العقد. والدليل على انه مشروط للفسخ انه لو كان للاجازة لتعلقت الاجازة بالخطر والاجازة لا يجوز تعليقها بالخطر وليس كذلك الفسخ لانه يجوز فيه ما لا يجوز في الاجازة الا ترى ان الفسخ يجوز في عبد حي وعبد ميت وان كانت الاجازة لا تجوز في ذلك. ولان اطلاق البيع يوجب الملك وانما يعترض الخيار فيمنع من موجب العقد فاذا سقط بمضي المدة فقد زال فبقي موجب العقد بحاله. فان اجاز الذي له الخيار بغير محضر من صاحبه جاز وان نقض لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد ويجوز عند ابي يوسف وجه قولهما انه فسخ عقد بلفظ موضوع له فلا يصح من احد المتعاقدين مع غيبة الاخر كقبول الاقالة. وقد اتفقنا ابو يوسف في الفسخ بخيار العيب انه لا يجوز مع غيبة البايع وخالفنا الشافعي فيه. والدليل عليه ان خيار العيب لا يمنع من انتقال الملك فاذا فسخ المشتري فانما ينقل المبيع من ملكه الى ملك البايع وهذا لا يجوز الا بالتراضي او بثبوت ولاية ولم يوجد واحد منهما. ولانه فسخ عقد لنقص فلا يملكه احد المتعاقدين مع غيبة الاخر كالفسخ بالعنة. وجه قول ابي يوسف ان الخيار يثبت حق الفسخ والاجازة فاذا كانت الاجازة تجوز بغير حضور العاقدين فكذلك الفسخ وهذا ليس بصحيح لان الاجازة ابطال حق البايع والفسخ اسقاط حقه وليس اذا جاز ان يثبت له حق مع غيبته جاز ان يسقط به حقا الا ترى انه يجوز ان يقبض لغايب بدين جاز ولو اسقط دينه لم يجز. فان هلكت السلعة في يدي البايع قبل القبض انتقض البيع كان الخيار لهما او لاحدهما وهلك من مال البايع ولا ضمان على واحد منهما وذلك لان هلاك المبيع قبل القبض في البيع البات قد بينا انه يبطل البيع ويهلك على ملك البايع ففي بيع الخيار اولى. قال فان هلك المبيع في يد المشتري فان كان الخيار له تم البيع وبطل الخيار ولزمه الثمن لان الهالك يصير معيبا عند ابتداء الهلاك وما شرط فيه الخيار للمشتري اذا عاب في يده بطل خياره لانه لو لم يبطل رده الى ملك البايع معيبا بعيب لم يكن وهذا لا يجوز. فان كان الخيار للبايع انتقض البيع ولزم المشتري القيمة وذلك لان العيب اذا حدث والخيار للبايع لم يتم العقد لانه حدث على ملكه فلا يدخل الا في ملك المشتري المبيع المعيب بغير رضاه واذا لم يتم البيع بالعيب هلك على ملك البايع. ووجبت القيمة على المشتري لان الشيء مضمون عليه والملك لغيره فيهلك بالقيمة كالمغصوب ولا يلزم الرهن لان الرهن غير مضمون على المرتهن لان الدين يسقط بهلاكه حكما. واذا شرط الخيار في الثلث جاز ولزم المشتري الثمن عند ابي حنيفة ولم يورد هذا ابو الحسن في المختصر وذكر في الجامع الصغير فقال ان اجاز الذي له الخيار البيع في الثلث او مات صاحب الخيار في الثلث او مات العبد او اعتقه المشتري او حدث في السلعة في الثلث ما يوجب جواز البيع او جاز الخيار ثلثة ايام فالبيع جايز عند ابي حنيفة وقال زفر لا يجوز وبه قال الشافعي لنا ان هذه مدة ملحقة بالعقد مانعة من ابرامه فجاز ان تبرم باسقاطها كالخيار الصحيح ولانها مدة ملحقة بالعقد مانعة من المطالبة فجاز ان تثبت المطالبة باسقاطها كالاجل الصحيح. وجه قول زفر ان العقد وقع فاسدا فلا يجوز بعد فساده كما اذا اسقط الخيار في اليوم الرابع وعلى الشافعي ان هذا بيع شرط فيه شرطا فاذا اسقط الشرط جاز ان يحكم بصحته اصله اذا باع عبدا بشرط العتق ثم اتفقا على اسقاط الشرط. وقد قال اصحابنا انه اذا مضى جزء من اليوم الرابع او شرط الاجل الى الحصاد فابتدا الناس بالحصاد لم يجز العقد بعد ذلك لان الجواز متعلق باسقاط الشرط الفاسد والاسقاط يكون في المدة المستقبلة فاما الماضي فلا يتصور اسقاطه وقد مضى جزء من الفساد فاذا لم يمكن رفعه لم يصح العقد. كان اصحابنا بالعراق يقولون ان هذا العقد فاسد ويصح باسقاط المعنى المفسد واصحابنا بخراسان يقولون انه موقوف يلحقه الاجازة باسقاط الشرط فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد حينئذ. وقد قال اصحابنا قال ابو حنيفة لو ان رجلا اشترى عبدا على انه بالخيار اكثر من ثلثة ايام فالبيع موقوف فان قال المشتري قبل مضي الثلث انا ابطل خياري واستوجب البيع قبل ان يقول البايع شيئا كان له ذلك وتم البيع وعليه الثمن ولم يكن للبايع ان يبطل البيع فان قال البايع قد ابطلت البيع

قبل ان يبطل المشتري خياره بطل البيع ولم يكن للمشتري ان يستوجبه بعد ذلك وان [illegible] حتى مضت المدة فان البيع فاسد [illegible] ولم يكن للمشتري بعد ذلك ان يبطل خياره وهذا نص على وقوف البيع على اجازة المشتري في المدة وجعل للبايع الفسخ قبل الاجازة [illegible] فسخ العقد الموقوف فان اجازه من وقف عليه العقد قبل الفسخ [illegible] العقد وهذا على الاصل [illegible] قال واذا اشترط الخيار ولم يذكر وقتا [illegible] الخيار في الثلث او حدث في السلعة عيب في الثلث او مات المشتري جاز البيع وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة على ما بينا [illegible] وروي بشر ومعلى عن ابي يوسف ان البيع جايز [illegible] وقال محمد البيع فاسد [illegible] ان اجازه جاز [illegible] العقد [illegible] وقول ابي يوسف انه نوع جهالة [illegible] اسقط الخيار جاز [illegible] عند ابي حنيفة [illegible] لان مالك [illegible]

[illegible]

واما تقع بترك النقد في الثلث فهو كبيع الخيار اذا قال المشتري فسخت في المدة. واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة هذا اذا لم يشرط الخيار يجوز في الثلثة ولا يجوز فيما زاد عليها على اصله في شرط الخيار وقال محمد يجوز في الثلثة وفيما زاد عليها على اصله في شرط الخيار واما ابو يوسف فقال القياس عنده اصله في شرط الخيار وانما اجزته في الثلثة لما روي عن ابن عمر وما زاد على ذلك على القياس. واذا كان الخيار للبايع فالمبيع على ملكه وللشافعي فيه ثلثة اقاويل احدها ان المبيع ملك بالعقد والثاني بالعقد واسقاط الخيار والثالث اذا سقط الخيار بان ان الملك وقع بالعقد والدليل على ما قلناه ان المشتري لا يجوز له التصرف في المبيع مع وجود القبض باذن البايع فصار كبيع الموقوف. ولان عتق البايع ينفذ في المبيع ولو كان المشتري ملكه لم ينفذ عتق غيره فيه كما بعد اسقاط الخيار. قال ابو حنيفة اذا كان الخيار للمشتري خرج المبيع من ملك البايع ولم يدخل في ملكه وقال ابو يوسف ومحمد يدخل في ملك المشتري واتفقوا ان الثمن لا يخرج من ملك المشتري.

وجه قول ابي حنيفة ان الثمن على ملك المشتري لان من شرط له الخيار لا يزول ملكه عما هو من جهته كالبائع واذا كان الثمن على
ملكه فلو قلنا انه يملك المبيع اجتمع في ملكه البدل والمبدل بعقد البيع وهذا لا يجوز فان الزم على هذا العبد اذا جنى في يد
الغاصب فاخذه مولاه فجنى عنده فدفعه بالجنايتين ورجع على الغاصب بنصف القيمة فياخذها ولي الجناية الاولى وهو بدل عن
نصف العبد الذي سلم له فقد اجتمع البدل والمبدل في ملكه فقد احترزنا عن ذلك بقولنا بعقد البيع ولان هناك حصل له
بعض البدل عبارة عن جميع القيمة فان الزموا عليه الاجارة اذا شرط فيها تعجيل الاجرة ان المواجر ملك الاجرة والمنافع لم تملك
عليه لم تلزم لانا قلنا بعقد البيع ولان المنافع هناك ليست على ملك المواجر ايضا فلم يجتمع له البدل والمبدل فان الزم
على هذا الهبة بشرط العوض اذا سلم الواهب العين ولم يقبض العوض فاجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض
فالجواب ان الهبة عقد تبرع فلا يثبت العوض فيها الا بالتقابض فاذا سلم العين ولم يتسلم ما شرطه فليس بعوض
قبل التسليم فان الزم على هذا من باع عبدا بجارية وشرط لنفسه الخيار وقبض الجارية ولم يسلم العبد حتى اعتقهما نفذ عتقهما
فحصل له العوض والمعوض قلنا اذا اعتقها فسد البيع في الجارية فصار عوضها القيمة دون المسمى وقد زال ملكه عن القيمة بنفس
العتق فلم يجتمع له العوض والمعوض فان الزم على هذا البيع الفاسد اذا قبضه المشتري انه يملكه بالقبض وعوضه على ملكه فالجواب
عنه ما ذكرنا ان عوض البيع الفاسد القيمة دون المسمى وقد زال ملكه عن القيمة حين ملك المبيع ووجه آخر في نفس المسألة
ان ما منع الملك في احد العوضين منع في الآخر كالشرط الفاسد ووجه قولهما ان المبيع خرج من ملك البائع فلو لم يملكه
المشتري بقي ملكا لا مالك له وهذا لا يوجد في المبايعات فاذا ثبت هذا الاصل فقد قالوا على هذا الاصل اذا باع عبدا بجارية
على ان بائع العبد بالخيار فالعبد على ملك بايعه والجارية خرجت من ملك المشتري ولم تدخل في ملك البائع عند ابي حنيفة
وقال ابو حنيفة لو كانت الجارية بنت البائع لم تعتق ولو كانت زوجته لم يفسد النكاح لانه لم يملكها وعلى قولهما تعتق
عليه ويفسد نكاح امراته على اصلهما انه ملكها ولو اعتق البائع العبد جاز عتقه في قولهم وانتقض البيع لان العبد على
ملكه فاذا اعتقه فقد اتلف الملك فيه ولو اعتق الجارية دون العبد جاز عتقه في قولهم اما على قول ابي يوسف
ومحمد فلانها على ملكه واما على قول ابي حنيفة فلانه يملك ابطال الخيار وتصرفه في الجارية ابطال لخياره فينفذ عتقه
ولو اعتقهما جميعا جاز ونفذ عتقه فيهما وانتقض البيع وكان عليه قيمة الجارية في قول ابي حنيفة لان عتقه العبد على ملكه
والجارية وان لم يملكها فتصرفه فيها جائز لان الخيار يبطل به فاذا اعتقهما معا عتقا وفسد البيع لانه اتلف المبيع قبل
التسليم والبيع الفاسد يجب فيه القيمة فاما على قولهما فخياره يمنع من خروج المبيع من ملكه ولا يمنع من دخول الجارية
في ملكه فهما ملك له فلذلك نفذ عتقه فيهما فاما المشتري فلا ينفذ عتقه في الجارية ولا في العبد اما
العبد فعلى ملك بايعه واما الجارية فقد خرجت من ملكه في قولهم وان اختلفوا في دخولها في ملك البائع واما
اذا باع بشيء في الذمة وشرط الخيار وابرا البائع المشتري من الثمن او اشترى به منه شيئا او ساومه فذلك فسخ واجازة للبيع
وبراءته جائزة وكذلك هبته للثمن وهذا قول ابي يوسف ومحمد وقياس قول ابي حنيفة وذلك لان من له الخيار
يملك امضاء البيع وفسخه فاذا تصرف في البدل دل على امضائه للبيع الا ترى انه لو اراد الفسخ لم يتصرف في الثمن الذي لا
يستحقه عند الفسخ قال محمد ولو اشترى بالثمن شيئا من غير البائع كان اجازة للبيع ولا يجوز الشرى وذلك لان العقود
عليه وان لم يصح فلا يكون ادون من المساومة والسوم يبطل الخيار ولو كان البائع قبض الثمن فاشترى به شيئا او
وهبه او عرضه على بيع لم يكن ذلك اجازة للبيع لان هذا الثمن لا يجب عليه رده عند الفسخ بعينه على اصلنا ان الدراهم
لا تتعين بالفسخ كما لا تتعين بالعقد واذا لم يستحقها المشتري بعينها لم يكن تصرف البائع فيها اجازة وليس كذلك
قبل القبض لانه لا حق له في ذمة المشتري الا ما هو ثمن فاذا اشترى به فقد تصرف في نفس المبيع فكان اجازة
قال ابو يوسف اذا كان المشتري بالخيار فابراه البائع من الثمن فالبراءة باطلة والبيع على حاله فان اجاز المشتري بري
من الثمن فابرا البائع وقال في الزيادات هذا استحسان وانما لم تجز البراءة قبل اسقاط الخيار لان خيار المشتري يمنع خروج
الثمن من ملكه فاذا ابرا البائع فقد ابرا من دين لا يستحقه فلم تصح براءته وانما لم يكن ذلك اجازة لانه لم يتصرف في
الثمن الا ترى ان الثمن لم يكن ثمنا الا بالاجازة واما اذا اجاز المشتري فوجه قول ابي يوسف ان البائع ابرا من حق
لم يجب فاذا وجب لم يحتمل تلك البراءة فيه كالابراء من دين لم يجب عليه ثم وجب ووجه قول محمد ان الاجازة تستند
الى العقد فيصير جائزا من اصله ولهذا يستحق المشتري الولد والزيادة فكان العقد وقع في الاصل باتا فتصح البراءة
وقد ذكر ابو الحسن بعد هذا ما يسقط الخيار وما لا يسقطه ولم يستوفه ونحن نذكره مستوفى واذا وجد على غير نظم الكتاب فليعلم
الغرض به وكل ما ذكره داخل في ضمن ما نذكره وجملة هذا انه من باع عبدا على انه بالخيار ثلاثا وسلمه او لم يسلمه ثم ان البائع اخرجه
من ملكه او احدث فيه ما يمنع من البيع مثل التدبير والكتابة والرهن والاجارة او خاطب على تزويجه او على ما يمنع من بيعه فهو
نقض للبيع وذلك لان المبيع على ملك البائع وهو مخير بين تبقية العقد وفسخه فاذا فعل ما يدل على اختيار الفسخ كان فسخا
الدليل عليه قوله لبريرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك فجعل تمكينها من الوطء دلالة على اسقاط الخيار فدل على
ان من خير بين امرين ففعل ما يستدل به على احدهما كان اختيارا لذلك وهذه المعاني التي ذكرناها تدل على اختيار
البائع للفسخ فكانت فسخا فان كان المشتري بالخيار ففعل في المبيع شيئا من ذلك فهو امضاء للبيع لانه مخير بين الاجازة والفسخ
وتصرفه في المبيع يدل على اختيار الاجازة وكذلك اذا فعل البائع ما لا يحل له الا مع نقض البيع فهو نقض وان فعل المشتري
ما لا يجوز له الا مع جواز العقد فهو اجازة للعقد وهذا مثل ان يطا احدهما الجارية او يقبلها بشهوة او يباشرها بشهوة
او ينظر الى فرجها بشهوة وذلك لان هذا استمتاع لا يباح الا في الملك فاذا فعله احدهما دل على اختياره الملك فان نظر
الى الفرج لغير شهوة لم يكن ذلك اجازة لان ذلك لا يقف على الملك الا ترى ان الطبيب يجوز له النظر وكذلك القابلة
فان قبلت الامة المشتري لشهوة واقر المشتري انها فعلت ذلك بشهوة فان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة ان
المطلقة اذا فعلت ذلك كان رجعة قال ولو كان هذا في امة اشتراها وهو بالخيار فيها او كان له خيار رؤية او كان البيع
باتا فوجد بها عيبا ثم قبلته الامة لشهوة من غير ان يشتهيها واقر الرجل ان الجارية اشتهته فهذا مثل الاول وهو
رضا بالعيب قال وهذا في البيع اضعف منه في الطلاق والقبح ولكن القياس واحد وروي عن ابي يوسف ان البيع يجوزه
وقال بشر عنه في الاملاء اذا فعلت الامة ذلك اختلاسا وهو كاره لم يكن ذلك رجعة ولا اختيارا للبيع وقال محمد لا يكون
فعلها اجازة للبيع وجه قول ابي حنيفة ان تقبيلها له يتعلق به من الحكم ما يتعلق بتقبيله لها بدلالة التحريم ومعلوم
انه لو قبلها سقط الخيار فكذلك اذا قبلته وليس يمتنع ان يسقط الخيار بفعلها من طريق الحكم كما يسقط اذا جنت
على نفسها وجه قول محمد ان الخيار يسقط بالرضا او بنقص يوجد بالمبيع ولم يوجد من المشتري رضا ولا نقص بالمبيع
فبقي الخيار بحاله وانما قال ابو حنيفة ان هذا في البيع اضعف منه في النكاح وان كان قياسه لان النكاح عقد بين
الرجل والمراة فيجوز ان يستوي فعلهما في احكامه وعقد البيع انعقد بين المتبايعين والامة معقود عليها وليست
بعاقدة فلم يعتبر فعلها في احكام العقد الا ان هذا الفرق لا يمنع الجمع بينهما من الوجه الذي ذكرنا ولان الخيار يجوز ان
يسقط بغير فعل احد المتعاقدين كالاجنبي اذا جنى على المبيع فاما المباضعة فهي اختيار مكرها كان او مطاوعا وهذا
ظاهر على قول ابي حنيفة لانه اذا ابطل الخيار بالقبلة فالوطء اولى فاما محمد فيقول ان الوطء نقص الا ترى انه لو وجد من
غير المشتري منع من الرد بالعيب فكذلك اذا وجد من المشتري بغير اختياره وقد قالوا في المباشرة اذا ابتدات
بها مكرهة ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو رجعة واختيار للبيع لان البقاء على هذا رضا فيصير كانه ابتدا فكان اختيارا
وروى هشام عن محمد في المشتري يقبل الجارية ثم يقول قبلتها لغير شهوة فالقول قوله لان الشهوة لا تعلم الا من جهته
فيرجع الى قوله فيها وان حدث في السلعة عيب لا من فعل احد بيد المشتري وله الخيار بطل خياره وسواء كان ذلك
بفعل البائع او اجنبي او من غير فعل احد وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره ان البيع لا يلزم المشتري بجناية البائع
وليس هذا كالاجنبي لانه ليس للبائع ان يوجب البيع على المشتري بفعله والمشتري بالخيار ان شاء امسكه وان شاء
رده قال وكان ابو يوسف يقول يجب على المشتري بفعل البائع كفعل المشتري والاصل في هذا ان المشتري
لا يملك الرد على البائع بعد حدوث العيب لانه تفريق الصفقة عليه في الاتمام الا ترى ان خيار الشرط يمنع تمام
الصفقة وكل واحد من المتعاقدين لا يملك تفريق الصفقة على الآخر في الاتمام واما وجه قول ابي يوسف
اذا كان العيب بفعل البائع وهو قول ابي حنيفة ان امتناع الرد بالعيب ثبت من طريق الحكم الا ترى انه اذا
كان بفعل اجنبي منع وهذا موجود في فعل البائع ولان الشيء خرج من ملك البائع فاذا سلم الى المشتري فليس له
في هذه العين يد ولا ملك فصار كالاجنبي والاجنبي لو جنى على المبيع سقط الخيار كذلك هذا ووجه قول
محمد ان البائع انما شرط للمشتري الخيار لكي يقف تمام العقد على رضاه والبائع فيريد الزامه ذلك بغير
رضاه وهذا ضد ما شرطه وليس هذا كفعل الاجنبي لانه حدث هناك نقص مضمون على المشتري فمنع الرد على
البائع لانه لم يرض بعود المبيع اليه بعيب فاذا كان العيب بفعله فقد رضي فلا يمنع الرد اذا ثبت هذا قال ابو يوسف
قد لزم المشتري البيع ويرجع على البائع بالارش وذلك لان البيع قد تم فيه باول جزء من النقص فصارت
جناية البائع على ملك غيره فلزمه ارشها كالاجنبي اذا جنى فان اصاب المبيع ذلك في يد البائع والخيار للبائع
فهو على خياره الا ان يكون ذلك بفعله فينتقض البيع فاما اذا كان بغير فعله فهو على اختياره وذلك لان
حدوث العيب لا يمنع من نقل الملك واختيار البائع للاجازة نقل للملك فلا يمنع العيب الا انه في اختيار
الاجازة فالمشتري بالخيار ان شاء رضي وان شاء لم يرض لانه دخل في العقد ليسلم له مبيع صحيح فاذا حدث عيب
لم يرض فقد ثبت له الخيار كالحادث في يد البائع والبيع بات فان حدث في يد المشتري عيب يجوز ارتفاعه
كالمرض فهو على خياره وليس له ان يفسخ الا ان يرتفع العيب في الثلث فان مضت الثلث قبل ارتفاعه جاز البيع
وذلك لان العيب اذا زال ارتفع النقص وصار كان لم يكن وما منع الفسخ اذا كان مراعى فالفسخ مراعى فان زال
في الثلث فكانه لم يكن فيثبت للمشتري الفسخ وان لم يزل لم يجز رد المعيب بعيب لم يكن في يد البائع فان مضت
الثلث فات الفسخ فصار كانه قد اجاز البيع ولو ركب المشتري الدابة لينظر الى سيرها وقوتها فهو على خياره
وكذلك لو لبس الثوب لينظر الى مقداره لان الخيار انما شرط لهذا ففعله لا يبطل الخيار فان ركبها لحاجته او لسقي
او حمل عليها حملا فهو رضا لان هذا تصرف في المبيع لا يستحق الخيار لاجله وهو ان قص حوافر الدابة او اخذ من عرفها
فليس برضا وذلك لانه اصلاح يحتاج اليه وان ودجها او بزغها فهو رضا لانه نقص فيها
واتلاف جزء من اجزائها وان حمل عليها علفا لها قال ابو يوسف في الاملاء هذا رضا لانه يمكن حمل العلف على
غيرها فصار حملها كحمل غيره وان كانت شاة فحلبها وشرب لبنها قال ابو يوسف قال ابو حنيفة هذا رضا قال
هشام عن ابي يوسف مثله وقياس قول ابي حنيفة اذا حلب اللبن ولم يشربه لم يكن له ان يردها قال هشام قلت
لابي يوسف ما تقول انت فلم يجبني واظنني سمعته يقول انه رضا قال هشام وقال محمد اذا حلبها انقطع خياره

وذلك ان الطلب فيما انفصل منها لا يقع عليه العقد وما لم يقع عليه العقد لم يقع عليه الفسخ ولا يجوز الفسخ على ذوي النما المتولد
عنها فسقط الفسخ ه فان سكن المشتري الدار او اسكنها رجلا باجر او بغير اجر او رم فيها شيئا او [illegible]
او نقلها او هدم منها شيئا [illegible] لانه تصرف يستدل به على الرضا وكذلك ان اسقط منها حايطا او [illegible]
نقض في المعقود عليه ه ولو كان [illegible] البايع [illegible] وشرط المشتري الخيار [illegible]
المشتري [illegible] فهذا رضا لان [illegible] الا على الرضا بالمبيع ه وان كان في الارض حرث فسقاه او
حصده او فصل منها شيئا [illegible] دوابه فهذا رضا لانه تصرف [illegible] على الاختيار [illegible] نقص في المعقود عليه
[illegible] فليس برضا لان [illegible] لا يقف على الملك الا ترى ان المالك لا
يملك المنع منه [illegible] باجازة البيع ه ولو استعمل [illegible] البايع والخيار له
فهذا نقض لانه تصرف في المعقود عليه فان كان الخيار للمشتري [illegible] فليس برضا لان المشتري [illegible]
مقدار [illegible] وهذا انما [illegible] الخيار لاجله ه ولو ركب المشتري الدابة ليسقيها او يردها على البايع فالقياس
ان يكون رضا [illegible] والاستحسان انه ليس برضا لان الدواب قد [illegible]
[illegible] الا بالركوب [illegible] الى الرد الا ترى انه لو لم يسقها [illegible]
الرد [illegible] فلا يكون اختيارا ه واذا فات بعض المبيع في يد المشتري جاز البيع سواء كان شيئا واحدا
او اشياء من الدواب والرقيق والثياب اذا هلك احد هذه الاشياء او ذهب بعضه تم البيع على المشتري
اذا كان الخيار له [illegible]
بعض دون بعض وكذلك ان كان الخيار للبايع [illegible] كان المبيع مقبوضا او غير مقبوض
الا ان يرضى المشتري وهذا على ما قدمنا ان [illegible] المتعاقدين لا يملك تفريق الصفقة على الاخر [illegible]
[illegible] خيار الشرط [illegible] على ما قدمنا [illegible]
الملك والثاني عدم القبض [illegible] عليه والثالث
خيار الرؤية [illegible] من تمام الصفقة
فاذا ثبت ان الصفقة لم تتم [illegible] في البعض [illegible] في البعض [illegible]
الصفقة على [illegible] الا ترى انه دخل في العقد ليسلم له
الجملة [illegible] ه وقد قال ابو يوسف في الخيار اذا كان للبايع وقبض المشتري المبيع فهلك
بعضه او [illegible] قول ابي حنيفة وروى ابن سماعة عن محمد قال اذا
كان [illegible] وان كان مكيلا او موزونا او معدودا
غير متفاوت فهلك بعضه فللبايع ان يلزمه البيع فيما بقي وجه قول ابي يوسف ان ما هلك من المبيع مضمون على
المشتري والاجازة تستند الى العقد فكانه كان عقدا ثابتا فهلك بعضه قبل العجز على وجه يجب قيمته مثل ان
تتلفه اجنبي فلا ينفسخ البيع فيه واما محمد فيقول ان خيار البايع يمنع الملك وهو بالاجازة يبتدي التمليك فيستحيل
ان يملكه بالعقد ما قد هلك فبقي ان يملكه الباقي فان كان مما يتفاوت فحصته من الثمن مجهولة فلا يجوز كما لو
ابتدا بيعه بحصته وان كان غير متفاوت فحصته من الثمن معلومة فيجوز الاجازة فيه كما لو باعه ابتداء ه وقد روى بشر
عن ابي يوسف قال اذا هلك احد العبدين في يد البايع لم يكن له ان يلزم المشتري الباقي الا ان يرضى المشتري وهذا صحيح
لان الهالك غير مضمون على المشتري والاجازة في الباقي تفريق الصفقة فلا يجوز الا برضا المشتري ه وليس كذلك اذا
هلك في يد المشتري لانه في ضمانه فالاجازة تقع فيهما جميعا ه ولو كان المبيع شيئا واحدا فدخله عيب في يد المشتري
والخيار للبايع فللبايع ان يلزمه البيع فيه ولا خيار للمشتري لاجل العيب وذلك لان العيب حدث في ضمانه فحدوثه لا يمنع
الاجازة ه وللبايع ان يفسخ البيع ويضمن المشتري ما نقص لان العيب لا يمنع الفسخ وقد كانت العين مضمونة على
المشتري بالقبض فيضمن ما نقص منها ه فان استهلك فاستهلك المبيع في يد المشتري واخذ قيمته فللبايع ان يلزمه
البيع وياخذ الثمن في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال ابو يوسف بعد ذلك ليس للبايع الزامه الا ان يرضى المشتري
وجه قول ابي حنيفة ان الجناية حصلت والمبيع في ضمان المشتري وقد قامت القيمة مقام العين فاذا اجاز البايع
استندت الاجازة الى حال العقد فكانه كان عقدا جائزا اقبض المشتري المبيع منه فاستهلكه في يده واما ابو يوسف
فيقول التمليك يتعلق بالاجازة وان استند الى حال العقد فيعتبر فيه الطرفين وقد تغير صفة المبيع فكان للمشتري
الخيار كما لو تغيرت قبل القبض ه قال ابو الحسن واذا كان المبيع شجرا او نخلا او كرما فقبضه المشتري وله الخيار فاثمر
في يده جاز البيع وبطل الخيار وكذلك ان كان المبيع شيئا من الحيوان فولدت في يد المشتري وكذلك اللبن ان حلبه او
جز الصوف استهلكه او لم يستهلكه وذلك لان هذه الزيادة لم يقع عليها العقد فلا يجوز ان يقع عليها الفسخ واذا
تعذر الفسخ تم العقد ه قال ابو الحسن فاما ما لم يزل عن المبيع ولم يباينه مما لا يجوز بيعه منفردا انما هو متعلق
به والخيار قايم فان كان حدث في يد المشتري ففي هذا اختلاف رواية بيناها في الجامع الكبير وهذا الذي ذكره في الزيادة
المتصلة اذا حدثت في يد المشتري ظاهر على قول محمد لان من مذهبه ان الزيادة المتصلة لا تمنع الرد بالعيب ولا تمنع الفسخ في
المهر بالطلاق فكذلك لا تمنع الفسخ بخيار الشرط فاما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فمن اصلهما ان الزيادة المتصلة كالمنفصلة

في منع الفسخ بخيار العيب والفسخ في المهر فكذلك في الفسخ بخيار الشرط وهذا ظاهر على قولهما ه ذكر محمد في الاصل فيمن اشترى
عصيرا فصار خمرا قبل القبض ان البيع باطل وهو قول محمد وروى الحسن عن ابي حنيفة وابي يوسف ان البيع جائز وكان ابو الحسن يقول
معنى قوله في الاصل البيع باطل اي للمشتري ان يبطله وجه قولهما انه طرا على العقد ما يوجب تحريم مثله الا ترى انه كان
عقدا على العصير ومثل ذلك العقد جائز وانما تغيرت صفة المعقود عليه وهذا يثبت الخيار وجه قول محمد وهو ظاهر
الاصل ان تقابض المسلم الخمر لا يجوز لان القبض يملك به التصرف والمسلم لا يجوز له تمليك الخمر ولا تملكها فكذلك
لا يجوز له تملك التصرف فيها ه فاما الذي تاول ابو الحسن عليه ما في الاصل فهو غير ظاهر وقد استدل عليه باستشهاد
محمد في الاصل وهو انه قال لو صارت خلا قبل الفسخ كان للمشتري ان ياخذها قال ابو الحسن فلو كان العقد قد بطل لم
يملك المشتري اخذها وهذا ليس بصحيح لانه لا يمتنع ان ينفسخ العقد ظاهرا ويصح بزواله كما في الشروط الملحقة ه
وقد قال ابو يوسف فيمن اشترى عصيرا او قبضه والمشتري بالخيار فصار خمرا قبل مضي الثلث فقد لزم البيع وعليه
الثمن وذلك لان هذا عيب حصل بالمبيع في مدة الخيار فسقط الخيار ه ولو كان الخيار للبايع فروى بشر عن ابي يوسف
ان البايع على خياره فان سكت حتى مضى وقت الخيار جاز البيع على المشتري في الثلث وقال بعد ذلك قد انتقض البيع
وعلى المشتري عصير مثل عصيره وجه قوله الاول ان الخيار اذا كان للبايع فحدوث العيب لا يبطل خياره وقد امكن
ان تغير العصير لا يفسد البيع فبقي خياره على حاله ه وجه الرواية الثانية ان المبيع على ملك البايع وانما ينتقل الملك
فيه بالاجازة ولا يجوز للمسلم نقل الملك في الخمر ه ولو كان الخيار للبايع فصار خمرا في يد المشتري فلم يختصما حتى
صارت خلا واختار البايع ان يلزم البيع فرضي به المشتري فالمشهور عنهم انه لا يحتاج الى رضا المشتري وذلك لان
تغير العصير الى الخمر لم يبطل العقد على ما بينا فاذا صار خلا جاز نقل الملك فيه على الروايتين عن ابي يوسف فلا يحتاج
الى رضا المشتري لان العيب حدث والمبيع في ضمانه فلا تقف الاجازة على رضاه ه ولو تبايع الذميان خمرا على ان
المشتري بالخيار فاسلم المشتري قبل ان يختار وقد قبض الخمر بطل البيع في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد [illegible]
البيع وجه قول ابي حنيفة ان خيار الشرط يمنع تمام الصفقة كعدم القبض ولو تبايع الذميان خمرا ثم اسلما قبل
قبضها بطل البيع كذلك اذا اسلم مع الخيار ه وجه قول ابي يوسف ان الخمر في ملك المشتري على اصلهما ان خيار
المشتري لا يمنع انتقال الملك اليه وبالفسخ ينتقل المبيع الى البايع فلا يجوز له النقل بعد الاسلام واذا تعذر الفسخ
تم البيع ه ولو كان الخيار للبايع فاسلما او اسلم البايع كان البيع باطلا وذلك لان الخمر على ملك البايع وبالاجازة
ينقلها عن ملكه والمسلم لا يجوز له نقل الملك في الخمر ه ولو لم يسلم البايع واسلم المشتري لم يبطل البيع
لان العقد اذا كان الخيار فيه للبايع فقد تم في جهة المشتري بدلالة انه لا يملك فسخه وانما يقف تمامه على فعل
البايع والبايع ذمي يصح نقله للملك في الخمر فينتقل باجازته ويصير المشتري كالمالك لها قبل الاسلام ه ولو
لم يتقابضا فاسلم الذي له الخيار بطل البيع وذلك لان البيع لو كان باتا واسلما بطل لانه طرا على العقد قبل
القبض ما يوجب تحريم مثل ذلك العقد فاذا كان فيه خيار اولى ه

باب الرجل يبيع على غيره ويشترط الخيار ه

قال ابو الحسن رحمه الله واذا باع الاب او الوصي
او المضارب او الشريك شركة عنان او مفاوضة او وكيل ببيع او شرا فمن شرط من هولاء الخيار لنفسه او للذي عاقده فهو جايز
والحكم فيما بين المتعاقدين في جميع ذلك مثل ما قدمته لك من امر البايع لنفسه او شراه لنفسه سواء فيما يجوز وفيما ينتقض
لا يختلفان في شي من ذلك ما كانت ولايته التي جاز بها بيعه وشراوه على غيره قايمة ه واما جواز شرط الوصي الخيار فلانهما
يتصرفان على الصغير من طريق الاحتياط وقد يكون شرط الخيار احوط فجاز شرطهما ه واما من سواهم ممن ذكره فيتصرف بالامر
والامر عام في البيع المشروط فيه الخيار والمطلق فجاز جميعا لانهما فيه كالعاقدين لانفسهما لمعنى في الاجازة والفسخ لانهما
من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين واما قوله ما دامت ولايته التي بها ملك العقد باقية فانما احترز به عن
مسئلة لم يذكرها ونحن نذكرها وهي اذا باع الوصي او الاب او اشتريا للصغير وشرطا الخيار فبلغ الصبي في مدة الخيار فروى محمد
عن ابي يوسف في الزيادات ان البيع قد تم وبطل الخيار وقال محمد ليس للوصي ان يجيز وقد انتقلت الاجازة الى الصبي
وللوصي ان يفسخ وروى ابو سليمن عنه ان البيع لا يجوز [illegible] وقت الخيار حتى يجيزه الصبي وروى ابن سماعة عن محمد ان وقت
الخيار اذا مضى بعد البلوغ او قبل ذلك جاز البيع وجه قول ابي يوسف ان الصبي اذا بلغ بطل تصرف الوصي عليه ومن
شرط له الخيار اذا بطل تصرفه سقط خياره فلم يجز ان ينتقل الى غيره كما لو مات المشتري لم ينتقل الخيار الى ورثته وجه
قول محمد ان الوصي يتصرف للصغير والخيار ثبت لحقه وانما كان لا يملك التصرف لصغره فاذا بلغ قدر على التصرف فلم يجز
للوصي ان يلزمه بعد بلوغه شيئا بغير رضاه واما الفسخ فقد ملكه الوصي بالعقد وليس فيه الزام حق للصغير فبقي ملكه
فيه كما كان قبل بلوغه ه واختلفت الرواية عنه في مضي مدة الخيار فقال في احدى الروايتين لما مضت المدة لزم البيع
الصبي حكما لاستحالة بقاء الخيار بعد المدة واذا لزمه بفعل كان من الوصي قبل البلوغ فينفذ عليه ه وقال في الرواية
الاخرى طريان البلوغ في مدة الخيار يصير كالموجود في الابتداء ومن باع ملك الغير بغير امره وشرط الخيار لنفسه
فله ان يفسخ ولا يلزم العقد المالك الا باجازته وان مضت مدة الخيار ه ونظير هذه المسئلة اذا باع المكاتب وشرط
الخيار لنفسه فعجز في الثلث تم البيع في قولهم وذلك لان عجز المكاتب كموته بدلالة انه يوثر في بطلان التصرف
وانتقال الاكساب الى غيره وموت من له الخيار يبطل الخيار كذلك هذا ه ونظير هذا اذا باع الماذون وشرط

الخيار فحجر المولى عليه في الثلاث بطل الخيار في قول ابي يوسف واحدى الروايتين عن محمد وروى اصحاب الاملاء عن محمد ان الحجر
لا يبطل الخيار والخيار للمولى الا انه لا يملك الاجازة ان كان على العبد دين حتى يقضيه وروي عنه ان الخيار للعبد قائم كانه
لم يحجر عليه وجه قول ابي يوسف ان الحجر على الماذون يبطل تصرفه كعجز المكاتب وكموت الحر وجه قول محمد ان
الماذون ينتقل ما يتصرف فيه الى المولى وما يبيعه فهو ملك المولى فصار كالوكيل اذا عزل فلا يبطل خياره ولهذا
جعل الخيار له في احدى الروايتين لانه ملك ذلك العقد فالحجر لا يوثر فيه كما لا يوثر عزل الوكيل ونقل الاجازة في
الرواية الاخرى الى المولى لان المولى اقامه مقامه في حقوقه حكما فكانه وكله بالخيار قال ابو الحسن وهذا
الاختلاف اذا لحقه دين بعد الحجر لانه قال في احدى الروايتين خياره قائم يعني الفسخ وقال في الرواية الاخرى
يجوز له الاجازة فقد اتفقت الروايتان لانه لا يملك الاجازة ويملك الفسخ وقال في الاب والوصي اذا اشتريا
للصغير شيئا بدين في الذمة وشرطا الخيار ثم بلغ الصبي فلجاز الاب والوصي جاز العقد عليهما والصبي بالخيار فان
اجاز العقد لزمه وان فسخه لزم العقد الاب والوصي وذلك لانهما لا يملكان الاجازة على الصبي بعد البلوغ كما
... فاذا اجازاه لا يملكان الاجازة في حقهما فان فسخ الصبي لم يبق الا حق البائع وحق الوصي وقد اجاز الوصي فلزمه
الشرى في نفسه فان اجاز الصبي تم البيع عليه بعقد الوصي وكان الثمن عليه قال ابو الحسن واذا اشترى الرجل
عبدا او شرط الخيار لغيره فالخيار للمشتري وللمشروط له جميعا بمنزلة الوكيل للمشتري وقال الشافعي اذا شرط
المشتري الخيار لغيره على وجه التوكيل في الفسخ والامضا جاز ولو شرط لا على وجه التوكيل ففيه قولان والدليل على
ذلك ان هذا الخيار مشروط في العقد فهو من حقوق العقد وحقوق العقد تثبت للعاقد فلما شرط لغيره ثبت له حكم
العقد فصار المشروط له قائما مقامه وعلى الشافعي انه علق الفسخ بفعل غيره فصار كما لو شرط على وجه التوكيل ولانه
خيار مشروط في البيع لمن يصح تصرفه كالخيار المشروط للمشتري واذا ثبت ان الخيار للمشتري والاجنبي وكيله فايهما
سبق في الاجازة والنقض جاز ما صنع لان كل واحد منهما لما كان له الخيار ملك به الاجازة والنقض فاذا سبق احدهما
بالنقض والفسخ انفسخ العقد فلا اجازة للاخر لا عقد وان سبق احدهما بالاجازة سقط الخيار ففسخ الاخر بعد ذلك ولا خيار فلا
يصح فسخه وان فسخ احدهما واجاز الاخر ووقعا معا فالفسخ اولى لان الفسخ لا يلحقه الفسخ من جهة العاقد والاجازة يلحقها
الفسخ من جهتهما الا ترى انه لو ظهر على عيب رد المبيع به ومتى اجتمع ما يلحقه الفسخ وما لا يلحقه الفسخ وتساويا كان ما لا يلحقه
الفسخ اولى وروي عن ابي يوسف انه قال الاجازة اولى لانه اذا تساوى ما يوجب فسخ العقد وما يوجب تصحيحه
كان ما يتضمن التصحيح اولى قال ابو الحسن وان وكل رجل رجلا ببيع عبد له وامره ان يشترط له الخيار فباع المامور
ولم يشترط الخيار للامر فبيعه لا يجوز على الامر وهذا كمن باع عبد رجل بغير امره وذلك لانه وكله بعقد لا يزول ملكه
فيه الا برضاه فاذا لم يشترط له الخيار فقد عقد عقدا خلاف ما امره به فلا يجوز فان باع واشترط الخيار للامر
كما امره فليس له ان يجيز البيع على الامر وللامر ان يجيز لانه انما امره بشرط الخيار له حتى لا يزول ملكه الا باختياره
فاذا اجاز الوكيل فقد نقل الملك بغير اختيار الموكل فلا يصح فان امره ان يشتري له عبدا ويشرط الخيار للامر
فاشتراه بغير خيار فهو لازم له دون الامر وذلك لان الوكيل خالف المولى فيما امره به فيصير مشتريا لنفسه كما لو ابتدا
الشرى بغير امره

باب الرجل يشتري شيئين على انه بالخيار في احدهما

قال ابو الحسن رحمه الله اذا اشترى الرجل ثوبين او عبدين على انه بالخيار في احدهما فيما بينه وبين ثلاثة ايام يمسك ايهما شاء بثمن معلوم
ويرد الاخر فهو جائز استحسانا في ثوبين وثلثة ولا يجوز في اكثر من ذلك اربعة وما زاد وقال الشافعي البيع باطل وهو القياس
ووجهه ان المبيع مجهول وجهالة المبيع تمنع صحة العقد كما لو باع ثوبا من اربعة اثواب وكما لو باع ثوبا من ثوبين بغير خيار
وجه الاستحسان ان هذه جهالة ترتفع في الثاني بفعل احد المتعاقدين فصار كبيع قفيز من صبرة وعلى الشافعي ان كل
جملة جاز البيع عليها جاز البيع على بعضها غير معين كالصبرة وكما لو اختلط عبده بعبد غيره فباع عبده من صاحب العبد الاخر
ولا يلزم في هذا العقد من الخيار لان الخيار حتى لم يشترط ثبتت الجهالة الا ترى انه ليس للمشتري اختيار احد العبدين ولا للبائع
ان يعين في الاخر فاذا شرط الخيار تعين المبيع بفعل احدهما فلم تثبت الجهالة فجاز وقد ذكر في الاصل جواز العقد
اذا شرط الخيار ولم يشترط فيه مدة معلومة وذكر ابو الحسن انه لا بد من خيار معلوم وكذلك حكاه الطحاوي
عن محمد وكان ابن شجاع يقول لا يحتاج الى توقيت الخيار على ظاهر الاصل والصحيح ما ذكره ابو الحسن لانه خيار مشروط والخيار
المشروط لا يجوز غير موقت كما لو شرط في عبد واحد ووجه ما قال ابن شجاع ان عدد الثياب جعل عوضا عن عدد
الايام ولذلك جوز ثلثة اثواب ولم يجوز فيما زاد على الاربعة فلذا فهم مقدار المدة لم يحتج الى ذكر المدة وانما قلنا انه
لا يجوز في اكثر من ثلثة اثواب لان الجهالة تكثر في الاربعة الا ترى انه لا يتفق فيها من ثوبين على صفة واحدة فيحتاج الى اختيار الجيد
من الردي والوسط ثم اختيار احد الجيدين فيكثر الجهالة فلا يصح العقد وليس كذلك الثلثة لان فيها جيدا ووسطا ورديا
فهو لا يحتاج الى اكثر من اختيار واحد فتقل الجهالة فيجوز قال ابو الحسن واذا وقع البيع على هذا فقبض المشتري فما
احدهما ملك المشتري مضمون عليه بالثمن والاخر في ملك البائع امانة في يد المشتري وذلك لان احدهما مبيع والمشتري اذا
قبض المبيع كان مضمونا عليه والاخر ليس بمبيع وقد اخذه باذن مالكه لا على طريق البدل والوثيقة فكان امانة كالوديعة
قال ابو الحسن وان تصرف المشتري في احدهما بما ذكرت لك انه يبطل الخيار او حدث ما يوجب البيع من سائر ما ذكرت
لك من الوجوه في عبد منهما بعينه فقد لزم المشتري بما سمي له من الثمن ويرد الاخر على البائع وذلك لما بينا انه

مقبوض بشرط الخيار والمشتري اذا تصرف تصرفا يدل على الرضا فانه ذلك اختيارا للمبيع فيتعين هو المبيع وكذلك اذا حدث
باحدهما عيب لانه لا يملك الفسخ فيه مع العيب واذا سقط الفسخ تعين المبيع قال ابو الحسن وان حدث ذلك في العبدين معا
او تصرف المشتري فيهما جميعا وهما باقيان هو على خياره اذا اختار احدهما لزمه ثمنه وبطل ما تصرف في الاخر وان كان الحادث نقصا
في بدن رد الذي لم يختر منهما وكان القياس ان يرد معه نصف ارش النقصان والاستحسان ان لا يرد وذلك لان المعنى
المسقط للخيار يتعين به المبيع في مسئلتنا فاذا وقع فيهما معا لم يكن التعيين به فصار وجوده وعدمه سوا واذا كانا باقيين
فله ان يختار بعد ذلك فاذا اختار احدهما وقد كان باعهما بطل بيعه في الاخر لان البيع تعين في الذي اختاره وصار الاخر
وديعة في يده فلا يجوز بيعه واما اذا حدث بهما عيب بغير فعله معا ثم اختار احدهما ورد الاخر فالقياس ان يرد
معه نصف الارش لان العيب حدث قبل ان يتعين المبيع ويجوز ان يكون كل واحد منهما هو المبيع فيكون مضمونا ويجوز ان يكون
هو الامانة فلا تضمن فاذا لزمه الضمان في حال ولا يلزمه في حال فلزمه نصفه وجه الاستحسان انه لما اختار احدهما تعين
البيع فيه وتعينت الامانة في الاخر فكانه لم يزل كان وديعة فلا يضمن شيئا من نقصه قال ابو الحسن وان ماتا معا لزمه
نصف ثمن كل واحد منهما وذلك لان كل واحد منهما يجوز ان يكون هو المبيع فيلزمه ثمنه ويجوز ان يكون هو الامانة فلا
يلزمه بهلاكه شي فلزمه نصف كل واحد من الثمنين وسقط النصف الاخر على اصلنا من اعتبار الاحوال قال ابو الحسن
وان مات المشتري في الثلث فقد لزم المشتري احدهما بغير عينه ويقال للورثة خذوا ايهما شئتم وليس خيار الورثه
هو الخيار الذي شرط المشتري لان ذلك خيار لا يورث والاصل في هذا ان خيار الشرط لا يورث عندنا فلما مات المشتري
سقط خياره ولزمه احد العبدين الا ان الثمن مستحق من مال الورثة وهو غير معين ومن لزمه حق غير معين كان التعيين
اليه وهذا الخيار هو في تعيين الضمان لا في اختيار المبيع والذي يدل على ان هذا الخيار خيار مبتدا غير الاول ان المشتري
كان له ان يختار احدهما او يردهما جميعا والورثة ليس لهم ان يردوهما ودليل اخر ان خيار المشتري كان موقتا والورثة
يثبت لهم الخيار غير موقت قال ابو الحسن وان كان المبيع فاسدا وقد شرط الخيار في احدهما فقبضهما فاحدهما مضمون عليه
بقيمته والاخر في يده امانة واذا تصرف المشتري في احدهما او تلف في يده فعليه قيمته وما يقطع خياره في البيع الصحيح
من هذا فهو يقطع خياره في الفاسد ويصير هو المضمون عليه بالقيمة غير ان للبائع ان يفسخ البيع وان كان خيار المشتري
قد انقطع او لم ينقطع فان ماتا ضمن نصف قيمة كل واحد منهما والاصل في هذا ان البيع الفاسد اذا قبض تعلق به
الاستحقاق عندنا فصار الفاسد في هذا كالصحيح وانما اختلفا في ثبوت الفسخ للبائع لان الفاسد يثبت فيه الفسخ
لحق الله وحق المتعاقدين لحق الشرع والصحيح لا يثبت فيه الفسخ الا لمن شرط له الخيار واما اذا ماتا معا فالقيمة في
البيع الفاسد كالثمن في الصحيح فاذا وجب في الصحيح نصف ثمن كل واحد منهما وجب في الفاسد نصف القيمة
قال فان لم يقبض العبدين في البيع الصحيح فمات احدهما فهو بالخيار في الباقي ان شا اخذه بالثمن الذي سمي له وان
شا تركه وان حدث باحدهما عيب في يد البائع فالمشتري على خياره ان شا اخذ احدهما وان شا تركه وذلك لان
المبيع في يد البائع اذا حدث به عيب لم يبطل به خيار المشتري لان ذلك ليس في ضمانه وانما يبطل خيار المشتري
بالعيب الحادث في يده لانه مضمون عليه فلا يملك الفسخ فيه مع العيب وهذا لا يوجد في العيب في يد البائع
واما الهالك فانما يتعين به المبيع اذا كان الخيار للمشتري لانه صار معيبا قبل الهلاك فيتعين فيه البيع بالعيب والعيب
في يد البائع لا يعين المبيع فلا يبطل الخيار بالهلاك قال محمد اذا كان الخيار للبائع في ان يلزم المشتري ايهما
شا من الثوبين بعشرة فهو مثل خيار المشتري في القياس والاستحسان وذلك لان خيار الشرط يجوز شرطه للبائع
كما يجوز للمشتري واذا بينا جواز اشتراط هذا الخيار للمشتري كذلك للبائع فان هلك احدهما فالمشتري
امين في الهالك وللبائع ان يلزمه الباقي وان شا نقضه وليس للبائع ان يلزمه الهالك لان الخيار صار في الباقي
وبطل في الهالك وكذلك ان مات احدهما في يد البائع والاصل في هذا ان خيار البائع يمنع من انتقال ملكه فاذا
هلك احد العبدين تعين البيع في الاخر الا ترى انه لو لم يسقط خيار البائع نقل الملك في مبيع هالك وهذا لا
يصح وليس كذلك اذا كان الخيار للمشتري لان الملك انتقل واجازة البيع في الهالك ليس نقل الملك فيه فلذلك
تعين فيه البيع وقد قال فيمن اشترى عبدين وشرط الخيار في احدهما بعينه فان كان سمى الثمن جملة واحدة
فالبيع فاسد لان العقد لزمه في احدهما بثمن مجهول فلا يصح وان سمى لكل واحد منهما ثمنا معلوما جاز البيع لان الثمن
معلوم فلزمه البيع في احدهما بثمن معلوم فيصح

باب خيار الرويه

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا راه ان شا اخذه وان شا تركه قال الاصل
في هذا ان بيع ما لم يره البايع من الاعيان وشرى ما لم يره المشتري جائز وللمشتري الخيار اذا راه وكان قول ابي حنيفة الاول
ان للبايع الخيار ايضا اذا باع ما لم يره ثم رجع وقال لا خيار للبايع وقال الشافعي اذا باع ما لم يعرف جنسه فالبيع لا يجوز قولا
واحدا وان باع شيا سماه فالبيع جائز في احد القولين وكل واحد من المتعاقدين بالخيار اذا لم يكن راه وفي القول الاخر لا يجوز
لنا قوله صلى الله عليه من اشترى شيا لم يره فهو بالخيار اذا راه ذكره محمد في الماذون ولانه عقد لا يعتبر في انعقاده
رؤية المعقود عليه كعقد النكاح ولانه احد العوضين في البيع كالثمن واذا ثبت جواز العقد فقد دللنا على جوازه
فثبت الخيار بالاجماع واما قوله الاول في البيع فلانه جاهل بصفة المعقود عليه فصار كالمشتري ولان كل معنى اثبت
الخيار للمشتري جاز ان يثبت الخيار للبايع كالعيب والشرط وجه قوله الثاني ان عثمان باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله

فقيل لطلحه قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن
مطعم فقضى بالخيار لطلحه وهذا بحضره الصحابه من غير خلاف ولان المشتري انما ثبت له الخيار لمغيب السلعه عنه وظنها فلو
اثبتنا للبايع الخيار فيها ابتداه لزيادتها على ما يظنه وهذا المعنى لا يثبت الخيار الا ترى ان من باع عبدا على انه معيب
فظهر صحيحا فلا خيار للبايع وان وجد اجمل مما ظنه كذلك هذا ۞ قال ابو الحسن والخيار في ذلك غير موقت
وذلك لانه يثبت من طريق الحكم كخيار العيب ۞ وقد قالوا ان هذا الخيار لا يورث لانه ثبت للاول بمعنى فوات
جزء فهو كخيار الشرط ۞ قال ابو الحسن والخيار ما لم يحدث ما يبطل خيار رويته والذي يبطل خياره ما يبطل خيار الشرط
غير انه ليس له ان يجيز قبل الرويه وله ان يفسخ وذلك لما بينا ان هذا الخيار لا يتوقت فلا يبطله الا رضا المشتري او
ان يوجد منه ما يدل على الرضا او ان يحدث ما يمنع الفسخ ۞ وانما لم يجز له اسقاط الخيار قبل الرويه لانه يلتزم المبيع المجهول
الصفه وذلك ممنوع عنه لحق الله تعالى وانما جاز له الفسخ لان الخيار له ثابت فجاز له الفسخ به ۞ قال ابو الحسن وله ان
يفسخ ما لم يتصرف في المبيع تصرفا لا يمكن المشتري رفعه عن العين او يتصرف تصرفا يوجب فيه لغيره حقا مثل الاجاره
والرهن فان ذلك يلزمه البيع اما اذا اوجب في العين ما لا يمكن رفعه مثل العتق والتدبير فقد تعذر الفسخ وذلك
يسقط الخيار وكذلك اذا علق بالعين حقا للغير لا يمكن رفعه مثل البيع والاجاره والرهن لان الفسخ قد تعذر الا
ترى ان هذه الحقوق تمنع العاقد من التصرف في الملك والفسخ تصرف في الملك فيمنعه ۞ وقد روى معلى عن ابي يوسف
في المشتري اذا اوجب في العين حقا فانتقض الحق الذي اوجبه وعاد الى ملكه لم يعد خيار الرويه بعد ان بطل وهذا
مثل ان يبيع فيرد عليه بعيب او يفك الرهن او يفسخ الاجاره وذلك لان الخيار بطل بعقده فلا يعود الا بعود مثل سببه
فاما اذا تصرف تصرفا لا يوجب فيه حقا مثل ان يبيع على انه بالخيار او يساوم به او يهبه ولا يقبضه فان كان ذلك
بعد ما راى بطل خياره لانه يدل على الرضا وان كان ذلك قبل الرويه لم يبطل خياره لان هذا الفعل ليس باكثر من صريح ابطال
الخيار ولو قال ابطلت الخيار قبل ان يرى لم يبطل فلان لا يبطل هاهنا اولى ۞ ولو هلك منه شي في يده او دخله عيب
بطل خياره لانه لا يملك رده معيبا بعيب لم يكن عند البايع ۞ ولا يملك رد ما بقي اذا هلك بعضه لانه تفريق للصفقه
على البايع في الاتمام واذا تعذر الفسخ تم البيع ۞ وقد قالوا لو تصرف المشتري تصرفا ينقص المبيع وهو لا يعلم
بطل خياره مثل ان يسقيه البايع لبن الشاه او يلبسه الثوب وهو لا يعلم فينتقص بلبسه وذلك لان هذا نقص
حصل بفعله وهذا يسقط الخيار من طريق الحكم فالعلم والجهل فيه سوا ۞ قال ابو الحسن خيار الرويه لا يمنع من وقوع الملك للبايع
والمشتري وهذا بمنزله خيار العيب وذلك لانه خيار ثبت من طريق الحكم فلا يمنع الملك بالعقد كخيار العيب ولانه يثبت
لتغير الصفات وعدم هذه الصفات لا يمنع من وقوع الملك فالخيار لاجلها لا يمنع ۞ قال ابو الحسن واذا كان المبيع عينا
بدين فالخيار للمشتري دون البايع وان كان عينا بعين فلكل واحد منهما الخيار فيما ملك اذا لم يكن راه وان كان العقد دينا
بدين ولم يملك كل واحد منهما بالعقد الا دينا فلا خيار لواحد منهما والاصل في هذا ان كل عقد يلحقه الفسخ اذا وقع على
ما لم يره وفي الفسخ فايده فله الخيار وان لم يكن له في الفسخ فايده فلا خيار له لانه لا حق له في الفسخ مع عدم الفايده
فيه فاذا باع عينا بدين فللمشتري الخيار لانه يستفيد بالفسخ فايده وهو سقوط الثمن عنه وليس للبايع في الخيار
فايده لانه لو رد الدراهم لم ينفسخ العقد وانما يرجع بمثلها فلم يثبت الخيار مع عدم الفايده فاما اذا تبايعا عينا بعين
فلكل واحد منهما في الفسخ فايده لان العقد ينفسخ برد العين فجاز ان يثبت الفسخ لفايدته واما اذا تبايعا دينا
بدين فكل واحد من العوضين لا ينفسخ العقد برده وانما يرجع بمثله فلم يجز اثبات الخيار فيه مع عدم الفايده ۞ قال
ابو الحسن وليس لمن له الخيار ان يجيز في بعض المبيع دون بعض وانما يجيز في الكل او ينقض الكل لانا قد
بينا ان خيار الرويه يمنع تمام الصفقه فلو رد المشتري البعض لفرق الصفقه على البايع في الاتمام وهذا لا يجوز
وقد قالوا لو كان المشتري اثنين لم يكن لاحدهما ان يرد وقال ابو يوسف يرد وهذا صحيح على ما بينا ان في
رد البعض تفريق الصفقه في الاتمام فلا يجوز وابو يوسف بنى اصله ان المشتري اذا كان اثنين فلاحدهما فسخ العقد
في نصيبه عند وجود سبب الفسخ كما قال في المشتري اذا كانا اثنين فوجدا بالمبيع عيبا ان لاحدهما رد نصيبه دون
الاخر كذلك هذا ۞ قال ابو الحسن فان اجاز المشتري في البعض لم يجز والخيار على حاله روي ذلك عن ابي يوسف
ومحمد لانه اذا اجاز في البعض لم يكن اجازه في ذلك لانه يودي الى لزوم نقض البيع وهو لم يرض به فلا يكون اجازه
فيما اجاز العقد فيه لانه لا يملك رد الباقي فلم يبق الا ان لا يتعلق بالاجازه حكم ۞ فان عرض بعضه على بيع لم يكن اجازه
عند ابي يوسف وقال محمد يبطل خياره وجه قول ابي يوسف ان العرض يستدل به على الرضا ولو صرح بالرضا
في البعض لم يبطل خياره فاذا وجد ما يدل على الرضا اولى وجه قول محمد ان العرض يبطل الخيار من طريق الحكم فاذا
وجد في بعض المعقود عليه ابطل الخيار في الكل كالعيب ۞ قال ابو الحسن ويجوز اجازه من له خيار الرويه
بغير محضر من الاخر ولا يجوز نقضه في قول ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف يجوز نقضه وهذا الخلاف على ما بينا
في الفسخ بخيار الشرط ۞ فان قبض من له خيار الرويه بعد ان راى المبيع بطل خياره وذلك لان القبض يدل على
الرضا الا ترى ان من يريد الفسخ لا يقبض ومن فعل ما يدل على الرضا بعد الرويه بطل خياره ۞ فان وكل بالقبض
وكيلا فكذلك عند ابي حنيفه وهو على خياره عند ابي يوسف ومحمد وان ارسل رسولا بالقبض فقبض فهو على
خياره في قولهم ۞ واما اذا وكل المشتري وكيلا بالقبض فقبض المبيع بعد ما راه فان رويته عند ابي حنيفه

مقام رويه المشتري وبطل خيار الرويه وجه قول ابي حنيفه انه موكل بالقبض ومن وكل بشي وكل بتمامه
والرويه من تمام القبض الا ترى انه لو قبض ما لم يره كان له الفسخ من غير قضا ولا رضا ولو قبض احد المبيعين بعد ما
راه ثم راى الاخر [illegible] كان له رد ما قبض واذا كانت الرويه من تمام القبض كان موكلا بها ولا يلزم اذا وكله
بالقبض وهو خيار شرط او عيب لان خيار الشرط على هذا الخلاف لان سقوطه بتمام القبض واما خيار العيب فلا
يمنع ثبوته تمام القبض الا ترى ان المشتري بعد القبض لا يملك الفسخ الا بقضا او رضا [illegible]
العيب ۞ [illegible] فان قيل الوكيل بعقد الكتابه لا يملك قبض مال الكتابه [illegible] تمام العقد الذي وكل به
قلنا العقد تام [illegible] المال لانه ليس لواحد من المتعاقدين الفسخ الا برضا الاخر او بعجز المكاتب فيكون
[illegible] ويلزم الرسول بالقبض لانا قلنا الوكيل بالشي وكيل باتمامه والرسول بالشي ليس
برسول في اتمامه الا ترى ان الوكيل بالبيع وكيل بالتسليم لانه من تمام العقد والوكيل بالشرا وكيل بالقبض لانه من تمام
العقد والرسول بالبيع لا يملك القبض والتقبيض ۞ وجه قول ابي يوسف ومحمد ان [illegible] من حقوق القبض
[illegible] لتغير الصفات والصفات لا حصه لها من العقد [illegible] واذا كان من حقوق القبض فمن وكل
بشي وكل بحقوقه فان قيل لو كان الخيار من حقوق القبض ما جاز الفسخ قبل القبض قلنا الفسخ انما جاز لعدم
لزوم العقد المستوفي لجهل الصفه لا لخيار الرويه الا ترى ان من ملك الفسخ بالخيار ملك الاجازه به [illegible]
من اصحابنا يقول ان الخيار [illegible] عند الرويه بالعقد المتقدم والرويه في الغالب توجد مع القبض فاذا وكله بالقبض
فقد وكل بالتقليب [illegible] المشتري التصرف فهو كالوكيل بالشرا الذي يملك العين فاذا كانت رويته
[illegible] هذه الطريقه فلا يلزم خيار العيب وجه قولهما انه
وكله بالقبض ولم يجعل له غيره والوكيل بالقبض لا يملك اسقاط الحقوق كالوكيل بقبض الوديعه والدين اذا اراد ان يقبض

باب ما يكون رويه بعضه كرويه كله في ابطال الخيار

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى الرجل من الرجل المكيل او الموزون صبره او ثوبا فنظر الى بعضه ثم اشتراه فليس له خيار
الرويه وكذلك ان كان في اوعيه وهو من صنف واحد غير مختلف وذلك لان رويه بعض الطعام تعرف بها جميعه
والمقصود بالرويه معرفه الصفه فاذا وقف على الصفه برويه البعض فكانه راى الجميع ۞ قال وان كان مختلفا
فله الخيار ما لم ير الكل مثل العبيد والدواب والثياب وما يباع عددا مثل الجوز والبيض لا يبطل خيار الرويه
ان نظر الى بعضه دون بعض حتى ينظر الى جميعه اما الطعام المختلف فرويه احد الاوعيه لا يستدل بها على صفه
بقيته وكذلك العبيد والدواب اذا راى واحدا منها لا تقف على صفه نفسها وكذلك الجوز والبيض لانه
يختلف بالصغر والكبر فاذا راى بعضه فلم يدل ذلك على صفه بقيته فلم يسقط خياره ۞ وان كانت امه او عبدا فنظر
الى الوجه فلا خيار له وان نظر الى غير الوجه من الجسد وهي منتقبه فله الخيار لان المقصود من الادمي الوجه وهو مما
يستغنى به عن بقيه الصفات ولا يستغنى بصفات البدن عنه فوقف الخيار على النظر اليه ۞ قال وان كان ثوبا او ثيابا
فنظر الى ظاهرها مطويه فلا خيار له وهذا اذا نظر الى ظاهر كل ثوب لان ظاهر الثوب يستدل به على باطنه فهو كوجه
الجاريه ۞ وكذلك الدار والعقار اذا راى ظاهره فلا خيار له وقال زفر لا بد من رويه داخل الدار وكان اصحابنا
يقولون انما اجابوا في الدور على عاده الكوفه في زمن ابي حنيفه لانها كانت لا تختلف الا بالكبر والصغر وعلو البنا فاما
في داخلها فكانت على تقطيع واحد فاذا راها من ظاهرها يستدل بذلك على باطنها فاما الان فصفات الدور تختلف
وتتباين فلا يعرف ذلك برويه ظاهرها فالامر فيها على ما قال زفر ۞ فاما الدابه فان ابا يوسف قال لا يكون
النظر الى وجه الدابه مبطلا لخيار الرويه حتى ينظر الى كفلها وروى ابن سماعه عنه اذا راى ما نفي قال معلى عنه في
النظر الى الدواب قال نسال النخاسين فان قالوا يحتاج مع النظر الى الكفل والوجه الى النظر الى موخرها
لنقصان يكون في الموخر من غير عيب فله الخيار اذا لم ينظر الى موخرها ومقدمها ۞ وقال ابن رستم وعمرو
عن محمد اذا نظر الى وجه الدابه او جسدها فليس له خيار الرويه اما الروايه التي اعتبر فيها ابو يوسف
الوجه والكفل فلان كل واحد منهما مقصود بالعقد فاعتبر الوقوف على صفته والروايه التي اعتبر
الكفل فلانه ينظر الى اثرها فيقوم ذلك مقام الكل ۞ والروايه الثالثه يرجع فيها الى النخاسين
ليعلم منهم ما يوقف به على صفه الدواب ۞ واما محمد فقال ان وجه الدابه وكفلها كل واحد منهما
يستدل به على صفتها فصار كوجه الادميه ۞ قال ابو يوسف وكذلك الشاه اذا نظر الى وجهها لان
الشاه تختلف باختلاف اطرافها وضرعها ولا يستدل بذلك على وجهها ۞ قال ابو يوسف ان كانت شاه
لحم فلا بد من الجس حتى يعرف الهزال من السمن فان راى ذلك من بعيد ولم يجس فله الخيار وذلك لان شاه اللحم
المقصود منها السمن وذلك يخفى لصوفها ويعرف بجسها فلذلك اعتبر الجس في سقوط الخيار ۞

باب الخيار فيما اشترى وهو مغيب في الارض

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى شيا مغيبا في الارض مثل الجزر والبصل والثوم وبصل الزعفران وما اشبه ذلك

فله الخيار اذا راى جميعه ولا يكون رويه بعضه مسقطا للخيار فان رضي بذلك البعض فخياره باق الى ان يرى جميعه حتى ما اختصنا منه هذا انشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفه وقد روي عمرو عن محمد قال قال ابو حنيفه المشتري بالخيار اذا قلع قلت له فان قلع البعض قال لم يزد ابو حنيفه على ما قلت لك فاما انا فقول ابي يوسف وقولي اذا قلع قلت او كثرت علي ما بقي في سمنه وعظمه فرضي المشتري فانه لا يرد له وكذلك روى هشام وابن رستم عن قول محمد نفسه وقال بشر عن ابي يوسف في مسئله تاريخها سنه احدى وثمانين ومايه قال اذا قلع البايع او المشتري باذن البايع ما له قدر من الكيل او الوزن فرضيه فليس له ان يرد ما بقي وان قلع ما ليس له قدر من الكيل او الوزن يعرف به لم يسقط خياره وان كان الذي اشترى مما لا يكال ولا يوزن فان كان البايع قلعه وهو مما له ثمن فهو بالخيار ان شا اخذ وان شا ترك وجه قول ابي حنيفه ان بعض هذه الاشيا لا يدل على بعضها لانها تختلف بالكبر والصغر والجوده فلم يسقط الخيار برويه البعض كالثياب والدواب وجه قولهما على روايه محمد ان البعض يستدل به على الجميع فهو كالصبره وجه الروايه الاخرى عن ابي يوسف ان المقلوع اذا كان له قدر من الكيل او الوزن او الثمن فهو مقصود فالرضا به يسقط الخيار وان لم يكن له قدر لم يعتد به لانه غير مقصود فبقي على خياره وانما اعتبر قلع البايع او قلع المشتري باذنه لان المشتري اذا قلع بغير اذن البايع فالقلع نقص في المقلوع والنقص اذا حصل في بعض المعقود عليه اسقط الخيار في الباقي وقد قال ابو يوسف اذا باع جزرا او فجلا فاختلف البايع والمشتري في قلعه فقال المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا اقدر على رده وقال البايع اخاف ان اقلعه فلا ترضاه فيهلك علي فمن تطوع منهما بالقلع جاز وان لم يتطوع فسخ العقد بينهما لان المشتري لا يجبر على القلع فيسقط بذلك خياره والبايع لا يجبر على القلع لانه تصرف في المبيع بعد ما زال ملكه عنه والفسخ جايز لعدم الرويه ينقطع التنازع في الخصومه بالفسخ

باب شرى الاعمى

قال ابو الحسن واذا اشترى الاعمى فله الخيار فيما اشتراه والاصل في هذا ان بيع الاعمى وشراه جايز وله الخيار اذا اشترى وقال الشافعي اذا ولد اعمى فبيعه جايز وشراوه باطل ومن عمي بعد الصحه فشراوه لما كان راه جايز والاصل في ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لحبان بن منقذ اذا بعت فقل لا خلابه ولي الخيار ثلثا قال عمرو وكان ضريرا ذكر ذلك الدارقطني ولان من جاز له التوكيل في البيع والشرا جاز له الشرا كالبصير والتعليل للاكمه حتى لا يقولوا الموجب العله فيما راه قبل العمى واذا ثبت جواز البيع قلنا لا خيار له فيما باعه في قول ابي حنيفه الثاني كالبصير اذا باع ما لم يره وله الخيار فيما اشتراه كالبصير اذا اشترى ما لم يره قال ابو الحسن وجسته وتقليبه بمنزله نظر الصحيح وكذلك قال ابو يوسف ومحمد فيما يذاق او يشم لانه اذا ذاق او شم فهو بمنزله رويه الصحيح وما لم يقدر على شي مما ذكرنا فيه فله الخيار حتى يوصف له فاذا وصف له فرضيه جاز عليه قال وجمله هذا ان الخيار ثابت للاعمى للجهل بصفات المبيع والكلام فيما يسقط به خياره فقد ذكر في الجامع الصغير في الاعمى يشتري الشي قال فنظره اليه جسته فيما يجس وقال هشام عن محمد في الثياب سقط خياره فيها بالجس والصفه والادهان والشم والسمن على الصفه والذوق وكل شي يذاق فهو على الذوق والصفه والحنطه باللمس والصفه قال وان كان الشي جسته لم لو وصفته فجسته ثم اشتراه فلا خيار له فاما الثوب فلا بد من صفته طوله وعرضه ورقعته وما لا علم فيه ذلك كالثمره على روس النخل فالصحيح هو ان يعتبر الصفه وكان اصحابنا يقولون وكذلك العقار وقد روى بشر وابن سماعه في الدار قال يلمس الحايط والتراب ولمسه بمنزله النظر وروي عن ابي يوسف انه قال فيما لا يمكن فيه شي من ذلك اذا وقف بحيث لو وقف البصير لراى سقط خياره وهذه الروايات لا تختلف في المعنى لان الخيار يسقط بوقوف المشتري على صفه المبيع فيما قدر الاعمى على معرفه صفته بنفسه اعتبر ذلك باختياره وما لا يقف عليه بالجس حتى يقف الى الصفه اعتبر الامران لان الجس يقوم عليه وهو مما يعرف به لين المبيع والصفه يعرف بها لين الثوب فلا بد منها وما لا يقدر على معرفه شي منه بنفسه اعتبر فيه الصفه وما قاله ابو يوسف في الوقوف بقرب الشي بعيد لانه لا يستفيد به فايده وجهه انه اقصى ما يقدر عليه فصار كنظر البصير الذي لا خبره له بالمبيعات وقد قالوا لو اشترى الاعمى ما وصف له ثم ابصر فلا خيار له لان العقد وقع على حال غير موجبه للخيار فلا يوجبه في الباقي فان اشترى البصير ما لم يره ثم عمي انتقل الى الصفه لانه لا يقدر الا عليها ولو اشترى البصير ما وصف له لم يسقط خياره لانه يقدر على النظر والصفه قايمه مقام الرويه عند العجز فلا يقوم مقامه عند القدره

باب الاختلاف في خيار الرويه

قال ابو الحسن اذا اختلف البايع والمشتري فقال البايع بعتك ما رايت وقال المشتري لم اراه فالقول قول المشتري مع يمينه وذلك لان البايع يدعي الرويه وهو معنى حادث فلا يقبل قوله في حدوثها الا ببينه ويستحلف المشتري لان البايع يدعي عليه سقوط الفسخ وذلك مما يصح بذله فيستحلف فيه قال ابو الحسن فان اختلفا بعد ذلك في المبيع فقال البايع ليس هذا الذي بعتك وقال المشتري هو ما بعتني فالقول قول المشتري والاصل في هذا ان كل موضع ينفسخ العقد فيه بقول المشتري وحده فالقول قوله في المبيع مع اليمين وكل موضع لا ينفسخ العقد بقوله الا برضا البايع او حكم الحاكم فالقول قول البايع في المبيع مثل الرد بالعيب اما الفصل الاول فهو الرد بخيار الرويه والشرط وذلك لان البيع ينفسخ بقول المشتري فيثبت ويعود المبيع الى ملك البايع فالاختلاف فيه اختلاف فيما استحقه البايع على المشتري فالقول فيه قول المشتري كالغصب والوديعه واما الفصل الثاني فلان العقد لا ينفسخ بقول المشتري وانما يدعي ثبوت الفسخ فيه والبايع اذا جحد ان يكون باعه تلك العين نفي حق الفسخ ومن يدعي ثبوت الفسخ لا يقبل قوله مع يمين الى قول النافي له كما لو ادعى عليه الاقاله وانكرها

باب العيوب التي توجب الرد

قال ابو الحسن كل ما ينقص القيمه بكونه في المبيع او في معناه فهو عيب يرد به اذا لم يعلم المشتري او يتبرا منه البايع وقد يكون ذلك في نفس المبيع كالعور والشلل والخرق في الثياب والهشم في الاواني والعقار اذا كان فيه شي او في والارض المزروعه اذا كان فيها شي يفسد الزرع مثل السبخ والنز واما ما يكون في المعنى كالسرق والاباق فالجمله في هذا ان اطلاق العقد يقتضي صحه المعقود عليه بدلاله ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى مملوكا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن هوذه اشترى منه عبدا او امه لا داء ولا غايله ولا خبثه بيع المسلم المسلم وهذا يدل على ان عقود المسلمين تقتضي صحه المعقود عليه فاذا وجد بالمبيع عيبا لم يعلم به ولم يتبرا منه البايع فقد خالف صفه المبيع ما اقتضاه العقد فثبت للمشتري الخيار واما اذا راه عند الشرى فقد رضي بنقصان الصفه فلا يثبت له خيار وكذلك اذا تبرا البايع منه فقد استثناه من العقد وازال الاطلاق فسقط به الخيار

باب العيوب

قال ابو الحسن اذا اشترى الرجل مبيعا فوجد بما اشترى عيبا او وجد ذلك في بعضه كان ما كان معدودا او موزونا او مكيلا او شيئا واحدا وذلك بعد القبض او بعد قبض بعضه فهو بالخيار ان شا اخذ الكل وان شا رد الكل وليس له ان ياخذ الصحيح ويرد المعيب الا ان يرضى البايع بذلك والاصل في ذلك ما قدمنا ان المشتري لا يملك تفريق الصفقه على البايع في الاتمام وبينا ان عدم القبض يمنع تمام الصفقه فلو رد المشتري البعض فرق الصفقه على البايع في الاتمام وهذا لا يصح وكذلك اذا قبض البعض لان الصفقه لم تتم لعدم القبض في بعضها الا ترى انه ما لم يقبض لو هلك هلك على ملك البايع فلا يجوز فيه تفريق الصفقه واما اذا رضي البايع جاز لانا منعنا التفريق لحقه فاذا اسقط حقه جاز واما اذا كان بعد القبض فوجد العيب ببعض المبيع فهو على وجهين ان كان في تفريقه عيب لم يملك رد بعضه كثوب بعضه خرق ومصراعي باب لان افراد احدهما عن الاخر عيب فلو رد المعيب لرده بعيب لم يكن في ملك البايع وهذا لا يصح واما اذا لم يكن في تفريقه عيب كالعبدين والثوبين فله ان يمسك الصحيح ويرد المعيب وقال زفر يردهما وهو قول الشافعي لنا ان العقد وقع عليهما وتم بالقبض وسبب الخيار وجد في احدهما فصار كمن اشترى عبدين ابتاع العقد في احدهما وشرط الخيار في الاخر ولان الصفقه تمت بالقبض فجاز للمشتري رد بعضها بالعيب كما لو كان البايع اثنين فرد نصيب احدهما وحجه قول زفر ان الانسان قد يبيع الشيين رغبه في بيع احدهما فلو رد احدهما عليه لحقه بذلك ضرر فصار كما لو رد قبل القبض فان قال المشتري انا امسك المبيع واخذ الارش فليس له ذلك الا ان يرضى البايع لان البايع لم يرض ان يستحق عليه المبيع الا بجمله من الثمن ولا يجوز ان يستحق عليه تبعيضها الا برضاه وعلى هذا قالوا في استحقاق احد العبدين ان كان قبل القبض كان للمشتري رد الاخر لتفرق الصفقه عليه وان كان بعد القبض لم يكن له رده لان الصفقه تمت بالقبض وسبب الفسخ وجد في البعض قال ابو الحسن واذا اصاب المشتري جميع ما اشترى معيبا فاراد ان يرد بعضه وياخذ بعضه فله ذلك اذا كان المردود مما لو كان العيب به وحده كان له رده وذلك لانه اذا رضي ببعض المعقود عليه سقط الفسخ فيه فصار كما لو كان صحيحا لا عيب فيه فيرد الباقي خاصه واذا وجد ببعض ما اشتراه عيبا قبل القبض فقبض المعيب وهو يعلم بالعيب فهو رضا ويلزمانه وذلك لان القبض يدل على الرضا الا ترى ان من يختار الفسخ لا يقبض ومن كان له الخيار ففعل ما يدل على اسقاط خياره سقط فان قبض الصحيح من العبدين او كانا معيبين فقبض احدهما قال ابو يوسف ليس ذلك برضا لان قبض بعض المبيع لا يتم الصفقه به فلو اسقطنا خياره فيهما لاسقطناه في الاخر ولم يرض به ولو اسقطنا خياره في المقبوض دون الاخر فرقنا الصفقه وهذا لا يجوز فلم يبق الا بقا الخيار فيهما

باب معرفه العيوب

قال الاصل في الباب ان كل ما يوجب نقصان الثمن في عاده التجار فهو عيب وما لا يوجب نقصان الثمن في عادتهم فليس بعيب لان المبيع يباع للربح والزياده فالمرجع فيما يزيد فيه او ينقص عنه الى العاده والعيوب على ضربين عيوب مشاهده لنقص ظاهر او باطن وعيوب في المعنى فاما العيوب في الخلقه فهو كالعمى والعور والشلل والحول والخوص وهو اتساع احدى العينين والسبل وهو زياده في الاجفان والصمم والطرش والخرس والاصبع الزايده والناقصه والقروح والشجاج واثر الجراح والامراض كلها والادوا المكروهه في ساير البدن والجنات والادر عيب وهو انتفاخ الانثيين والعشي عيب وهو الذي لا يبصر بالليل والعمش عيب والسن السودا عيب والساقطه عيب والظفر الاسود عيب والقرن وهو عظم في الفرج يمنع الوطي والعفل عيب وهو لحم نابت في الفرج والبرص والجذام عيب والفدع عيب والسلعه والكي والقدع وهو اعوجاج في القدم والفحج وهو تباعد ما بين الساقين والحنف عيب وهو انقلاب القدم والشدق عيب وهو اتساع في الفم فاحش والعزل عيب وهو اعوجاج ذنب الدابه والمشش عيب والرحس والحزن والزوايد والجرد والجمح وبل الخلاه عيب وخلع الرسن والانتشار في العين والشتر وهو انقلاب الجفن والظفر وهو البياض الذي ينبت في العين والشعر في جوف العين عيب والجرب بالعين وغيرها من البدن عيب والسعال القديم والاستحاضه في الجاريه عيب لانها داء وارتفاع الحيض عيب لانها لا تلد والتخنيث في الغلام عيب والثولول والخال ما فحش منه عيب قال بشر عن ابي يوسف الشمط عيب في الغلام والجاريه وهذا كله على ما قدمنا لان هذه العيوب كلها تنقص الثمن في العاده والبخر في الجاريه عيب وليس بعيب في الغلام الا من دا لان الجاريه للاستفراش والغلام للاستخدام والذفر في الجاريه عيب وليس بعيب في الغلام الا ان يكون فاحشا ينقص الثمن لان الذفر يتغير في البدن والغلام يراد

للاستخدام وذلك لا يوثر في الخدمه الا ان يكون فاحشا فيمنع من القرب الي المولي والحبل في الجاريه عيب وذلك يمنع
من الوطي ويوجب نقصان الثمن في العاده فاما الحبل في ساير البهايم فهو زياده وليس بعيب والثيوبه ليست بعيب
لانها غالب حال الجواري الا ان تشتريها على انها بكر لانها ناقصه عما شرط فان كانت الجاريه غير مختونه والغلام
غير مختون وهما جلبيان فليس بعيب الا ترى ان الكفار لا يختنون فان كانا مولدين صغيرين فليس بعيب لان مدة
الختان لم تفت وان كانا كبيرين فهو عيب لان المولد لا يوخر ختانه وفي الختان بعد الكبر صعوبه وزياده الم
ولو اشترى مصحفا فوجد في حروفه سقطا او في نقطه فهو عيب لان هذا يوجب نقصان الثمن والزنا في
الجاريه عيب لانها تراد للاستيلاد وذلك عيب فيها والزنا في الغلام ليس بعيب وانما هو عيب في الدين لان
الغلام يراد للخدمه والزنا لا يوثر في الخدمه الا ان يكون معتادا للزنا ينقطع به عن خدمه المولي فهذا عيب
واذا كانت الجاريه ولد الزنا فهو عيب لانها تستولد فيعاب ولدها بذلك وليس هذا بعيب في الغلام لانه يراد
للاستخدام فاما العيوب في المعنى فبول الصبي في الفراش والسرق والاباق وقد قال ابو حنيفه
ان السرق والبول اذا كان في الصغير قبل ان ياكل وحده ويشرب وحده فليس بعيب لانه لا يعقل الامتناع
من هذه الاشيا فاذا اكل وحده وشرب وحده فالبول والسرق والاباق عيب فيه ما دام صغيرا لانه يقدر على
الامتناع من ذلك فاذا ادرك فما سبق عيبا بعد البلوغ لان هذه الافعال من اخلاق الصبيان والظاهر ان خلق
الصبي ينتقل عنه بعد البلوغ فان عاد الي ذلك بعد البلوغ فهو عيب ابدا لانا علمنا انه لم يفعل ذلك لخلق الصغر
وانما هو لطبعه وقد قالوا في الجنون في الصغر انه عيب ابدا لان الجنون نقصان في الخلقه وذلك لا
يختلف بالصغر والكبر واذا وجدنا المملوك على غير الاسلام فهو عيب لان الكفر نقص قال الله تعالى ولعبد مومن
خير من مشرك ولو اعجبكم ولو اشترى النصراني عبدا على انه نصراني فاذا هو مسلم فليس بعيب لان الاسلام
زياده فيه وانما شرط بايعه انه نصراني على وجه التبري من العيب فاذا لم يوجد العيب لم يثبت له الخيار
والزوج للامه والزوجه للعبد عيب وذلك لان الامه المزوجه لا يتوصل المولي الي وطيها ولا الي تحصيل غرض استمنا
فصار ذلك كاستحقاق شي منها فاما العبد المزوج فيستحق رقبته بالمهر والنفقه فان كانت الجاريه معتده
من طلاق رجعي فهو عيب لانها في حبال الزوج وان كانت من طلاق باين فليس بعيب لانه لا سبيل للزوج عليها الا
برضا المشتري والتحريم فيها عارض كتحريم الحيض والاحرام في الجاريه ليس بعيب لان المشتري يحللها عندنا
ان شاء وان كانت الجاريه محرمة الوطي على المشتري برضاع او بصهر فليس بعيب لانه يقدر على استباحتها
بالتزويج واخذ العوض فتحريمها عليه لا يعد عيبا ولانا بينا ان العيب ما يوجب نقصان الثمن عند التجار وتحريم الجاريه
على واحد من الناس لا ينقص ثمنها وان كان على العبد دين او في رقبته جنايه فهو عيب لانه يجب بيعه في الدين
ودفعه في الجنايه فتستحق الرقبه بذلك وان اشترى جاريه فوجدها لا تحسن طبخا ولا خبزا فليس ذلك بعيب
لان هذه صناعه تتعلم وتتفق عليها الاعواض كالكتابه ومعلوم ان العبد اذا لم يكن كاتبا فليس بعيب فان كان
البايع شرط انها خبازه فوجدها لا تحسن الخبز ردها لانها لم توجد على شرطه فوجب الرد بالشرط لا بالعيب ولو
اشترى جاريه تحسن الطبخ والخبز ولم يشترط ذلك فنسيت في يد البايع ردها لانها نقصت عما كانت عليه في حال
العقد ونقصان المبيع عما وقع عليه العقد يوجب الخيار واذا استحق بعض المبيع قبل القبض فالمشتري بالخيار
ان شاء اخذ ما بقي وان شاء ترك لان الصفقه لم تتم واستحقاق البعض تفرق الصفقه في الاتمام وان كان ذلك
بعد القبض لزمه البيع بحصته ولا خيار له اذا لم يكن فيه شركه لان الصفقه تفرقت في الفسخ فاما اذا صار المستحق
شريكا مثل ان يستحق بعض العبد فللمشتري ان يرده في البايع لان الشركه عيب فيرد بالعيب لا بتفرق الصفقه

ما يمنع الرد بالعيب

قال الاصل في هذا الباب ان المشتري اذا ظهر على عيب ولم يعلم به وقد حدث عنده عيب اخر فانه يرجع بارش العيب ولا يرده وقال مالك يرده مع
ارش العيب الحادث لنا ان المبيع خرج من ملك البايع بعيب واحد فلو رده لرده بعيبين وهذا لا يصح وذلك
ان ذلك لا يلحق البايع مع المشتري كحق المشتري مع البايع عند العقد ومعلوم ان العيب اذا حدث في يد البايع
كان للمشتري ان يمتنع من امضا البيع وله ان يرضى به كذلك اذا حدث عند المشتري عيب فللبايع ان يمتنع من
قبول العقد وله ان يرضى به واما مالك فيقول تساويا في حدوث العيب عند كل واحد منهما والبايع قد
دلس والمشتري لم يدلس فالرد على من دلس اولي وهذا ليس بصحيح لان هذا الحكم لا يختلف بعيب علمه البايع
فدلسه وبعيب لم يعلم به ولان يد البايع قد ثبت به الخيار لم يسقط بحدوث العيب في ضمان المشتري وما
اوجب الخيار يجوز ان ينقطع الخيار فيه ولا يجب استدامته اذا ثبت هذا قلنا اذا حدث عند المشتري عيب لم يجب
عن بدل ولم يختلط المبيع بشي من ملك المشتري لا يمكن ازالته او يمكن ازالته بضرر يدخل على المشتري فللمشتري
ان يرجع بارش العيب الا ان يرضى البايع ان ياخذه ولا يطالب المشتري بشي من ذلك لان الرد تعذر لحق البايع
والرد متى تعذر من طريق الحكم وجب الارش فاذا رضي البايع باخذ المبيع بغير ارش فقد اسقط حق نفسه فالمشتري
بالخيار اما ان يمسك المبيع بغير ارش او يرده وليس له المطالبه بالارش لان الارش يكون عند تعذر الرد والرد
ممكن باختيار البايع وهذا مثل العور والشلل ووطي المشتري الجاريه وتقبيلها لشهوه او قطعه يد العبد

فان وجب بدل المشتري النقص فقبضه او لم يقبضه رجع بالارش وليس للبايع ان يقول انا اخذه وارد الثمن وهذا
مثل ان يقطع يد الجاريه او يطاها بشبهه فيجب العقر لان الرد تعذر من طريق الحكم فيجب الارش كالبايع لا يسترجاع
لان الارش والعقر لم يعقد عليهما العقد فلا يقع عليهما الفسخ وان حدثت نماء او زياده في نفس المبيع وكانت قايمه في يد المشتري
او وجب فيه او على احد مثل ان تلد الجاريه او تثمر النخل او الشجر وذلك كله في يد المشتري واستهلك فسخها يوجب
له العوض فللمشتري الارش وليس للبايع ان ياخذ المبيع لان هذه الزياده لم يقع عليها العقد فلا يقع عليها الفسخ فقد
تعذر الرد من طريق الحكم فيجب الارش وكذلك ان خاط المشتري الثوب او صبغه او قطعه [illegible]
بصبغ الثوب بعصفر او بزعفران او لت السويق بالسمن او بالعسل او بنى في الدار [illegible]
يرجع بالارش وليس للبايع ان يقول انا اقبله لان البنا والصبغ لم يقع عليهما العقد فلا يقع عليهما الفسخ ولا يجوز الفسخ
الثوب دون الصبغ لا يستحق فقد الملك في الثوب دون الصبغ فليس لا تعذر الفسخ من طريق الحكم فيجب الارش
فان تصرف المشتري تصرفا يخرج به السلعه عن ملكه وقد كان البايع قد علم فرغه الا ان يقبل البيع لم يرجع بالارش وهذا كالعتق
والتدبير والاستيلاد والبيع وذلك لان البايع كان بجنايته [illegible] فخرج الارش والعتق فاطلقه [illegible]
العتق فلا يتعين الارش على البايع بفعله وان كان يطبع قبل التصرف المشتري لم يرد البايع انه يقبله لم يكن له
ذلك كان المشتري ان يرجع بالارش لان الارش كان متعينا فلا يسقط المشتري حق البايع بتصرفه فيبقى وجوب الارش
على ما كان عليه وقد صار هذا الفصل علي قسمين كل موضع كان البايع ان يقبل المبيع بغير رضا وكل موضع لم يكن له ان
يقبل فتصرف المشتري ليس بمسقط لارشه واذا وجب الرجوع بالارش قومت السلعه صحيحه وقومت وبها العيب فان
كان النقصان عشر القيمه رجع المشتري بعشر العوض لان الارش هو حصة العيب من الثمن والثمن عوضه العين وعوض
فيقدر ان ما انتقص من القيمه هو الذي يجب استقاطه من الثمن

الرجوع بالارش وما يمنع

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله اذا تصرف المشتري في السلعه بشي من ذلك
انه تصرف اختيار الشرا وهو يعلم بالعيب فهو رضا لا ارش له ولا رد له لان قد علم بالعيب ومن يفعل البايع من ذلك والارش وذلك لما اطلع على عيب كان بالخيار
ان شا رضي وان شا رده فاذا فعل ما لا يستدل به على الرضا قام مقام قوله قد رضيت وهذا مثل ان يعرض السلعه
على البيع او يسلمها لسكناها او يرهن او لا يطلبها في ملكه فله ان لا يرجع بالارش في الكتابه خاصه لان الرد
جعلناه دلاله على الرضا فاذا كان لا يعلم العيب استحال ان يكون رضا به واذا لم يسقط خياره وتعذر الرد لتصرفه
وجب الارش واما الكتابه وان الملك لم يزل عنه فان اعتق المشتري العبد ثم اطلع على عيب رجع بالارش وكذلك في العتق ولا يجب الاستحقاق
الارش فمات او هلك العبد وانه لم يرجع بالارش لان الاعتق انهى الملك ولا يكفي زوال اليد ولا يتعين به استحقاق
الارش فصار كالتصرف ولانه انما اخرجه عن ملكه فليس له ان لا يرجع بالارش في العتق خاصه وذلك مثل
البيع والهبه وان اعتقه بعد القبض لانه منع الرد بفعل مضمون فصار كالبيع والكتابه وان اعتقه فالقياس
ان لا يرجع بالارش لانه منع الرد بفعله كما لو باعه وجه الاستحسان ان العتق ليس يوجب الضمان
يكون حالا الا ترى ان الشريك المعسر لا يضمن اذا اعتق والشريك الموسر اذا دخل دخلا العتق بغير البدل والتدبير
لم يفتح بفعل مضمون واما وقع بزوال الملك حكما فهو كموت العبد واما اذا اكل الطعام او لبس الثوب
حتى تخرق او هلك قال ابو حنيفه لا يرجع بالارش وقال لا يرجع وجه قول ابي حنيفه انه منع الرد بفعل مضمون
فصار كما لو قتل المبيع ووجه قولهما ان الاكل والشرب تصرف يشتري المبيع لاجله كالعتق والبيع
فان اكل بعض الطعام لم يرد ما بقي ولم يرجع في الكل وهذا قول ابي حنيفه لان الطعام كالعقد الواحد الا ترى
العيب ببعضه عيب بجميعه ومن اشترى شيا فوجد بعضه عيبا فتفرق في بعضه لم يكن له الرد ولا ارش
كذلك هاهنا واختلفت الروايه عن ابي يوسف ومحمد فروي عنهما انه يرد ما بقي ويرجع بارش ما اكل لانه لو اكل الجميع
رجع بالارش فلا اكل البعض وما بقي يمكن رده من غير ضرر وانه ليس فيه عيب الشركه فيرده وروي عنهما
انه لا يرد ما بقي ويرجع بارش الجميع لان في رد البعض تفريق الصفقه فيما هو في حكم الشي الواحد فاذا تعذر الرد في بعضها
وجب الارش فان باع بعض الطعام ثم علم بالعيب لم يرجع بارش ما باع ولا بارش ما بقي لانه تعذر الرد في
البيع وهو فعل مضمون الا ترى انه لو رد ما بقي لتبعض الرد فيما هو في حكم الشي الواحد فصار كالعقد في البيع واختلفت
الروايه عن ابي يوسف فروي هشام عنه انه يرد ما بقي ولا يرجع بارش ما بقي وذلك لانه لو باع الكل لم يرجع بارشه
فكذلك اذا باع بعضه ولو بقي الكل لرده كذلك البعض اذا لم يكن فيه ضرر الشركه وصار كعبدين وجد بهما عيبا بعد ما
باع احدهما وروي ابن سماعه عنه انه لا يرد الباقي ولا يرجع بالارش وهذا مثل قول ابي حنيفه وروي عنه انه يرجع بارش
ما بقي خاصه لان الرد تعذر فيه بالتبعيض فوجب ارشه وروي ابن رستم عن محمد انه لا يرجع بارش ما باع وما بقي وهذا
مثل قول ابي حنيفه وروي انه يرد ما بقي وقد بينا وجه ذلك لابي يوسف قال ابو الحسين فان خرج المبيع من ملكه
بغير فعله مثل ان تموت الجاريه او يهلك الثوب رجع بالارش لان الرد تعذر من طريق الحكم الا ترى ان الهالك لا يمكن نقل
الملك فيه وتعذر الرد حكما يوجب الارش قال فان كان ذلك بفعل غيره فوجب له الضمان لم يرجع بالارش وقد
قدمنا هذا في القسم الاول وقد قالوا فيمن اشترى دارا فبناها مسجدا ثم اطلع على عيب لم يرجع بارشه لان ملكه زال
عن المبيع بفعل مضمون الا ترى انه لو فعل ذلك بعد ادعى بعده ثم اقر انها للغير كان في حكم الغاصب وقالوا
لو اشترى ثوبا فكفن به ميتا ثم ظهر على عيب فان كان المشتري وارث الميت رجع بالارش لان مقدار الكفن لا يملكه

الوارث من الرجعة وإنما هو مستحق عليه فإذا اشتراه وكفنه فلم يتعلق بالتكفين عن الملك الذي أوجبه العقد وقد تعذر
فيه الرد فيرجع بالأرش ﴿ وقالوا في الكفن بالثوب أجنبيا تبرع بتكفينه لم يرجع بأرش العيب لأنه لما ابتاع الثوب ملكه
وبالتكفين يزول ملكه عنه وزوال الملك بفعل مضمون يسقط الأرش ﴿ قال أبو الحسن فإن أخرج السلعة عن ملكه ففسخ
ذلك الملك بعيب بقضاء أو بغير قضاء قبل القبض كان المشتري في ذلك بمنزلة من لم يبع وذلك لأن الرد بالعيب قبل
القبض فسخ ألا ترى أنه لا يقف على رضا البائع وإذا انفسخ البيع صار كأنه لم يكن ﴿ فإن كان بعد القبض فإن كان بقضاء فهو
مثل الأول لأن الرد بقضاء فسخ للعقد من أصله ألا ترى أن المبيع يدخل في ملكه بغير قبوله ولا رضاه فيصير عقده كأن لم يكن ﴿
وإذا كان الرد بغير قضاء لم يكن للبائع أن يرده ولا أن يرجع بالأرش لأن هذا في حكم تمليك مالك مبتدأ ألا ترى أنه دخل في
ملكه بقبوله ورضاه ﴿ ولو رد عليه بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده كان له أن يردها لأن هذا فسخ للعقد ألا ترى
أنه يقع بفعل المشتري وحده فقد دخل في ملك البائع بغير قبوله ولا رضاه ﴿ فإن وهبها وأقبضها ثم رجع في الهبة
فهو فسخ عندنا بكل حال فصار كالفسخ بخيار الشرط وعلى قول زفر يختلف في الرجوع بالقضاء وغير القضاء وقد ذكرنا في الهبة
مسألة تدل على اختلاف القضاء وغير القضاء في الرجوع والكلام في هذا في كتاب الهبة ﴿ وإذا ادعى المشتري عيبا بالمبيع
فإن كان عيبا ظاهرا مشاهدا فهو على وجهين إن كان مما لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة والناقصة والشامة فإن القاضي
يقضي برده إذا طلب ذلك المشتري لأن إطلاق العقد يقتضي الصحة وقد علمنا وجود العيب في يد البائع فوجب القضاء بالرد ﴿
وإن كان عيبا يحدث مثله كالقروح والأمراض فادعى المشتري أنه كان في يد البائع وادعى البائع أنه حدث في يد المشتري
لم يقبل قول المشتري إلا أن يقيم بينة لأنه يدعي ثبوت الخيار فالقول قول من ينفيه ﴿ فإن لم يقم المشتري بينة استحلف البائع
بالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب لأن البائع جعل القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة والشيء مما يبرأ بذلك فكان
القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه المال ويستحلف على البتة لأنها يمين على فعله وهو وقوع البيع والتسليم على صفة دون
صفة ﴿ وإنما جمعنا بين البيع والتسليم لأنه قد يبيعه ولا عيب به ثم يحدث العيب قبل التسليم فيجب الفسخ به فلهذا يستحلف
على التسليم ﴿ ولو اقتصر في اليمين على قوله والله لقد سلمته وما به هذا العيب اكتفى بذلك لأنه يجمع الأمرين ﴿ وأما إذا
كان العيب مما لا يشاهد كالعيوب المتعلقة بالأفعال من السرق والإباق والبول في الفراش والنقص في البدن الذي لا
يشاهد في كل حال كالجنون والعيوب الباطنة فإن القاضي يسأل البائع هل هذا العيب المدعى عيبا موجود بالعبد الآن أم
لا فإن جحد العيب فلا خصومة بينهما حتى يقيم المشتري البينة أن العبد قد حم عنده أو أبق أو سرق وذلك لأن الخصومة
في العيب فرع على وجوده فما لم يعلم وجوده باتفاقهما أو بالبينة لم تثبت الخصومة فيه ﴿ فإن طلب المشتري يمين البائع
على ذلك فإن القاضي يستحلف البائع بالله ما تعلم أن هذا العيب موجود بالعبد لأن دعوى العيب لو أقر به البائع ثبت
فإذا جحدها استحلف عليها ويستحلف على العلم لأنها يمين على فعل غيره ﴿ فإن نكل عن اليمين أو أقر بالعيب أو أقام
المشتري البينة فهو على التفصيل الذي قدمناه ﴿ إن كان العيب لا يحدث رد به وإن كان مما يحدث ثبتت الخصومة فيه
على ما قدمناه في العيب الظاهر ﴿ فإن كان العيب بباطن النساء مثل الثيوبة والحبل وما لا يطلع عليه الرجال فإنه يرجع
إلى قول النساء فينظر إليه امرأة ثقة والثنتان أحوط ﴿ فإن شهدن بوجود العيب والمبيع في يد البائع رد المبيع بشهادتهن
عند أبي يوسف وذلك لأن ما لا يطلع عليه الرجال فقول المرأة الواحدة فيه كالبينة بدلالة الولادة وإذا ثبت العيب بقولها
فالعيب الموجود في يد البائع يفسخ البائع به ﴿ وأما إذا كان ذلك بعد القبض فروي عن أبي يوسف أنه قال أثبت الخصومة
بشهادتهن ولا أردها لأن المبيع في ضمان المشتري فلا أنقل الضمان بقول النساء وإنما أقبل قولهن في وجود العيب فيثبت
الاستحلاف ﴿ وروي عنه أن العيب إذا كان مما لا يحدث فسخ البيع بقولهن لأن العيب ثبت بشهادتهن وقد علمنا كون
العيب في يد البائع فالفسخ لا يثبت بقولهن وإنما يثبت بحكم العقد ﴿ فأما إذا كان العيب مما يحدث فلو علم أنه كان
في يد البائع لم أقبل قولهن لأن هذا المعنى يمكن أن يعلم من غير جهتهن فلا يقتصر عليهن ﴿ وأما محمد فروي عنه أنه لا
يفسخ بقولهن لأنه فسخ عقد فلا يثبت بقول النساء كالإقالة ﴿ وروي عنه أنه يفسخ بقولهن قبل القبض وبعده لأن العيب ثبت
بشهادتهن للضرورة والفسخ بحكم العقد عند ثبوت العيب يثبت كما تثبت بشهادتهن الولادة ويثبت النسب بعقد النكاح ﴿
وأما إذا كان العيب لا يقف عليه إلا الأطباء رجع إلى قول اثنين عدلين مسلمين فإذا شهدا بوجوده قبل قولهما لأن الأمراض
تعرف من جهتهم فيرجع إليهم فيها ﴿ قال أبو الحسن وأما الإمام والحاكم إذا نصبا رجلا ليبيع على يتيم أو يشتري مما يتولياه
بالولاية فلا يكون البائع في ذلك خصما ﴿ قال والأصل في هذه الجملة أن العاقد لغيره إذا كان ممن يجوز أن يلزمه الخصومة
كالوكيل والشريك والمضارب والمأذون والمكاتب فالخصومة تلزمهم لأنها من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق
بالعاقد إذا كان ممن يلزمه الخصومة كالعاقد لنفسه فما قضي به على العاقد رجع به على من وقع العقد له لأنه قام
مقامه ﴿ إلا المكاتب والمأذون فإنهما لا يرجعان على المولى ولكن الدين يلزمهما المكاتب ويباع المأذون فيه لأنهما يتصرفان لأنفسهما
فلا يرجعان على غيرهما ﴿ وأما القاضي والإمام إذا عقدا بحكم الولاية أو عقد أمينهما لم يلزمهما الخصومة لأن الخصومة
لو لزمت القاضي لم ينفذ حكمه فيما هو خصم فيه فلما نفذ حكمه دل على أن الخصومة لا تلزمه ﴿ إلا أنه ينصب خصما يخاصم
في ذلك فما قضي عليه رجع به في مال من وقع التصرف له فإن كان التصرف للمسلمين رجع في بيت مالهم وإن كان العاقد
صبيا محجورا أو عبدا محجورا فلا خصومة عليهم ولا ضمان وإنما الخصومة على من وكلهم لأن العقد وقع له والعاقد ممن لا يلزمه
الخصومة فصار كالوكيل بالنكاح ﴿ وإذا خاصم الوكيل في العيب فرد عليه المبيع ببينة قامت بالعيب رد على موكله

لأن البينة لا تتهم به في حقه وحق موكله ﴿ وكذلك إن رد عليه بنكوله لأن النكول لا يتعلق به حكم حتى ينضم إليه القضاء
فصار كالبينة ولأن الوكيل لا يتعمد فيه لأنه لا يلزمه أن يحلف كاذبا ﴿ وأما إذا رد عليه بإقراره بالعيب فإن كان العيب
لا يحدث مثله كان له رده على موكله لأنا علمنا أنه كان في يده وإن كان مما يحدث مثله كان له خصومة موكله فإن
ثبت أن العيب كان في يد الموكل رده لأن إقراره جائز على نفسه غير جائز على موكله ﴿ وهذا كله إذا رده بقضاء لأنه عاد
إليه بغير قبوله ولا رضاه فعاد على حكم الملك الأول ﴿ وأما إذا عاد إليه بغير قضاء فهو على وجهين كل من ملك أن يشتري
بعد ما باع فإنه يرد على آمره لأن عود الشيء إليه بقبوله كشراء مبتدأ وهذا كالمضارب والشريك وكل من لا يملك أن يشتري بعد
ما باع إذا رد عليه بغير قضاء لزمه في نفسه ولم يكن له الرد على موكله فيما يحدث مثله أو لا يحدث مثله لأن المبيع عاد إليه
بقبوله فعاد على حكم ملك مبتدأ ﴿ وقد ذكر محمد في البيوع ما يقتضي أن الوكيل إذا قبل المبيع بغير قضاء والعيب مما لا
يحدث أنه يرد على موكله وهذا ليس بصحيح والصحيح ما ذكرناه ووجهه إن صحت الرواية فيه أن العيب الذي لا يحدث
معلوم الكون عند الموكل والفسخ فيه مستحق فيقع الرد عن مستحقه كما لو قامت البينة بالعيب ﴿

باب البراءة من العيوب

قال أبو الحسن رحمه الله إذا باع الرجل على أنه
بريء من كل عيب فعندهم لم يخص شيئا من العيوب من الجائز في قولهم وقال الشافعي البراءة من العيوب المجهولة لا تصح إلا أن يكون
في باطن الحيوان ففيها قولان وهل يفسد العقد بشرط البراءة فيه قولان لنا أن كل عيب لو ظهر وجب فسخ العقد به جاز
أن ينعقد العقد غير موجب للفسخ به كالعيب المعلوم ولأن البراءة حكم يتعلق بالعيب فجاز أن يتعلق بالعيوب المجهولة
كوجوب الرد وهذه المسألة مبنية على أن البراءة من العيوب المجهولة ومن الحقوق المجهولة جائزة وقال الشافعي لا يجوز وهذا
خلاف النص والإجماع وروي أن رجلين تخاصما إلى النبي عليه السلام في مواريث قد درست فقال استهما وتوخيا الحق وليحلل
كل واحد منكما صاحبه ﴿ وأما الإجماع فلأن المسلمين في سائر الأعصار إذا حضرهم الموت استحلوا معامليهم من غير نكير ﴿
وأما قول الشافعي أن شرط البراءة من المجهول يفسد العقد فخلاف الإجماع لأن زيد بن ثابت ابتاع من ابن عمر عبدا بشرط البراءة
من العيوب فأراد أن يرده بعيب فقال ابن عمر بعت بشرط البراءة وقال زيد إنك لم تعدد العيوب واختصما إلى عثمان رضي الله عنه
فقضى على ابن عمر باليمين فقد أجمعوا على صحة العقد مع هذا الشرط ﴿ ولأن العيوب المجهولة معنى يثبت به الفسخ فشرط
إسقاطه فيما قد رآه لا يبطل العقد كالخيار المشروط ﴿ قال أبو الحسن فإن حدث به عيب قبل القبض فروى محمد عن أبي يوسف
أن البائع يبرأ منه بالبراءة المشروطة في البيع وقال محمد وهي رواية بشر وابن سماعة عن أبي يوسف وهو قول زفر والحسن
إنه لا يبرأ من الحادث وجه قول أبي يوسف أن العقد سبب لوجوب الفسخ بالعيب الحادث فإذا أبرأه منه فقد أسقط
الحق عند وجود سببه فجاز ﴿ ووجه قول محمد أنه إبراء عن حق لم يجب فإذا وجب بعد البراءة لم يسقط كما لو أبرأه من دين
قبل وجوبه ثم وجب ﴿ وقال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف أنه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث فسد
[illegible]

باب بيع المرابحة والتولية

[illegible]

وان شا نقض البيع لانه دخل في العقد ليسلم له جملة فغيرها فاذا نقصت تفرقت الصفقة عليه فثبت له الخيار واما قوله
قدلهم المشتري فيبدا به اذا راى الصبره لان رويه بعضها كرويه جميعها فلا يثبت له خيار الرويه ✿ وان قال بعتك هذا
الطعام على انه كر كل قفيز او كل قفيزين او كل ثلثة بكذا فذلك جايز لان العقد وقع على الجملة وهي معلومة وجعل
لكل قفيز منها ثمنا معلوما فثمن الكل معلوم فيجوز العقد ✿ فان زاد على كر فالزياده للبايع على ما قدمنا وان نقصت
فللمشتري الخيار ✿ فان لم يسم الجملة وقال بعتك هذه الصبره كل قفيز بدرهم او كل قفيزين بدرهم او كل ثلثة بدرهم
فالبيع جائز عند ابي حنيفة في القدر الذي سمى كيله قفيزا كان او اثنين ولا يجوز فيما زاد على ذلك وقال ابو يوسف
ومحمد يجوز في الجميع ووجه قول ابي حنيفة ان الجملة التي سمى كيلها معلومة القدر معلومة الثمن فاذا افردها من
الجملة فالبيع جايز فيه وما زاد على ذلك مجهول القدر مجهول الثمن الا ترى انه يجوز ان يزيد فيزيد الثمن بزيادته
ويجوز ان ينقص وجهالة الثمن والمبيع تفسد كل واحد منهما العقد ✿ ووجه قولهما ان هذه الجهالة ترتفع في
الثاني بفعل احد المتعاقدين اذا كال والجهالة التي ترتفع بفعل احدهما لا تمنع جواز العقد كبيع عبد من عبدين على
ان المشتري بالخيار ✿ فان كيل الطعام فعلم مبلغه فالمشتري بالخيار ان شا اخذ بحساب ذلك كله وان شا ترك لان
الجهالة ارتفعت والبيع اذا فسد لمعنى صح بزواله ✿ فاما قبل الكيل فان فسخ البايع العقد جاز لان الفساد لم يرتفع فلكل
واحد من المتعاقدين الفسخ ✿ وان علم المشتري بالكيل فرضي بذلك فليس للبايع ان يفسخ روى ذلك محمد عن ابي حنيفة
في الاملاء ان الخيار لكل واحد منهما قبل الكيل فان كيل فرضي المشتري لم يعتبر رضا البايع وروى حبان بن بشر الاسدي عن
ابي يوسف قال ابو حنيفة لا يجوز العقد فيما زاد على القفيز الواحد الا ان يتراضيا بتسليمه ووجه رواية محمد ان الفساد
دخل لجهالة القدر فاذا زال ذلك ورضي المشتري لم يكن للبايع خيار كما لو ثبت الخيار لجهالة الصفات فراه المشتري فرضيه
لم يكن للبايع خيار ✿ ووجه رواية ابي يوسف ان الخيار كان للفساد بدلالة ان لكل واحد منهما الفسخ قبل رضا المشتري
والخيار للفساد لا يبطل الا بتراضي المتعاقدين وعلى هذا كل مكيل وموزون ومعدود غير مختلف للمعنى الذي ذكرناه
وقد قالوا لو اشار البايع الى نوعين حنطة وشعير وقال ابيعك هاتين الصبرتين كل قفيز بدرهم فالبيع جايز عند ابي حنيفة
على الصبرتين جميعا لما بيناه ✿ وان كان المبيع معدودا اختلفت قيمته كالعبيد والثياب والغنم فقال ابيعك هذه الرزمه
كل ثوب بدرهم فالبيع باطل عند ابي حنيفة في الجميع لجهالة المبيع والثمن كما قال في الصبره وباطل في واحد لانه لا يجوز افراده
بالبيع ✿ وان قال ابيعك هذا القطيع على انه خمسون راسا او هذه الرزمه على انها خمسون ثوبا كل ثوب بعشرة فالبيع
جايز لانه سمى جملة المبيع والثمن معلوم بمعرفة الجملة فيصح البيع ثم لا يخلو بايع الرزمه اما ان يكون سمى لكل ثوب ثمنا او سمى
الثمن جملة واحدة وكل واحد من القسمين على قسمين اما ان يجدها ناقصة العدد او زايدة فان كان سمى الثمن جملة فالبيع فاسد
في الزياده والنقصان اما في الزياده فلان الثوب الزايد لم يقع عليه العقد فيصير بايعا الخمسين ثوبا من احد وخمسين ثوبا
وهذا مجهول لان الثوب المردود لا يعلم اي الثوب هو ✿ واما اذا كانت ناقصه فيحتاج ان يحط حصة الثوب وهي
مجهولة لانها تعلم بالظن والحزر ✿ فاما اذا سمى لكل واحد ثمنا وكانت زايده فالبيع فاسد لان المردود مجهول فصار كمن
باع خمسين ثوبا من احد وخمسين ✿ وان كانت ناقصه جاز البيع لان كل ثوب معلوم الثمن بالعقد فباقي الثمن معلوم وللمشتري
الخيار لتفرق الصفقة عليه ✿ فان كان المبيع ارضا او دارا او شيا ينقصه تبعيضه كالثوب ابيعك كل ذراع بدرهم فالبيع باطل
عند ابي حنيفة في الجميع لجهالة جملة الثمن والمبيع ولا يجوز في ذراع واحد لان بيع ذراع من دار لا يجوز عنده لاختلاف ذرعانها
وقال ابو يوسف ومحمد البيع جايز في الجميع لان الجهالة ترتفع في الثاني بفعل احد المتعاقدين ✿ قال وان قال كذا وكذا ذراعا كل ذراع
بدرهم فالبيع جايز في قولهم لانه سمى جملة المبيع وجملة الثمن فصار المبيع والثمن معلومين ✿ فان كان الذرع زايدا وقال ابيعك هذه
الدار على انها الف ذراع كل ذراع بدرهم فالمشتري بالخيار ان شا اعطى حصة الزياده وان شا ترك لانا لو جعلنا له الدار ولم
نلزمه حصة الزياده صار كل ذراع باقل من درهم والبايع لم يرض بذلك ولو الزمناه حصة الزياده ✿ والمشتري بالخيار لانه
دخل في العقد ليسلم له الدار بجملة الثمن والان لا يسلم له الا باكثر منها ✿ وان وجدها ناقصة الذرع فالمشتري بالخيار ان شا
اخذ بحصتها وان شا ترك لانا لو لم نحط حصة النقصان صار كل ذراع باكثر من درهم والمشتري لم يرض بذلك وانما اثبتنا له
الخيار لان الجملة نقصت عما سمى فتفرقت الصفقة ✿ واما اذا قال ابيعك هذه الدار على انها الف ذراع بالف درهم ولم يسم لكل
ذراع ثمنا فان زادت فالزياده للمشتري بغير شي لان الذراع صفة في الدار فهو كما لو اشترى العبد اذا وجده كاتبا او على الشرط
واما الزياده في المسالة الاولى لاجل انه سمى لكل ذراع ثمنا فلما ان يكون الذراع له حصة ✿ وان وجدها ناقصة الذرع
فالمشتري بالخيار ان شا اخذها بجميع الثمن وان شا ترك لما بينا ان الذرع صفة لانه لا يجوز افراده بالعقد ونقصان الصفة
يثبت للمشتري الخيار من غير حط كالعيب

باب بيع المرابحة

قال المرابحة نقل الملك بمثل الثمن الذي قام به المبيع على المشتري مع زيادة ربح وهو عقد جايز لان المبيع فيه والثمن معلومان
ولان الناس يتعاقدونه في سائر الاعصار من غير نكير واما التولية فهي نقل الملك الى المشتري بمثل الثمن الاول من غير زياده
والاصل في جواز ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له ولني احدهما فقال هو لك بغير شي
فقال اما بغير ثمن فلا وهذا يدل على جواز التولية ✿ قال ابو الحسن واذا اشترى شيا بدراهم او دنانير او مكيل او موزون بعينه او بغير
عينه او بشي او بجوز فباع ذلك مرابحة بربح معلوم جاز قال وجملة هذا ان الثمن اما ان يكون له مثل او لا مثل له فان كان له
مثل فباعه مرابحة جاز لان الثمن معلوم يقدر المشتري على تسليمه ✿ ويستوي في ذلك ان يجعل الربح من جنس راس المال

او من غير جنسه اذا كان معلوما يجوز الشري به لان الربح جزء من الثمن والثمن يجوز ان يكون من جنس واحد ويجوز ان يكون من
جنسين ✿ فاما اذا كان البدل في العقد الاول مما لا مثل له فباع المبيع مرابحة ممن لا يملك ذلك البدل فالبيع باطل لان
المشتري في المرابحة يلزمه مثل الثمن وهذا الثمن لا مثل له فلو جاز للزم قيمته وهي مجهولة تعلم بالحزر والظن فاما اذا
باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل اما البايع له او من ملكه على البايع فهو على وجهين ان قال ابيعك بربح درهم او
دينار او شي من المكيل والموزون موصوف جاز لان المشتري يقدر على تسليم راس المال لانه في ملكه والربح معلوم
فجاز ✿ وان قال بربح ده يازده فالبيع باطل لانه جعل الثمن الثوب وعشره وعشره لا يمكن الرجوع فيه الا بالقيمة وهي
مجهولة فلا يصح البيع ✿ واما اذا باع مرابحة فراس المال هو الذي يملك المبيع به دون ما نقده وهذا كمن اشترى ثوبا
بعشرة فاعطاه عنها ثوبا او دينارا فراس المال العشره لانها هي الثمن والدينار ملك بعقد اخر فلا اعتبار به ✿ ومن
اشترى ثوبا بعشرة فقال ابيعك هذا الثوب بربح درهم لزمه عشره مثل ما نقد المشتري وان خالف نقد البلد ولزمه
الربح من نقد البلد اذا اطلقه ✿ لان راس المال يجب فيه رد المثل فلا يعتبر بنقد البلد والربح درهم مطلق في العقد
وهو مجهول فيكون على نقد البلد ✿ فان نسبه الى راس المال فقال ابيعك بربح ده يازده او العشره واحد فالربح
من جنس الثمن لانه جعل جزءا منه فكان على صفته ✿ وان خان البايع في راس مال المرابحة ثم اطلع المشتري على
ذلك فهو بالخيار عند ابي حنيفة ومحمد ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا ترك وقال ابو يوسف يحط الخيانة وحصتها من الربح
وهي رواية هشام عن محمد ووجه قولهما ان البايع رضي بجملة من الثمن وتبقيتها لا تخرج العقد عن موضوعه فلم يجز ان
يلزمه البيع باقل منها كما لو اطلع المشتري على عيب فاراد حط حصته لم يجز ووجه قول ابي يوسف ان البايع رضي
بمقدار من الربح فيما زاد عليه وجب اسقاطه كما في التولية لما رضي براس المال وجب اسقاط ما زاد عليه ✿ وقد قال ابو حنيفة
ومحمد ان هلك المبيع او حدث به عيب عند المشتري مما يمنع الفسخ سقط خياره ولا شي له وروى عيسى بن ابان عن
محمد انه رجع عن هذا وقال يرد المشتري قيمة المبيع ويرجع بالثمن ووجه قولهما المشهور ان هذا الخيار ثبت
من طريق الحكم لا لفوات جزء من المبيع فاذا هلك المبيع سقط من غير عوض كخيار الرويه ووجه رواية عيسى ان
المشتري ثبت له الخيار لاستدراك حقه في الخيانة وعند محمد ان الفسخ المستحق يجوز ان يقع على القيمة ليستدرك
المشتري حقه ✿ واما اذا خانه في التولية قال ابو حنيفة وابو يوسف يحط الخيانة وقال محمد المشتري بالخيار ان شا
اخذ بجميع الثمن وان شا ترك ووجه قولهما ان تبقية الخيانة يخرج العقد عن موضوعه لانها زيادة في عقد التولية ولو بقيت
الخيانة لصارت مرابحة وهذا لا يجوز وليس كذلك الخيانة في المرابحة لان تبقيتها لا تخرج العقد من موضوع المرابحة وانما
يقل الربح ويكثر فلذلك لم يحط ووجه قول محمد ان البايع رضي بجملة من الثمن فلا يجوز ان يلزمه البيع باقل منها كالمرابحة
واذا اشترى الرجل سلعة فحط عنه بعض الثمن باع مرابحة لما بقي بعد الحط وان حط منه بعد ما باع حط ذلك عن المشتري
مع حصته من الربح وهذا فرع على ان الحط يلحق باصل العقد وقال زفر والشافعي لا يلحق وانما هو هبة مبتداه ووجه
قولهم ان العقد في ملكهما بدلالة انهما يملكان الفسخ بالاقالة فجاز الحط فيه كحال المجلس وربما قالوا ان الحط في حال المجلس
فيه قولان واذا ثبت ان الحط يلحق باصل العقد صار الثمن ما بقي فيبيعه مرابحة على ذلك ووجه قول زفر ان المبيع في
ملك المشتري والثمن في ملك البايع فلو لحق الحط العقد لكان البايع يدفع الى المشتري عوضا عن ما هو باق على ملكه فلا
يصح كما بعد الاقالة ✿ وقد قالوا لو زاد المشتري البايع في الثمن جاز ان يبيع مرابحة على الاصل والزيادة لانها لحقت
العقد عندنا فصارت كالموجود فيه ✿ واذا اشترى شيا بعشرة فباعه باثني عشر ثم اشتراه بعشرة باعه مرابحة على ثمانية
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه على عشرة ووجه قول ابي حنيفة ان المرابحة يجمع فيها العقود فيلحق
الثمن ما قام به المبيع على المشتري بدلالة انه يضم الى راس المال اجرة الخياطة والصبغ فاذا ضم احد العقدين الى الاخر
صار راس المال ثمانية ✿ ولان البايع لما اشترى ما باع فقد حصل لنفسه بالعقد المبيع وتقرر الربح في العقد الاول
الا ترى انه كان معرضا للسقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه امن من ذلك فاذا استفاد بعقد شيين لم يجز
ان يقابل احدهما بجميع الثمن كالثوبين ✿ فان الربح على هذا اذا اشتراه يحطه قلنا ينبغي ان يقال على قول
ابي حنيفة لا يبيع حتى يبين ولا يجب الحط لانه لا يمكن الحط من غير جنسه ووجه قولهما ان كل واحد من العقدين
يتعلق به من الحقوق ما لا يتعلق بالعقد الاخر فلم يعتبر الربح الحاصل في احدهما في الاخر ✿

باب ما يحدث في السلعة ما ينبغي ان يبينه المشتري او لا يبينه

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله واذا اشترى الرجل سلعة فحدث بها عيب في يد البايع او في يد المشتري من غير
فعل احد فلا باس ان يبيعها مرابحة بجميع الثمن ولا يبين للمشتري لانه لم يحبس لنفسه شيا من المبيع فوجب ان [illegible]
اشترى العين بهذه الجملة ولان جزء العيب لا حصة له الا ترى انه لو حدث في يد البايع لم يسقط شي من الثمن فلا يجب بيانه
كنقصان السعر وقال زفر لا يبيعه مرابحة الا بعد ان يبين لانه قد فات بعض ما ملك بالعقد فصار كما لو اشترى عبدين فهلك
احدهما ✿ وان كان الحادث من فعل المشتري او اجنبي لم يبعه مرابحة حتى يبين لانه لما جنى عليه فقد حبس بعض المبيع
بجنايته فلا يجوز ان يبيع البعض مرابحة على جميع الثمن واما الاجنبي فقد وجب له الارش فصار كما لو باع بعضه ✿
وكذلك لو كان المبيع له غلة فاستغلها او ثمرة مثل ان يثمر النخل او يلد الحيوان او يأخذ الصوف او يطا الجارية الثيب فاخذ
العقر فانه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لانه قد احدث شيا من نفس المبيع فصار في حكم المبيع ✿ ولان المشتري لو علم [illegible]

للبايع لم يرض ان يربحه فيه فلا بد من بيانه ۞ قال وكذلك ان استهلك ذلك فسبيله لان العوض وجب عنه فصار كما لو
باعه ۞ وان هلك في يده جاز ان يبيعه مرابحة ولا يبين لان اجزاء المبيع لو هلكت جاز بيع الباقي بغير بيان فكذلك ما هو في
حكم الجزء ۞ قال وان استغل العبيد او الارضين وغيرهما مما يدخل فيها لم يبين لانه لو استخدم الجارية لم يلزمه البيان فسلامة
بدل المنفعة كسلامة المنفعة ولان الغلة لا تملك بملك الاصل بدلالة ان الغاصب يستحقها بعقده وان لم يملك الاصل
لم يمنع في حكم الاجتماع ۞ وكذلك اذا وطئ بعقد اشتراها وهي ثيب لانه لم يحبس جزءا منها فصار كما استخدمها وان قال ان وطي البكر
عنه لم يمنع الرد بالعيب فهو عيب لان العيب الذي يحبس المشتري شيئا من المبيع لا يجب بيانه كالعيب بآفة من السماء
وليس كذلك اذا وطيها وهي بكر لانه اتلف البكارة فصار حابسا لجزء من المبيع فلا يجوز بيعها مرابحة حتى يبين ۞ وان لم يبين
ذلك حتى باع ثم علم به المشتري فله الخيار لان البايع خاينه ۞ فان لم يعلم بذلك حتى هلك المبيع فلا شي له لان هذا الخيار
يثبت له من طريق الحكم فاذا هلك المبيع سقط من غير شي كخيار الرؤية ۞ واذا اشترى شيئا نسا لم يبعه مرابحة حتى يبين
لان النسا نقصان من طريق المعنى فصار كالنقصان من طريق الصفة ۞ فان اشترى بدين له على رجل فله ان يبيع مرابحة
ولا يبين لانه انما اشترى بثمن في ذمته ثم صار ذلك الثمن قصاصا بما في ذمته ومن اشترى بثمن في ذمته جاز ان يبيع مرابحة
ولا يبين ۞ قال وان كان صالحا عن دين له لم يبعه مرابحة حتى يبين وذلك لان الصلح يعقد به المسامحة والحط فصار من
عقود التبرع فلانه لا يعقد الضمان واذا لم يصالحه بعوض مضمون لم يبعه مرابحة ۞ قال ابو حنيفة اذا اشترى ممن لا
تجوز شهادته له لم يجز له ان يبيعه مرابحة حتى يبين وقال ابو يوسف ومحمد له ان يبيعه مرابحة الا فيما اشتراه ممن له
عليه رق وجه قول ابي حنيفة ان مال هؤلاء كماله بدلالة ان ما يحصل لهم من منافعه كما يحصله لنفسه ومن اشترى
من نفسه لم يجز بيعه مرابحة ۞ ولان الانسان في العادة اذا اشترى من ابيه وابنه حاباهم فصار كالشرى من عبده ومكاتبه
وجه قولهما ان الشرى من هؤلاء شرى صحيح بدلالة تميز احد الملكين عن الاخر فاما عبده ومكاتبه ومدبره فملكهم
غير متميز من ملكه فعقده معهم ليس بعقد في الحقيقة في حق الغير فلم يجز بيع المرابحة بذلك ۞

باب ما للمشتري ان يلزمه السلعة في بيع المرابحة

قال ابو الحسن رحمه الله كل ما جرت عادة التجار بالزامه المتاع من قصارة او تطريز او غسل او فتل او صبغ او اجرة
سمسار او حمل من بلد الى بلد فلا باس بان يلزمه ذلك المتاع وكذلك ان كان مضاربا ضم ما انفق على الرقيق في طعامهم
وكسوتهم وما لا بد لهم منه اذا كان بالمعروف وذلك لان عقد المرابحة يعتبر فيه المرابحة وقد جرت عادة التجار بالحاق
كل ما عاد ببذل العوض فيه زيادة الى عين المبيع او قيمته وهذا المعنى موجود في جميع ما ذكرناه ۞ قال وما انفقه المضارب
على نفسه في سفره لم يضمه لان نفقة المضارب كنفقة رب المال ومعلوم ان رب المال لا يجوز له ان يضم نفقته الى
راس المال فكذلك المضارب لان التجار لم تجر عادتهم بالحاق ذلك ۞ قال وما انفق على الرقيق في اجرة الطبيب او
دواء او ختان او حجامة لم يضمه لان هذا ليس بمعتاد وما وجب ضمه بالعادة فما كان نادرا في نفسه لا يضم ۞ ويضم اجرة
سايق الغنم لانها [illegible] نقلها من بلد الى بلد فهو كاجرة حمل الطعام ۞ ولا يضم اجرة الراعي لانه لا ياخذ عوضا عن فعل
يوقعه وانما ياخذ حفظها فهو كاجرة البيت الذي يحفظ فيه ۞ ولا يضم جعل الابق لان ذلك نادر فلا يجب ضمه بالعادة
ولا يضم ما انفق على الرقيق في تعليم صناعة او قران او شعر وذلك لان المعلم لا ياخذ العوض بفعل يوقعه في العين
ولان الاستيجار على التعليم لا يجوز فلا يجوز ان يضم ۞ قال وما جاز ضمه فينبغي للمشتري ان يقول قام علي بكذا
ولا يقول اشتريته بكذا لانه اذا قال قام علي بكذا كان صادقا واذا قال اشتريته كان كاذبا لان الشرى يقع بما سمي في
العقد او الحق به دون غيره فلا يجوز له ان يتعرض للكذب ۞ فان ضم الى الثمن ما لا يجوز ان يضمه ثم علم المشتري فهو
بالخيار لان ذلك خيانة وقد ذكرنا حكم الخيانة

باب الرجل يبيع ما اشترى مرابحة

قال الجملة في هذا الباب ان البيع اذا كان جملة واحدة مما يكال او يوزن او يعد وهو متقارب فللمشتري ان
يبيع بعض ما ملك من الجملة مرابحة على حصتها من الثمن لان الثمن يقسم فيما تقارب بالاجزاء فصار حصة كل جزء معلومة بالعقد
فكانه سماها ۞ واذا كانت الجملة مما لا يكال ولا يوزن ولا يعد او يعد وهو مختلف فان باع بعضها معينا فهو على وجهين
ان كان الثمن جملة فالبيع باطل لان حصة كل واحد من الجملة مجهولة الا ترى ان الثمن يقسم على قيمتها وذلك يختلف بالحزر والظن
واما اذا كان سمى لكل واحد من الجملة ثمنا جاز بيعه مرابحة بما سمى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز وجه
قولهما ان حصة كل واحد معلومة بالعقد فكانه افرده بالعقد ولان الحصة تتميز بالتسمية وتتميز بالشرع اذا كان المبيع غير
مختلف فان جاز بيع بعض الجملة مرابحة في احد العوضين جاز في الاخر وجه قول محمد ان الانسان قد يشتري الشيئين
رغبة في احدهما فيزيد في حصة احدهما لاجل الاخر فاذا باع الاخر لحقته التهمة فيمنع من المرابحة وقد اجاب ابو يوسف
عن هذا فقال هذا الرجل اشترى شيئا واحدا فغالى في ثمنه جاز له ان يبيعه مرابحة وكذلك اذا زاد في احد الشيئين
لاجل الاخر فقد غالى فيه وقال ابو يوسف هذا اذا غالى بما يتغابن الناس فيه فاما اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس
فاني لا احب له ان يبيعه مرابحة حتى يبين لان الزيادة الكثيرة في حكم التبرع ۞ وعلى هذا قالوا في رجلين اشتريا
جملة فيقتسماها انها ان كانت من المكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت جاز لكل واحد منهما ان يبيع حصته
مرابحة لان ثمنها معلوم بالعقد ۞ وان كانت الجملة مختلفة فاقتسماها لم يجز لاحدهما ان يبيع حصته مرابحة
لان ثمنها ليس بمعلوم بالعقد وانما يعلم بالحزر والظن ۞ وقد قال ابو حنيفة في رجل اسلم عشرة في ثوبين على صفة

واحدة فقبضهما لم يحل له ان يبيع احدهما مرابحة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لابي حنيفة ان الثوبين وان تساويا
حال كونهما في الذمة فقد اختلفا حال التعيين بدلالة ان رب السلم لو باع احدهما وسلمه ثم استحقه على المشتري
لم يجب عليه دفع الاخر عوضه فلو كانت صفتهما متساوية [illegible] العدول الى القيمة [illegible] واذا
اختلف صفتهما حال التعيين صار كانه اشترى ثوبين بثمن واحد فلا يبيع احدهما مرابحة وجه قولهما ان الثوبين
[illegible] بنصف راس المال
[illegible] بنصف راس المال

باب المواضعة

[illegible]

باب الاستبراء

[illegible]

وذلك لا يوجد في القبلة واللمس ۞ فان كانت ممن لا تحيض لصغر او كبر استبراها بشهر لان الله تعالى اقام
الشهر مقام الحيضة في العدة فكذلك في الاستبراء ۞ وسوا في ذلك باعها وطيها او يكون ممن لا يطا مثل
المراة والصبي لان البايع وان لم يطاها فيجوز ان يكون غيره وطيها بشبهة فيثبت نسبه فينبغي ان يستبريها
قال ولا يجب الاستبرا الا فيما ملك بعقد لا بعد القبض وقد قالوا فيما ملك بالوصية والميراث انه كذلك وان
الحيضة الموجودة قبل القبض بعد الملك لا يعتد بها روى ذلك ابن سماعة وبشر وعلي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وقال
ابو يوسف تجزيه الحيضة قبل القبض في الشرا والميراث والوصية وجه قولهم المشهور ان سبب الاستبرا احداث
الملك في الرقبة والاستباحة وذلك لا يوجد قبل القبض لانه لا يحل للمشتري الوطي والحيضة اذا وجدت قبل
سببها لا يعتد بها كالحيض قبل البيع وجه قول ابي يوسف ان المقصود بالحيضة العلم ببراءة الرحم وهذا المعنى
موجود اذا كان قبل القبض ۞ وقد روى بشر وعلي عن ابي يوسف اذا اشترى جارية بكرا فقد احاط علم المشتري انها لم
توطا لم يجب عليه الاستبرا وقال ابو حنيفة يجب وجه قول ابي حنيفة ان البكارة لا تعلم في الحقيقة ولا يسقط
الاستبرا بها ولان الرجل قد يجامع البكر فيسبق الماء مع بقاء البكارة فلا يجوز الوطي حتى يستبرا وجه
قول ابي يوسف ان الظاهر في البكر انها لم توطا فلا يجب الاستبرا ۞ فان اشترى جارية فلم تحض وهي من ذوات
الحيض قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يطاها حتى يمضي عليها مدة لو كانت حاملا لظهر الحمل ثلثة اشهر او ما زاد عليه
وقال محمد لا يطاها حتى يمضي اربعة اشهر وعشرة ايام ثم رجع فقال شهران وخمسة ايام وقال زفر سنتان ۞
وجه قولهما ان الحامل اذا مضت لها مدة ظهرت علامة حملها بانتفاخ جوفها او نزول لبنها فاذا مضت المدة فلم
يستبن الحمل فالظاهر انها حايل فصار كالو استبراها بحيضة فيحل وطيها ۞ وجه قول محمد ان اقصى ما يقع به
الاستبرا اربعة اشهر وعشر فاذا مضت حل الوطي ثم رجع وقال الاربعة الاشهر تعتبر في مدة الحرة واما الامة فاقصى
استبرايها بالشهور شهران وخمسة ايام في عدة الوفاة فاذا مضت جاز الوطي وجه قول زفر ان الاستبرا يجب
خوفا من ان تكون حاملا فلا ينتفي [illegible] اعتبار ذلك ۞ فان ملك جارية
حاملا فوضعت حملها بعد القبض لم يكن عليها استبرا لان براءة الرحم بوضع الحمل اكثر من برائه بالحيض فاذا وضعت
قبل القبض وجب عليها الاستبرا لان ما حصل قبل القبض لا يعتد به لانه وجد قبل سببه ۞ واذا اشترى جارية

لها زوج فعتقتها وطلقها زوجها قبل الدخول فلا استبراء عليه لانها تحت زوج فاذا زال النكاح لم يجب الاستبراء الا بوجود
سببه ولم يوجد ۞ وكذلك اذا كانت في عدة من زوج لان العدة في باب براءة الرحم اكد من الحيض ۞ فاذا انقضت
العدة قبل القبض لم يعتد بها لان سبب الاستبراء لم يوجد وعلى قول ابي يوسف يعتد بذلك كما يعتد بالحيض ۞
وقد قال ابو حنيفة في الرجل يطأ جاريته ثم زوجها فليس على الزوج استبراء وقال ابو يوسف لا يطأ الزوج حتى يستبرئها
بحيضة استحبابا ووجه قول ابي حنيفة ان عقد النكاح لا يوجب الاستبراء بدلالة نكاح الحرة ووجه قول ابي يوسف قوله عليه السلام
لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر ان يجتمعا على امراة واحدة في طهر واحد ۞ وقد قالوا ان اشترى هذه الامة
مشتري بعد زوجها الاول وقبل الثاني ثم طلقها الزوج ولم يدخل بها او لم يدخل بها فليس على المشتري الاستبراء في
قول ابي حنيفة لانه لم يجب عليه بالقبض الذي سببه فلا يجب عليه بعد ذلك الا بحدوث سبب مثله وقال ابو يوسف
يجب على المشتري الاستبراء كما كنت اوجبه على الزوج لانه انما وجب على الزوج حتى لا يجتمع مع وطي الاول والآخر
في طهر واحد فكذلك المشتري ۞ قال واذا حرم فرج الامة على مولاها ولم تخرج بذلك عن ملكه ثم زال ذلك جاز له
الوطي ولا استبراء عليه وهذا مثل ان تكاتبها فتعجز او يزوجها فيطلقها الزوج قبل الدخول او ترتد عن الاسلام ثم
تسلم لان هذا تحريم عارض مع بقاء الملك فزواله لا يوجب الاستبراء كالاحرام ۞ واذا اشترى امة مجوسية او
مسلمة فكاتبها قبل ان يستبرئها ثم حاضت المكاتبة في حال كتابتها او حاضت المجوسية في حال مجوسيتها حيضة ثم
عجزت المكاتبة او اسلمت المجوسية اجزأت تلك الحيضة من الاستبراء وذلك لان الحيضة وجدت بعد سبب
الاستبراء وهو القبض فتحريم الوطي لا يمنع من الاعتداد بها عن الاستبراء كمن اشترى جارية محرمة فحاضت في حال
احرامها ۞ واذا اشترى الرجل اختين فوطئ احديهما لم يحل له وطي الاخرى وذلك لان الجمع بين الاختين في الوطي في ملك
اليمين لا يجوز عندنا وهو قول علي وقال عثمان يجوز وقال احلتهما آية يعني قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما آية وهو
قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والتحليل اولى وقال علي التحريم اولى والصحيح ما قاله علي لان الحظر والاباحة اذا استويا
فالحكم للحظر الا ترى ان المحظور يجب تركه والمباح لا يجب فعله ۞ ولانه معنى يستباح به ولد الاختين فصار كما لو
جمع بينهما في النكاح ۞ قال فان اخرج التي وطئ عن ملكه او زوجها جاز ان يطأ الاخرى اذا كان استبراها ۞
اما اذا اخرجها عن ملكه فقد زال ملكه عن رقبتها فصار كمن طلق احدى الاختين جاز ان يتزوج اختها ۞ وكذلك اذا اخرج
وطي التي وطئها عن ملكه بان زوجها او كاتبها لانها خرجت من ان تكون محلا لوطيه فكانه باعها ۞ واذا اشترى
جارية بيعا فاسدا او قبضها لم يطأها وان حاضت حيضة لان البيع الفاسد يجب فسخه لحق الله تعالى والتصرف فيه
محظور والوطي من جملة التصرف فكان محظورا ۞ وان اشتراها بعد ذلك شراء صحيحا وقد كانت حاضت بعد القبض
في البيع الفاسد لم يعتد بتلك الحيضة لان قبض البيع الفاسد لا يبيح الوطي والحيضة الموجودة قبل سبب الاستباحة
لا يعتد بها ۞ واذا اشترى الرجل جارية ولم يقبضها حتى ناقضه البيع او اقاله فلا استبراء على البائع في رواية
محمد عن ابي حنيفة وهو قول محمد وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان عليه الاستبراء وقال ابو يوسف لا استبراء على البائع
وجه ما رواه ابو يوسف وهو القياس انه لما باع فقد زال ملكه عن رقبتها فاذا فسخ فقد تجدد ملكه في الرقبة
والاستباحة بالفسخ فصار كالمشتري ووجه رواية محمد وهو الاستحسان انها عادت الى البائع قبل تمام ملك
المشتري فصار كما لو عادت وللبائع الخيار ۞ واما اذا اشترى جارية وله فيها خيار ففسخ البيع فيها قال في
الاصل لا يجب الاستبراء على البائع في قياس قول ابي حنيفة واما في قياس قول ابي يوسف ومحمد عليه ان يستبرئها
بحيضة وهذا فرع على اختلافهم في الملك في بيع الخيار عند ابي حنيفة ان الجارية لم تدخل في ملك المشتري فاذا
عادت الى البائع لا يجب عليه الاستبراء كما لو كان الخيار للبائع وعندهما اذا دخلت في ملك المشتري فاذا عادت الى البائع
وجب عليه الاستبراء الا انه لم يعتد القبض ۞ وقالوا جميعا لو كان الخيار للبائع ففسخ لم يجب عليه الاستبراء لانها لم
تخرج عن ملكه

باب ما يحدث في المبيع من النماء قبل القبض او بعده

قال الاصل في هذا ان كل ما حدث في نفس المبيع كالولد واللبن والثمر او كان عوضا عن
جزء من المبيع كالارش او عوضا عما هو في حكم الجزء كالمهر فان ذلك اذا حصل قبل القبض دخل في البيع اما الولد فلان
وجوب التسليم حق مستقر في الام والحقوق المستقرة في الام تسري الى الولد واما الارش فلانه بدل عما
كان داخلا في البيع وحكم البدل حكم المبدل عنه واما المهر فلان الوطي اجري مجرى اتلاف جزء بطريق الحكم
فصار كالارش ۞ فاذا ثبت ان النماء الذي ذكرناه يدخل في البيع فالولد ليس له حصة مضمونة ما دام في يد البائع
بمعنى انه اذا هلك لا يسقط بهلاكه شيء من الثمن وذلك لان الولد تبع للاصل والاتباع لا تضمن الا بالقبض ۞
ويقسم الثمن على قيمة المبيع يوم العقد وقيمة الولد يوم القبض لان المبيع صار مضمونا بالعقد فاعتبرت قيمته عنده
والولد صار مضمونا بالقبض فاعتبرت قيمته عنده ۞ وقد قالوا في الزيادة اذا هلكت في يد البائع انها تهلك
بغير شيء ولا خيار للمشتري في الام الا في ولد الجارية خاصة وذلك لان هذه الزيادة لم يتناولها العقد فاذا هلكت
قبل ان يصير لها حصة مضمونة فكانها لم تكن ۞ فاما ولد الجارية فلان الولادة عيب في بنات آدم فيثبت
الخيار لنقص الام لا لهلاك الولد ۞ واما النماء الذي يخالف ما قدمناه فلا يدخل في البيع مثل الكسب لان
حقوق المتعلقة بالرقاب لا تسري الى الاكساب ۞ ولو اتلف البائع النماء الذي يدخل في البيع ذهب بحصته
من الثمن تقسم على قيمة الاصل يوم العقد وقيمة النماء يوم الاستهلاك لان البائع لما استهلكه صار قابضا له والاتباع
تضمن بالقبض وان لم تضمن بالعقد واذا ضمن النماء بالقبض اعتبرت قيمته يوم القبض ۞ فان استهلك النماء مستهلك
ضمن قيمته وكانت مع الاصل مبيعا لانها قامت مقام الاصل وقد ثبت دخول الاصل في العقد فكذلك بدله ولا خيار
للمشتري في حدوث الزيادة الا في ولد الجارية لان الخيار يثبت لنقص في المعقود عليه وحدوث النماء زيادة فاما
ولد الجارية فلا يثبت الخيار فيه للزيادة وانما يثبت للعيب الحاصل في الام ۞ فان استهلك البائع النماء بطلت
حصته من المشتري ولا خيار له في قول ابي حنيفة الا في ولد الجارية وقال ابو يوسف ومحمد له الخيار وجه
قول ابي حنيفة ان الولد لو هلك بآفة من السماء لم يثبت للمشتري الخيار على ما قدمنا ولم يسقط شيء من الثمن
فاذا اتلفه البائع سقط بعض الثمن فلان لا يثبت الخيار اولى وجه قولهما ان الولد دخل في العقد فاذا استهلكه
البائع تفرقت الصفقة فيه فيثبت الخيار كما لو كان موجودا وقت العقد وهذا ليس بصحيح لانه استهلكه قبل
ان يحصل له حصة مضمونة فلم يكن ذلك تفريقا الا ترى انه لو كان كالموجود حال العقد استوى هلاكه واستهلاكه
في ثبوت الخيار ۞ قال ابو الحسن قال ابو يوسف اذا اشترى ارضا ونخلا فاثمرت النخل فان الثمرة داخلة في بيع النخل
دون الارض وقال محمد هي داخلة فيهما ومعنى ذلك ان عند ابي يوسف اذا استهلك البائع الثمرة قسم الثمن على قيمة
الارض وقيمة النخل فما اصاب النخل قسم على قيمته يوم العقد وقيمة الثمر يوم الاستهلاك ووجه ذلك ان الارض
والنخلة كل واحد منهما يجوز افرادها بالعقد فالنماء من احدهما يتبعه خاصة ولا يتبع الآخر كمن اشترى جاريتين
فولدت احداهما دخل الولد في بيع امه دون الاخرى واما محمد فيقسم جملة الثمن على قيمة الارض والنخل يوم العقد
وقيمة الثمر يوم الاستهلاك ووجه ذلك ان النخل يدخل في بيع الارض على طريق التبع الا ترى انه لا يفتقر في دخوله
الى التسمية ولو هلكت لم يسقط بهلاكه شيء فصار كمن اشترى جارية فولدت ولدا فكبر ولدها في يد البائع فولدت
ولدا ان الثمن يقسم عليهم يعتبر فيه قيمة الام يوم العقد وقيمة الولدين يوم القبض كذلك هذا ۞ وما حدث من النماء بعد القبض
فليس بداخل في العقد ولا حصة له من الثمن لان العقد لم يقع عليه ولا وقع عليه التسليم الموجب بالعقد فصار كسائر امواله ۞

باب الزيادة في المبيع

قال ابو الحسن الزيادة في المبيع
بعد وقوعه وتمامه جائزة عند اصحابنا جميعا من البائع كانت او من المشتري اذا كانت الزيادة مما يستوثق العقد عليها
وعلى المزيد فيه جاز اما جواز الزيادة في المبيع والثمن فهو قول اصحابنا الا زفر فانه قال الزيادة هبة مبتداة ان
قبضت استحقت والا بطلت وقال الشافعي في الزيادة في المجلس مثل قولنا وبعد المجلس مثل قول زفر لنا ان العقد
في ملكهما بدلالة جواز الفسخ فيه فجاز الحاق الزيادة به كحال العقد ولان البيع يقع على جارية فتلد قبل القبض فيدخل
ولدها في البيع فاذا جاز الحاق الزيادة بغير تراض من طريق الحكم فلان يجوز مع التراضي اولى وعلى الشافعي ان العقد
في ملكهما فجاز الحاق الزيادة به كحال المجلس وجه قول زفر ان المبيع في ملك المشتري والثمن في ملك
البائع فاذا زاد المشتري فهو بذل العوض عن ملك نفسه وهذا لا يجوز والجواب ان هذا العوض عندنا
يلحق بالعقد من طريق الحكم ويصير كالموجود فيه فلا يكون دفع عوض عن ملكه ولان الموهوب له اذا قبض الهبة
ثم عوض عنها جاز وان كان دفع العوض عما هو في ملكه ۞ فاما شرط ابي الحسن ان تكون الزيادة مما يجوز استيناف
العقد عليها والمزيد عليه بحيث يجوز العقد عليه فانما شرط ذلك لاحد الامرين احدهما انه ذكر اجماعهم والزيادة
المتفق عليها ما كانت بهذه الصفة فاما على قول ابي حنيفة لا يحتاج الى هذا الشرط لان الزيادة الفاسدة تلحق
عنده وتفسد والزيادة بعد هلاك المعقود عليه تلحق او يكون هذا الشرط في لزوم الزيادة لا في لحوقها لان الزيادة
الصحيحة تلحق وتلزم والفاسدة عنده تلحق ولا تلزم لان العقد عنده يبطل ۞ قال ابو الحسن وسواء كان
ذلك قبل القبض او بعده لان العقد في ملكهما في الحالين وهذا هو المعنى المجوز ۞ قال ابو الحسن وتفسير
هذه المسئلة اذا كان المبيع عبدين بالف فزاده المشتري مائة جاز وانقسمت على قيمتهما وكان الثمن في
الاصل الفا ومائة وكذلك ان كان لكل عبد ثمن مسمى فزاده مائة انقسمت على قدر الثمنين ولو زاده في
العشرة واحدا انقسمت على قدر الثمنين لانه اذا زاده في العبدين مائة فقد جعله بدلا عنهما والبدل عن
الشيئين المختلفين ينقسم على قيمتهما كاصل الثمن وكذلك اذا كان سمى لكل عبد ثمنا ثم زاده مائة مطلقة فانها
انقسمت على قيمتهما لان المائة بدل مطلق فصار كالاصل اذا كان مطلقا ۞ فاما اذا زاده في العشرة واحدا فان الزيادة
اتبعها الثمن فوجب ان تنقسم على قدره الا ترى انها لو قسمت على القيمة لصارت في احدهما اقل من واحد في العشرة
وفي الآخر اكثر وهذا ضد ما قصده ۞ قال ابو يوسف اذا اشترى عبدين صفقة واحدة بالف فحط عنه
المشتري مائة كان الحط نصفين والحط في الالف كالزيادة وذلك لان الحط لا يكون الا من ثمن ولا يتبع القيمة فاذا قال
حططت من ثمنهما مائة فقد ادخلها في الاطلاق على وجه واحد فقسمناها ۞ واذا زيد في المبيع ما لا يجوز بيعه او لا يجوز
الشرى به فقبل الآخر انفسخ العقد عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الزيادة باطلة والعقد على حاله ووجه قول
ابي حنيفة ان كل حالة يملكان فيها تسمية عوض صحيح فاذا سميا فيها عوضا فاسدا افسد العقد كحالة العقد ولان
الزيادة الفاسدة معنى يتغير به العقد فاذا اتفقا عليها صار كما لو اتفقا على الفسخ ووجه قولهما ان الزيادة
الفاسدة لا فائدة في الحاقها وما لا فائدة فيه يلغو ويصير كان لم يكن ولانها لا تملك لحق الله تعالى فلا يغير [illegible]

ولو كان المبيع قد هلك مما لا يجوز العقد عليه مثل ان يعتقه المشتري او يستولد او يدبر او يكون عصيرا فيصير خمرا او
يخرجه المشتري عن ملكه فان الزياده جايزه عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد لا تجوز وجه قول ابي حنيفه ان العقد
في ملكيهما بدلالة ان المشتري لو اطلع على عيب بعد العتق او الهلاك رجع بحصته من الثمن فجاز الحاق الزياده كما لو كان
قايما بحاله وجه قولهما ان الزياده تثبت في الحال وتستند الى حال العقد فلا بد من اعتبار الطرفين فان كان المبيع بحالة
لا يجوز العقد عليه لم يجز الزياده في عوضه وعلى هذا الخلاف اذا زاد الزوج في مهر المراه بعد موتها ● واذا زاد غير
البايع او المشتري في المبيع او في الثمن فان كان ذلك بامر من زيد عليه جاز لان الزياده باذنه كمن زادها بنفسه ولو
زاد بنفسه جاز فكذلك اذا زاد وكيله ● واما اذا كان بغير امره وقعت الزياده على رضا من زيدت عنه فان اجازها
جاز وان ابطلها بطلت لانه بذل العوض عنه فصار كالعقد له ولو عقد عقدا له وقف فكذلك اذا بذل عنه زيادة في
عقد وقف ● ولا يجوز ان يقال هلا قلتم انه يضمن الزياده كما يضمنها الوكيل لان الوكيل في الزياده لا يضمن وان امر
بالزياده فالموهوم اولى وانما قلنا انه لا يضمن وان امر بالزياده لان المعقود عليه في ملك العاقد فلا يصح ان ينتقل الى
المتولي للزياده وهو الوكيل فلا يجوز ان ينتقل الملك فيه الى الوكيل لا يضمن بعقده كالوكيل بالنكاح ● فان ضمن هذا
الزايد الزياده جازت ولم يقف على رضا العاقد لانا وقفنا على رضاه ليسلم من جهته فاذا ضمنها المتولي للزياده وبذلها
حصل العوض فلم يقف ونظير هذه المسله ما قال محمد في الجامع الصغير اذا قال الرجل بع عبدك من فلان بالف على اني
ضامن لك مايه اخرى من ثمنه ففعل جاز وكانت هذه المايه زيادة في الثمن من جهة المخاطب ● واذا زاد احد المتعاقدين
الاخر فلم يقبل الزياده حتى افترقا بطلت لانها عوض في العقد وايجاب العقد اذا لم يرضه القبول في المجلس بطل
فكذلك ايجاب الزياده ● قال ابو يوسف اذا اشترى عبدا وجاريه وتقابضا ثم ماتت احدهما في يده مالكه ثم زاد
احدهما صاحبه فالزياده جايزه عند ابي حنيفه وابي يوسف اما على اصل ابي حنيفه فلما بينا ان هلاك المعقود عليه لا يمنع
الزياده فلذلك هلاك بعضه واما ابو يوسف فيقول اذا باع عبدا وجاريه فهلك احدهما بعد القبض فالعقد قائم لان الاقاله
جايزه لبقا ما تعلق بالعقد فلذلك جازت الزياده ● وعد والواجب في الحط بعد الهلاك انه جايز قال ابو يوسف وهو
استحسان اما ابو حنيفه فالهلاك عنده لا يمنع الزياده ولان لا يمنع عنده الحط اولى ● واما ابو يوسف فيقول الحط
مخالف للزياده الا ترى انه يصح ملحقا بالعقد وغير ملحق بالعقد لان حط جميع الثمن يصح ولا يلحق ● وليس في هلاك المعقود
عليه اكثر من ان الزوايد لا تلحق العقد وعدم اللحوق لا يمنع الحط فاما الزياده فلا تصح الا لاحقة واذا كان المعقود عليه
بحيث لا يوخذ عنه عوض لم يجز الحاق الزياده فيه ● واما اذا مات المتبايعان جازت الزياده بين ورثتهما كما كانت تجوز
بينهما لان الوارث قايم مقام الميت في حقوق العقد ولهذا يرد بالعيب ويقايل فجازت الزياده منه كما كانت تجوز من الميت
قال محمد اذا اشترى جاريه وقبضها فماتت في يده ثم زاد البايع المشتري جاريه اخرى فالزياده جايزه وان زاد المشتري
البايع لم تجز الزياده فان سلمها الى البايع فله ان يرجع فيها لان زيادة البايع عوض عن الثمن وحكم الثمن قايم فجازت
الزياده في مقابلته وزيادة المشتري عوض عن المبيع والمبيع هالك فلا يجوز بذل العوض عنه

ما يكره من التفريق بين الرقيق ●

قال اصل هذا الباب ان كل من اجتمع في ملكه مملوكان
صغيران او صغير وكبير بينهما رحم محرم لم يحل له ان يفرق بينهما بالبيع حتى يبلغ الصغير سوا ملكهما بالسبي او بالميراث او بالشرى
وقال الشافعي لا يجوز التفريق بين المملوكين اذا كان بينهما ولاد ويجوز فيما سوى الاولاد فاما الدليل على امتناع التفريق في
الولاد فقوله صلى الله عليه من فرق بين الوالده وولدها فرق الله تعالى بينه وبين الجنه وقال عليه السلام لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق
ولا خلاف في هذا ● فاما من سواهم من ذوي الارحام فالدليل على امتناع التفريق ما روي ان النبي صلى الله عليه دفع الى علي رضي الله عنه
مملوكين اخوين فباع احدهما فقال اذهب فاسترد ولان بينهما رحم كامل فيمنع التفريق كالوالدين ولانه يثبت لبعضهم على
بعض حق الحضانه فيمنع من التفريق بينهم كالام ● وقد قال اصحابنا لا يحل التفريق حتى يبلغ الصغير وقال الشافعي اذا بلغ
سبع سنين جاز التفريق والدليل عليه ما روي ان النبي صلى الله عليه قال لا تجمعوا عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض
الجاريه ذكره الدارقطني في سننه ولان المنع من التفريق انما يثبت لحاجة الصغير الى الكبير وهذا المعنى لا يستغنى عنه الا
بالبلوغ كالحضانه في حق الحرة ● وقد قال اصحابنا اذا فرق بين مملوكين فباع احدهما جاز البيع وقد اثم وقال الشافعي البيع
باطل وقال ابو يوسف البيع باطل في الوالدين جايز في الاخوين وقال الحسن بن زياد كان باطل في الجميع لنا ان النهي
عن التفريق ليس لمعنى في نفس العقد وانما هو لمعنى في غيره وهو الضرر الذي يلحق الصغير والنهي اذا كان لمعنى
في غير المنهي لم يوجب الفساد كالبيع عند اذان الجمعه ● وعلى الشافعي ان التفريق مع الرحم لا يوجب فساد البيع كالاخوين
وجه قول ابي يوسف ان الحرمه التي بين الوالدين والولد اكد من الحرمه التي بين الاخوين ولهذا ورد النص بتغليظ
التفريق بين الوالده وولدها فلذلك فسد البيع في الوالدين ولم يفسد في الاخوين ● واذا اجتمع مع الصغير
عدد من اقاربه في ملك واحد فقد روي بشر عن ابي يوسف انه لا يفرق بينه وبين واحد منهم اختلفت جهاتهم او
اتفقت فالمختلف كالعم والخال والمتفق كالخالين والاخوين قال وكذلك لا يفرق بينه وبين الابعد وان
وجد الاقرب ● قال واذا اجتمع مع الصغير ابوه وجداه لم يفرق بينه وبين الجدين وروي ابن سماعه عنه انه
يجوز التفريق بين الصغير وبين الابعد اذا وجد من هو اقرب منه وقال محمد في الزيادات اذا اجتمع مع الصغير
ابواه لم يفرق بينه وبين واحد منهما وجاز ان يفرق بينه وبين من سواهما ● واذا اجتمع القرابات [illegible]

فان كانت من جهات مختلفه كالام والاب وكالام والخاله والعم لم يفرق بينه وبين واحد منهم وان كانوا من جهة واحده كالاخوه والعمات
والخالات جاز بيعهم الا واحدا منهم ويجوز بيع البعيد اذا وجد من هو اقرب منه وجه قول ابي يوسف الذي رواه بشر ان المنع
من التفريق لانس الصغير باقاربه ووحشته بفراقهم وهذا المعنى يوجد في البعيد مع القريب ● واما رواية ابن سماعه
فلان التفريق اجري مجرى حق الحضانه وذلك لا يثبت للبعيد مع القريب ● وجه قول محمد ان القرابه اذا كانت من جنس واحد
فلهم نوع واحد من الشفقه وذلك النوع موجود في احدهم فلم يستضر الصغير ببيع الباقين فاذا اختلفت الجهات فلكل واحد ضرب من الشفقه
غير ما للاخر فلم يتعوض الصغير باحدهما عن الاخر من بيع الجميع ● واذا جنى احدهما جناية جاز ان يدفع به او يدفعه وان اشتراهما
فوجد باحدهما عيبا فرده بعد القبض رد المعيب ويدفع الجاني في الدين وهذا قول ابي حنيفه وزفر ومحمد الا ان محمدا روي
عن ابي حنيفه انه قال اكره للمولى دفعه بالجنايه واحب له ان يفديه وقال ابو يوسف يردهما جميعا قال والاصل في هذا انه
متى تعلق باحدهما حق لم يكره التفريق لانه لو لم يفرق لاسقطنا حق المولى الا ترى انا الزمناه المعيب وتعين عليه الفدا وقد
يكون اكثر من قيمة العبد ووجب عليه قضا الدين واذا فرقنا اسقطنا حق العبد فاذا لم يكن بد من اسقاط احد الحقين كان
اسقاط حق العبد اولى ● وانما قال ابو حنيفه استحب في الجنايه الفدا لان المولى مخير بين ذلك وبين الدفع واذا اختير
بين التفريق وغير التفريق على وجه واحد فترك التفريق اولى ● واما الذي قاله ابو يوسف في الرد بالعيب فليس بصحيح
لانه يودي الى رد الصحيح بعد القبض بعيب في غيره وهذا لا يجوز كما لو كانا اجنبيين اما ابو يوسف فيقول لما لم يمكن التفريق
ووجب الرد في المعيب ردهما كما قبل القبض ● ولا يكره عتق احدهما ولا كتابته وذلك لان المنفعه التي تحصل بالعتق اكثر
من الضرر الذي يوجد في التفريق والضرر اذا قابله نفع وهو اكثر منه لم يمنع منه وكذلك الكتابه يتوصل بها الى العتق
فهو كالعتق ● وقد روي ابو يوسف عن ابي حنيفه انه كره بيع احدهما ممن يعتقه نسمه واجاز البيع قال ابو يوسف
افسخه وقال محمد لا باس بذلك وجه قول ابي حنيفه لانه اذا اشترط العتق في العقد فسد العقد وان لم يشترط في
غير العقد لم يجب الوفا به واستضر بالتفريق من غير نفع حاصل فكره ● واما ابو يوسف فقال افسخ العقد لان البيع
بشرط العتق بيع فاسد فيفسخ للفساد لا للتفريق ● واما محمد فيقول الغالب ان من اشترى عبدا نسمه وفى بالشرط
فيحصل له منفعة العتق وذلك يربي على التفريق ويجوز ان يكون محمد اجاب في الموضع الذي يجب الوفا بالعتق وهو
ان يقول المشتري ان اشتريته فهو حر عن كفارتي فيحصل العتق لا محاله ● واجاب ابو حنيفه في العتق الذي
للمشتري ان يفي به وله ان لا يفي به ● وقد قالوا في الصغير اذا راهق فبيع باختياره ورضاه انه لا يكره لان المنع
للضرر الذي يلحقه فاذا اختار التفريق دل ذلك على نفع له فيه فيجوز ●

باب الاقاله

قال الاصل في جواز الاقاله قوله صلى الله عليه من اقال نادما اقال الله عثرته يوم القيامه ولان العقد انعقد باختيارهما والاقاله
رفع له فصارت كالطلاق في النكاح اذا ثبت هذا قال ابو حنيفه الاقاله فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما بمعنى ان الشفعه
تتعلق بها وروي الحسن عن ابي حنيفه انها بيع بعد القبض فسخ قبله وقال ابو يوسف هي بيع بعد القبض وقبل القبض فسخ
الا العقار فانها بيع بعد القبض وقبله وقال محمد ان كانت بغير جنس الثمن او باكثر منه فهو بيع وان كانت بمثل الثمن او
باقل فهو فسخ بالثمن ويبطل شرط النقصان وقال زفر هي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما ولم يوجب فيها الشفعه
وجه قول ابي حنيفه ان الاقاله عباره عن الرفع يقال اقال الله عثرته بمعنى رفعها والرفع هو الفسخ ولانها تصح من غير
تسمية العوض ولو كانت بيعا لم يجز الا بثمن مسمى ولانها تصح في عبد حي وعبد ميت وابتدا البيع لا يجوز على هذا الوجه
ولانها اختصت باسم وكل عقد اختص في الشرع باسم اختص بمعنى بدلالة النكاح والاجاره ولا معنى يختص بالاقاله الا ما ذكرنا
لابي يوسف ان الاقاله نقل ملك بعوض وهذا معنى البيع وعقد البيع لا يقف على لفظ البيع اذا وجد معناه واذا كان معنى
البيع موجودا والبيع يصح في المبيع بعد القبض كانت بيعا وليس كذلك قبل القبض لانا لو جعلناها بيعا كان بيعا فاسدا لان
بيع الاعيان المنقوله قبل القبض لا يصح فوجب حمل ذلك على وجه صحيح وهو الفسخ ولهذا قال انها بيع في العقار قبل القبض
لان بيعه جايز وجه قول محمد انها اذا عدل لا يعقد الفسخ لان الفسخ لا يقع الا على ما وقع عليه العقد فكان ذلك بيعا
وليس كذلك اذا ذكر اقل من الثمن لان السكوت عن بعض الثمن كالسكوت عن جميعه ولو سكت عن جميعه صحت الاقاله كذلك
اذا سكت عن بعضه ● وقد قال محمد في كتاب الشفعه اذا قضي بالشفعه للشفيع فطلب منه المشتري ان يقيله فيقيله
بزياده ثمن فالزياده باطله في قول ابي حنيفه ومحمد وانما وافق محمد ابا حنيفه في هذه المسله لانه حملها على الاقاله قبل قبض
الشفيع ومن اصله ان بيع العقار قبل القبض لا يصح فحملها على الفسخ ● وقد ذكر في الماذون في الاقاله باكثر من الثمن انها
بيع في قول ابي يوسف ومحمد وهذا يدل على مسلة الشفعه ● واما قولنا انها بيع في حق الغير فعلقنا به الشفعه وصورة
ذلك ان يبيع الرجل دارا فيسلم الشفيع الشفعه ثم يتقايل البايع والمشتري فللشفيع الشفعه وقال زفر لا شفعه
له والوجه في ذلك ان الاقاله نقل ملك بعوض والشفعه تتعلق بذلك فلما اعتبرنا بالاقاله اراد اسقاط حق
الشفيع فلا يملك ذلك لان الدار عادت الى ملكه بقبوله ورضاه فصارت كالمبيع المبتدا ● وجه قول زفر ان ما كان
فسخا في حق احد المتعاقدين كان فسخا في حق غيرهما كالرد بخيار الشرط واذا ثبت ما قدمنا قال ابو حنيفه
اذا تقايلا بالمثل من الثمن او اقل او بجنس اخر او اجل الثمن صحت الاقاله بالثمن وبطل ما شرطاه وقال الشافعي الاقاله باطله
وهذا ليس بصحيح لانه فسخ شرط فيه زياده بدل فيصح الفسخ ويبطل الشرط كالفسخ بالخيار ● وقبول الاقاله على المجلس
لانه نقل ملك بالعوض كالبيع ولان الاقاله اذا اوجبها المشتري فان البايع يحتاج الى ان يرتاي وينظر وذلك يتقدر

وتصح الاقالة المطلقة بعتق باحدهما عن المستقبل وفي الحد لا تصح الا مطلقة تعتبر بها عن الماضي والاصل في ذلك ان الاقالة
لا تحصرها السوم في العاده فصارت كالنكاح وجه قول محمد انها تملك مال بعوض كالبيع ۞ وقال تصح الاقالة اذا كان
ما وقع عليه العقد عينا قائمة في يد المشتري وسواء كان المبيع على شيئين باعيانهما بقيا جميعا او بقي احدهما اذا بقي من
المبيع ما يجوز فسخ العقد فيه بعيب جازت الاقالة فان لم يبق ذلك لم تجز الاقالة قال وجملة هذا انه اذا بقي ما تعين
بالعقد او شيء منه جازت الاقالة لان العقد قائم لبقاء ما تعين به والاقالة وضعت لرفعه فما دام فيما جازت وان لم
ما تعين بالعقد لم يبق العقد فلا معنى لرفعه ولهذا قالوا اذا باع عبدا فهلك العبد مع بقاء الثمن لم يصح العقد لان الثمن
لم يقع عليه العقد وانما هو ماخوذ عما وقع عليه العقد واذا لم يبق المعقود عليه لم يبق العقد فلا تصح الاقالة ۞

باب بيع اهل الذمة

قال ابو الحسن رحمه الله ما جاز بيعه
بين المسلمين جاز بين اهل الذمة وما بطل بين المسلمين بطل بين اهل الذمة الا الخمر والخنزير فان بيعهم في ذلك جائز فلا
الاصل في هذا ان جميع الناس سواء في حكم الشريعة الا ما دل عليه الدليل الا ترى ان النبي صلى الله عليه قال بعثت الى الاحمر والاسود
واذا ثبتوا في حكم الشريعة حملوا عليها واما الخمر والخنزير فالدليل على جواز بيعهم فيها انهم اقروا بعقد الامان على انها مال
لهم ولو لم يجز تصرفهم فيها لخرجت من ان تكون مالا وفي هذا نقض الامان وليس كذلك الربوا لانا اذا منعناهم منه لم يخرج
الاموال من ان تكون مالا لهم لانهم يتصرفون فيها الا على وجه الربوا ولان النبي صلى الله عليه كتب الى مجوس هجر اما ان تذروا الربوا او
تاذنوا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب اليهم في الخمر شيئا فدل على اختلافهما وروي ان عمر رضي الله عنه بلغه ان المسلمين بالشام ياخذون
الخمر والخنزير في الجزية فكتب الى عماله ولوهم بيعها وخذوا من اثمانها فسمى العقد عليها بيعا وعوضها ثمنا وهذا يدل على صحة البيع ۞
ولانه مال لهم اقروا على التصرف فيه فجاز بيعهم كساير اموالهم ۞ واذا باع ذمي من ذمي خمرا او خنزيرا ثم اسلما او اسلم
احدهما قبل القبض انتقض البيع وان كان ذلك بعد قبض الخمر والخنزير جاز البيع قبض الثمن او لم يقبض والاصل في هذا
انه طرا على العقد ما اوجب تحريم ذلك العقد فبطل العقد دلالة ان النبي صلى الله عليه لما دخل مكة ابطل من الربوا ما لم يقبض
ولم يتعرض لما قبض بالفسخ وهذا معنى قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربوا ولان القبض يملك به التصرف
كما ان العقد يملك به العين فاذا كان الاسلام يمنع العقد منع القبض ۞ واما المقبوض فقد فرغ العقد فيه فالتحريم بعد تمام العقد
لا يؤثر في العقد كالدوام ۞ فان صارت خلا قبل القبض فالمشتري بالخيار ان شاء قبض وان شاء ترك في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وفي قياس قول محمد العقد باطل وجه قولهما ان العقد وقع صحيحا وانما تعذر فيه القبض بالاسلام فاذا صارت خلا امكن
القبض من المعنى المفسد فصح العقد الا ان الخيار يثبت لتغير الصفة ۞ وجه قول محمد ان العقد بطل بالاسلام فلا يصح
الا بالاستيناف ۞ وهذا الخلاف بناه ابو الحسن على مسئلة قد قدمناها وهي المسلم يشتري من المسلم عصيرا فيصير خمرا
قبل القبض وقد بيناها في المسلم ۞ واذا اشترى الذمي عبدا مسلما جاز البيع واجبر على بيعه صغيرا كان المالك او كبيرا
يجبر ولي الصغير على بيعه فان لم يكن له ولي اقام الحاكم له وليا وقال الشافعي رحمه الله البيع باطل وعلى هذا الخلاف اذا باع مصحفا والدليل
على ما قلناه ان الكافر يملك المسلم بالميراث فجاز ان يملكه بالشرى كالمسلم ولانه يجوز له بيعه فجاز له شراوه كالعبد الكافر
ولان المنع من ملك الكافر لحرمة المسلم والحرمة في المملوك تمنع استدامة الملك ولا تمنع الملك كالابن اذا اشترى اباه
وانما قلنا انه يجبر على اخراجه من ملكه لانا لو بقيناه على ملكه لاستذله بالاستخدام والكافر لا يمكن من استذلال المسلم ۞
واما الصغير فلو بقينا المسلم على ملكه لاستخدمه ولا يمكن الزام الصبي البيع فيلزمه ولي المالك للتصرف عليه ۞ قال ابو الحسن وسوا
كان المردود عليه مسلما او كافرا ثم يجبر المردود عليه ان كان كافرا وهذا جواب مسلم اغفل سوالها وهي الكافر اذا اشترى
من كافر عبدا مسلما شرا فاسدا فانه يجبر على رده عليه ويجبر البايع على بيعه لان فسخ البيع الفاسد يجب لحق الله تعالى فلو
اجبرنا المشتري على البيع لقررنا البيع الفاسد وهذا لا يجوز ولذلك فسخ البيع الفاسد ثم اجبرنا البايع حتى يكون قد وفر الحقين ۞
وكذلك اذا اسلم عبد الذمي بعد ان ملكه لانه لا يجوز ان يستديم الملك فيه بعد الاسلام فيجبر على البيع ۞ فان اعتقه الذمي
جاز لانه على ملكه وقد زال عليه بالعتق فهو كالبيع ۞ وان دبره جاز لانه على ملكه ۞ ويستسعى المدبر في قيمته
لانا لو بقيناه على ملكه لاستخدمه ولا يجوز بيعه ولا يجوز ان يزال ملكه عنه بغير عوض فلم يبق الا السعاية التي يتوصل
بها الى زوال الملك ۞ وان كانت امة فاستولدها قضى عليها بالسعاية لان الاستيلاد صادف ملكه ولا يجوز تبقيتها
على ملكه فيستخدمها ولا يجوز ازالة ملكه بغير عوض لان كل ملك استحق ازالته فان الحاكم يزيله بعوض ولا عوض
في ام الولد الا السعاية ۞ ويرجع الذمي منها لانه وطي مسلمة وهذا وطي حرام وليس عليه حد في الشريعة فيجب عليه العقر
وان كاتبه جازت الكتابة لانها صادفت ملكه ۞ ولا يعترض عليه لان الكتابة ازالت اليد ومنعت من الاستخدام وهذا هو
المقصود ۞ فان عتق فقد زال ملك الذمي عنه وان عجز اجبر على بيعه كالابتدا ۞ وكذلك الذمي اذا ملك شقصا من مسلم
لانه يملك استخدام الشقص الا ترى ان العبد يخدم كل واحد منهما بقدر حقه فلذلك يجبر على بيعه ۞ ولو ملك جميعه
وان كان احد المتعاقدين مسلما والاخر ذميا لم يجز بيعهما الا ما يجوز بين المسلمين لان المسلم منهما لا يجوز له تملك الخمر
ولا تمليكها فلم يصح الاخر معه عليها ۞ واذا كان ذميين احدهما وكيل المسلم في بيع خمر او شرايها جاز عند ابي حنيفة وامر
المسلم ان يخللها وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وجه قول ابي حنيفة ان حقوق العقد تتعلق بالعاقدين وهما كافران
يجوز لهما التصرف في الخمر فجاز عقدهما ولم يعتبر المالك كالماذون الكافر اذا كان مولاه مسلما ولانه من اصلنا ان
المشتري ينتقل الى الوكيل ويملكه الموكل من طريق الحكم والمسلم يجوز ان يملك الخمر حكما كالوارث ابوه وقد

وقد صنع الخل فاستفاد قبل ان يحصل انتقل الى الورثة وجه قولهما ان المسلم لا يملك شراها فلا يملك الامر بها واذا
لم يصح الامر بقي الوكيل متصرفا بغير امره فيكون الشرا له

ومن مسايل هذا الباب

اذا استقرض النصراني من النصراني خمرا ثم اسلما او اسلم احدهما فان كان المقرض هو المسلم سقط الخمر في قولهم جميعا
وذلك لان المطالبة بالدين سقطت على التابيد من جهة صاحب الحق فسقط الحق كالابراء ۞ واما اذا اسلم المستقرض
فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان الخمر يسقط وذلك لان اسلام احد المتقارضين كاسلام المقرض وروى محمد وعافية
وزفر عن ابي حنيفة ان الخمر لا تسقط وهو قول محمد لان التسليم تعذر بفعل المسلم فصار كما لو استهلك بعد اسلامه
خمرا على ذمي ۞

باب اختلاف البايع والمشتري في المبيع

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اختلف البايع والمشتري فيما وقع عليه عقد البيع او في ثمنه فالقول قول البايع ويتحالفان ويتفاسخ
البيع بينهما يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وقد بينا في باب السلم ان القياس ينفي التحالف وان الخبر ورد
بخلاف القياس وبينا ما ذكره محمد في كتاب الدعوى فلذلك لم نعده هاهنا ۞ واما قوله يحلف كل واحد منهما على دعوى
صاحبه فهذا يعني ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقد اشتراه بالف فيجمع بين
النفي والاثبات في اليمين والصحيح ان الاقتصار على النفي هو الواجب لان الايمان لم توضع على الاثبات وانما وضعت على
النفي وما ذكره في الزيادات فانما جعله للاثبات تاكيدا للنفي وهذا غير ممتنع الا ترى ان البينات وضعت للاثبات ثم جاز
ان يوكد بالنفي فيشهد الشهود انه لا مات وان هذا وارثه ولا يعلمون له وارثا غيره ۞ فاما قوله ويفسخ البيع بينهما فيريد
انهما اذا تحالفا لم ينفسخ البيع بالتحالف حتى يفسخه الحاكم وهذا صحيح لان التحالف يسقط ما يدعيه كل واحد منهما من البدل فيفسد
البيع لعدم بدله والبيع الفاسد لا بد له من فسخ ۞ وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان النكول بذل وبذل الاعواض
يجوز من طريق الحكم ۞ والذي يبدا به في اليمين المشتري بظاهر ما ذكره في الاصل واشار اليه ابو الحسن في جامعه انه
يبدا بيمين البايع عند ابي حنيفة وزفر لانه قال القياس ان يبدا بيمين البايع وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال
يبدا بيمين المشتري وهذا قول محمد ولم يذكر رجوع ابي حنيفة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يبدا بيمين المشتري وهذا
اذا كان بيع عين بثمن فان كان عينا بعين او ثمنا بثمن بدا القاضي بايهما شا في اليمين وقال الشافعي يبدا بيمين البايع ۞
والوجه في البداية بيمين المشتري ان اليمين تطلب لفايدة النكول ولهذا لا يستحلف فيما لا يستوفى بالنكول
ونكول المشتري يتعجل فايدته وهو تسليم الثمن ونكول البايع يتاخر فايدته لانه يقال امسك المبيع حتى تستوفي
الثمن فكان تقديم يمين من تتعجل فايدته اولى ولهذا قال في العين بالعين والثمن بالثمن ان القاضي يبدا بايهما شا لانهما
تساويا في فايدة النكول وعلى الشافعي ان الاختلاف اذا حصل في البدل ابتدى بيمين من في ذمته البدل كالاختلاف
في المهر يبدا بيمين الزوج بلا خلاف ۞ وحجة قول زفر قوله صلى الله عليه اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البايع
فخصه بالذكر واقل ما تقتضيه فايدة التخصيص التقديم ۞ واذا وقع الاختلاف في صفة ما في الذمة كالمسلم فيه
تحالفا وان وقع في صفة الاعيان لم يتحالفا وقد بينا الفرق بينهما وهو ان العقد على ما في الذمة عقد على الصفة
فالاختلاف فيها كالاختلاف في المعقود عليه واما الاعيان فالمعقود عليه العين فالاختلاف في صفتها اختلاف
في غير المعقود عليه فلا يوجب التحالف كالاختلاف في البراة من العيب ۞ وايهما اقام البينة فالبينة بينته لانه لا
يقابلها الا الدعوى والبينة مقدمة على الدعوى ۞ وان اقاما البينة فالبينة بينة البايع في الثمن وبينة المشتري في
المبيع لان كل واحدة من البينتين اثبتت فالبينة المثبتة للزيادة اولى ۞ فان كان المبيع قد هلك في يد المشتري
او خرج من ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب فالقول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة وابي يوسف
اذا كان الثمن دينا وقال محمد يتحالفان ويفسخ العقد ويجب على المشتري القيمة وهو قول الشافعي وجه
قولهما ما روي في حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا
وترادا وان هلكت فالقول قول المشتري ولانه سبب للفسخ فلا يجوز مع هلاك المبيع كالاقالة والرد بالعيب ولا
يلزم اذا باع عبدا وجارية فسلمها وهلك العبد قبل القبض ثم اختلفا لانه لم يهلك جميع المبيع وانما هلك بعضه
ولانا سوينا بالعلة بين الفسخ بالتحالف وبين الفسخ بالاقالة وهما يستويان في تلك المسئلة لان الاقالة جايزة
بعد هلاك العبد ۞ وقال محمد في المبيع اذا استهلك في يد البايع فاخذ قيمته ثم اختلفا تحالفا وهذا يجوز ان يكون
قولهما جميعا لان التحالف يثبت لفايدة فلو تحالفا بعد الهلاك لرجع الى قول المشتري في القيمة فيجوز ان يعترف
باقل مما اعترف به من الثمن فلا يستفاد بالفسخ فايدة وما لا فايدة فيه فلا معنى لاثباته ۞ وجه قول محمد
انه اختلاف في المعقود عليه فصار كحال بقا السلعة ۞ ولان التحالف يثبت لاستدراك الظلامة التي لا تستدرك
الا به وهذا المعنى موجود بعد الهلاك ۞ قال واذا اختلفا في البيع فادعى البايع ثمنا دينا واقر المشتري بثمن
عين او ادعى البايع ثمنا عينا واقر المشتري بدين مثل ان يقول اشتريت هذه الجارية بالف فيقول البايع
بعتكها بعبدك هذا وقد قبض المشتري الجارية فماتت في يده فانه لا ينظر الى دعوى البايع وينظر الى دعوى
المشتري فان ادعى ان الثمن دين كان القول قوله مع يمينه وان ادعى عينا تحالفا ورد قيمة الجارية وذلك لان
المعقود عليه من جهة البايع هالك والثمن يثبت بقول المشتري وان اعترف بدين فلم يبق ما تعين بالعقد
فلم يثبت التحالف وان اعترف بعين فقد بقي ما تعين بالعقد فيثبت التحالف كما تثبت الاقالة ۞ قال واذا

تخالفا وقد هلك احد العوضين في يد الاخر رد مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لان التحالف يوجب فسخ العقد فصار العوض مقبوضا بعقد منفسخ فيضمن بنفسه كضمان الغصب * واذا اختلفا وقد هلك بعض المبيع في يدي المشتري فالقول عند ابي حنيفة قول المشتري ولا يتحالفان الا ان يرضى البايع ان ياخذ الباقي ولا يطالب بثمن الهالك فان رضي بذلك تحالفا كما يتحالفان اذا كان المبيع كله قايما وكذلك اذا نقص العيب في يد المشتري * وقال ابو يوسف القول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان ويترادان فيما بقي * وقال محمد يتحالفان اما ابو حنيفة فيقول المعنى المانع من التحالف اذا هلك جميع المبيع ان الفسخ يقع على القيمة التي لم يقع العقد عليها وهذا المعنى موجود اذا هلك بعضه وليس كذلك اذا رضي البايع ان يترك حصة الهالك لانه سقط من العقد فصار كان العقد لم يشتمل الا على الباقي واما ابو يوسف فقال ان التحالف سبب للفسخ كالاقالة ومعلوم ان الاقالة جايزة اذا هلك بعض المبيع فكذلك يثبت التحالف * واما محمد فمن اصله ان هلاك جميع المبيع لا يمنع التحالف فهلاك بعضه اولى * وانما قالوا انهما يتحالفان على جميع المبيع لانه لو حلف على الباقي كان صادقا لانه اذا اشترى عبدين بالف وحلف انه لم يشتر احدهما بخمسمائة فهو صادق فلذلك يستحلف على الجميع وان كان الفسخ في البعض عند ابي حنيفة لا يجوز * ولو اختلفا في الثمن فقال احدهما حال وقال الاخر الى شهر او قال البايع الى شهر وقال المشتري الى شهرين فالقول قول البايع ولا يتحالفان * وقال زفر يتحالفان * وهو قول الشافعي والدليل على ما قلناه انه اختلاف في غير المعقود عليه كالاختلاف في البراة من العيب ولان الاجل معنى يوثق المطالبة فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كالرهن * ولان التحالف انما ثبت اذا كان الاختلاف في معنى اذا سقط بيمينهما فسد العقد بسقوطه فيقتضي الفسخ وهذا المعنى لا يوجد في الاجل لان سقوطه لا يفسد العقد فان قيل قد قلتم ان الاختلاف في الاجل في السلم لا يوجب التحالف وان كان سقوطه يفسد السلم عندكم الجواب ان السلم انما يسقط بالتحالف ما بقي من الاجل فما مضى منه لا يمكن اسقاطه والعقد يستقل بذلك القدر ووجه قول زفر قوله صلى الله عليه اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولم يفصل ولان الاجل صفة في الثمن كالسود والبيض فالاختلاف فيه يوجب التحالف كالاختلاف في السود والبيض *

باب الرجل يبيع السلعة ثم يشتريها باقل مما باعها

قال ابو الحسن واذا باع الرجل سلعة بثمن الى اجل او بثمن حال فلم يقبض الثمن حتى اشتراها بثمن من جنس الثمن وهما مما لا يجوز التفاضل فيهما في البيع اذا بيع احدهما بصاحبه باقل من الثمن الذي باعه به فان البيع لا يجوز في قولهم وهذه مسلة زيد بن ارقم وقد ذكرناها فان كان الثمن الثاني من غير جنس الاول جاز البيع الا ان يكون احدهما دراهم والاخر دنانير والثاني اقل من قيمة الاول فالبيع فاسد استحسانا قال والاصل في ذلك ان المنع من الشرا باقل من الثمن الاول قبل استيفا حقوق العقد الاول انما هو لتهمة الربوا والربوا يثبت في الجنس الواحد ولا يثبت في الجنسين وهذا هو القياس في الدراهم والدنانير ولكنهم استحسنوا فيها لانها اجريت مجرى الجنس الواحد في الاحكام الا ترى انها اثمان الاشيا وقيم المتلفات فصار كانه اشترى بجنس ما باع باقل من الثمن الاول فان قيل ان كانت الدراهم والدنانير اجريتا مجرى الجنس الواحد فيما ذكرتموه فقد اجريتا مجرى الجنسين في جواز التفاضل فهلا اعتبرتم ذلك قلنا اذا اجريا مجرى الجنس في حكم ومجرى الجنسين في حكم كان اعتبار ما يوجب الحظر اولى * ولا يجوز ان يشتري ذلك وكيل البايع ولا مضاربه ولا شريكه في مال التجارة ولا مدبر البايع ولا مكاتبه ولا عبده ولا ماذون له في التجارة وذلك لان شرا هولا يقع للبايع فكانه اشترى بنفسه * وان اشتراه ولد البايع او والده او من لا تجوز شهادته له لم يجز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ذلك جايز ووجه قول ابي حنيفة ان ملك هولا قد اجري مجرى ملكه بدلالة امتناع شهادتهم له وشهادته لهم فكما لا يجوز ان يشتريه بنفسه كذلك لا يجوز ان يشتريه من لا تجوز شهادته له ووجه قولهما ان ملك هولا متميز عن ملكه فصاروا كالاجانب * قال وكذلك لا يجوز للمولى ان يشتري ما باع مكاتبه ولا عبده الماذون ولا مضاربه لان املاك هولا غير متميزة عن ملكه فصار ما باعوه كما باع هو * قال ابو حنيفة ولو وكل البايع من يشتريه باقل من الثمن الاول فاشتراه فالشرى جايز وقال ابو يوسف الشرى لازم للوكيل ولا يلزم الموكل وقال محمد الشرى يلزم الموكل شرا فاسدا وهذه المسلة مبنية على اختلافهم في توكيل المسلم الذمي بشرا الخمر ووجه البنا ان الشرا تتعلق حقوقه بالوكيل وينتقل المبيع اليه وانما ملكه الموكل من طريق الحكم وهذا غير ممنوع منه كما لو مات المشتري فورثه البايع * وابو يوسف يقول ما لا يجوز له ان يشتريه لا يصح امره بشرايه فيصير المشتري مشتريا بغير وكالة فيلزم الوكيل دون الموكل واما محمد فيفرق بين هذه وبين الخمر فقال الموكل لو اشترى الخمر لم يملكها فكذلك وكيله اذا اشترى له وفي مسلتنا الموكل لو اشترى ملك المشتري ملكا فاسدا فكذلك وكيله اذا اشترى له * ومن باع لغيره بوكالة ثم اشتراه لنفسه باقل لم يجز لان حقوق العقد تتعلق به فصار كانه باع لنفسه * فان قبض الثمن ثم اشتراه باقل جاز لانه استوفى حقوق العقد الاول فلم يعتبر احكامه في الثاني ولان القياس ان يجوز الشرى بكل حال وانما تركوا القياس اذا لم يقبض الثمن للخبر فاذا قبض فهو على القياس * وكذلك لو حدث بالسلعة عيب لان النقصان جعل في مقابلة العيب الحادث فلا يتبين انه اشترى نقصان مما باع * وكذلك لو خرجت السلعة من ملك المشتري فاشتراها من المالك الثاني جاز الا ان يكون واردا لان اختلاف الملكين كاختلاف العينين فكما يجوز ان يشتري عينا اخرى باقل فكذلك يجوز ان يشتري ملك الغير من مالك اخر باقل * واما اذا مات المشتري فاشتراها البايع من وارثه باقل لم يجز لان الوارث ملكها على حكم ملك الميت الا انه يردها على بايعه بالعيب فصار الشرا من الوارث كالشرا من المورث * قال فان باع المشتري السلعة

فعادت اليه بملك مستانف جاز للبايع ان يشتريها باقل لما بينا ان اختلاف الملكين كاختلاف العينين * ولو عادت اليه على حكم الملك الاول لم يجز لان الملك الاول لما عاد عاد بحقوقه * ولا يجوز ان يبيع سلعة بالف حالة ثم يشتريها بذلك الثمن الى اجل ولا ان يبيعها باجل ثم يشتريها باجل ابعد من ذلك وذلك لان الاجل نقصان من طريق المعنى فصار كالنقصان في القدر *

باب المبيع يجني عليه قبل القبض

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى الرجل جارية فلم يقبضها حتى جنى المشتري عليها جناية نقصها فهو قابض بذلك وذلك لانه استوفى الجز التالف بالمباشرة وثبتت يده على ما بقي منها البيع على المبيع قبض * فان ماتت في يد البايع من تلك الجناية وقد منعها البايع او لم يمنعها ماتت من مال المشتري لان التلف بالسراية يتبع حكم التلف بالمباشرة ومعلوم ان البايع لو منع الجارية فاتلفها المشتري كانت في ضمانه كذلك اذا تلفت بالسراية من جنايته * وان ماتت من غير الجناية فان كان البايع لم يمنعها فهو من مال المشتري وان كان منعها لزم المشتري حصة العيب وبطل عنه ما بقي من ذلك لان البايع اذا لم يمنع فحكم القبض بحاله وتلف المبيع بعد القبض في ضمان المشتري وان لم يكن بفعله واما اذا منع البايع فقد فسخ قبض المشتري وله حق الفسخ ما لم يستوف الثمن فصار الهلاك في يد البايع بالجناية فهو في ضمانه * قال وما كان من الجنايات له قدر من دية الحر فهو مثل ذلك من قيمة العبد وذلك لان القيمة بدل عن رقبة العبد كالدية التي هي بدل عن رقبة الحر فما يتقدر من الاعضا بجز من الدية فكذلك يتقدر بجز من القيمة * فاذا قطع المشتري يده لزمه نصف الثمن لان اليد من الحر يجب فيها نصف الدية فمن العبد يتقدر بنصف بدله * فان منع البايع فمات من غير الجناية بطل عن المشتري نصف الثمن ولزمه نصفه لما بينا * فان كان البايع جنى على العبد اولا مرة بطل من الثمن بقدر ذلك وخير المشتري وهذا على ما بينا ان البايع لا يجوز ان يلزمه قيمة ما اتلف من المبيع قبل القبض لانه لو وجب ذلك لوجب تسليمه بعقد البيع وما وجب تسليمه بعقد البيع فهو مبيع والقيمة لا يجوز ان تكون مبيعا من الذمة * وقال الشافعي ان البايع اذا اتلف المبيع وجبت عليه القيمة وهذا غلط لان جنايته من البايع قبل القبض كالجناية في المجلس * وانما يثبت للمشتري الخيار لان العيب قد لحق بالمبيع قبل القبض * فان اختار المشتري اخذه فلم يقبضه حتى مات من الجناية او غيرها مات من مال البايع وبطل الثمن عن المشتري لانه تلف قبل القبض وفوات القبض في المبيع يوجب فسخ العقد * وان قبضها المشتري فمات في يده من جناية البايع او غيرها سقطت عنه حصة جناية البايع ولزمه ما بقي من الثمن وذلك لان قبض المشتري مع علمه بالجناية مسقط لسرايتها الا ترى ان القبض يقع به التسليم فصار كالعقد ومعلوم ان العقد على المجني عليه يسقط سراية الجناية عن الجاني فكذلك القبض يسقط السراية لجناية البايع وليس هذا كما لو جنى المشتري ثم منعه البايع فمات من جناية المشتري لان قبض البايع لا يملك به شي فلا يسقط به السراية * فان جنى عليه المشتري بعد جناية البايع كان المشتري قابضا لما بقي ولزمه ثمن ما بقي ولا خيار له لما بينا ان الجناية قبض للجز الفايت بالمباشرة والباقي من طريق الحكم ومن قبض العبد المجني عليه سقط خياره فيه * فان بدا المشتري بجناية ثم جنى البايع ولم يقبض البايع الثمن فالمشتري بالخيار ان شا قبض واعطى البايع حصة جنايته وحصة ما قبض وسقط عنه حصة جناية البايع وان شا ترك * لان المشتري لما جنى فقد قبض جزا بالمباشرة وصار قابضا لما بقي من طريق الحكم فلما جنى البايع فقد فسخ قبض المشتري وله ذلك ما لم يستوف الثمن فصارت هذه الجناية عيبا بالمبيع قبل القبض فيثبت للمشتري الخيار * فان مات العبد في يد البايع بعد الجنايتين كان المشتري قطع يده ثم قطع البايع رجله من خلاف ثم مات في يد البايع من الجنايتين جميعا فعلى المشتري خمسة اثمان الثمن وبطل عنه ثلثة اثمان الثمن وذلك لان المشتري لما قطع يده صار مستوفيا للنصف فلما قطع البايع رجله صار مستوفيا النصف مما بقي فاذا تلف العبد من الجنايتين كانت السراية عليهما نصفين فيحتاج الى عدد له ربع ولربعه نصف فيجعل العبد ثمانية اسهم استوفى المشتري بقطع اليد اربعة والبايع بقطع الرجل سهمين وبقي سهمان تلفا بالسرايتين فكان على كل واحد منهما سهم فلذلك لزم المشتري خمسة اثمان الثمن وسقط عنه ثلثة اثمانه * فان برا العبد من الجنايتين فاختار اخذه لزمه ثلثة ارباع الثمن وسقط عنه الربع لان نصف الثمن لزمه بالقطع وربع الثمن سقط بجناية البايع وبقي من العبد الربع فاذا اختار قبضه لزمه حصته وهو الربع مضافا الى النصف الذي لزمه بالقطع فان جنى البايع اولا ثم المشتري والمسلة على حالها فلا خيار للمشتري فان مات العبد من الجنايتين لزم المشتري ثلثة اثمانه وبطل عنه خمسة اثمانه وان برا لزمه نصف الثمن وذلك لان البايع لما قطع اليد اولا انفسخ البيع في نصف العبد وثبت للمشتري الخيار فلما قطع الرجل اسقط خياره لانه قبض مع العلم بالعيب ولزمه ربع الثمن فلما مات العبد من الجنايتين انقسمت السراية عليهما فلزم المشتري سهم بالسراية مضاف الى ما لزمه بالقطع فلذلك لزمه ثلثة اثمان الثمن فان قال لما قطع المشتري

الرجل صار قابضا بعد جناية البائع وقد قلنا إن قبض المشتري يسقط عن البائع حكم السراية والزمتموه السراية
ههنا والجواب أن القبض في الحقيقة هو القبض الذي أوجبه البيع وذلك القبض يملك به التصرف
فتسقط السراية فأما القبض بالجناية فليس هو القبض الذي أوجبه البيع وإنما صار قبضا من طريق الحكم فلا
يسقط حكم السراية ❁ فإن جنى على العبد أجنبي لزمه من القيمة قدر نقصان الجناية وكان المشتري بالخيار
إن شاء أخذه واتبع الجاني وإن شاء تركه ويتصدق المشتري بما زاد من القيمة على الثمن إذا كان ما حكم
على الجاني من جنس الثمن وإنما لزم الجاني الأرش لأنه جنى على ملك غيره والجناية على ملك الغير مضمونة
وإنما جاز أن يبقى البيع لأن هذه القيمة لا يجب تسليمها بعقد البيع ألا ترى أنا لو قدرنا ارتفاع البيع وجبت ❁
وإنما ثبت للمشتري الخيار لأن صفة المعقود عليه تغيرت فصارت [illegible] بعد أن كانت [illegible] ❁
وإنما يتصدق المشتري بالفضل لأنه ربح ما لم يكن في ضمانه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه عن ربح ما لم يضمن ❁
قال فإن جنى المشتري ثم الأجنبي لم يتصدق المشتري بشيء مما يأخذ من الجاني لأنه لما ابتدأ بالجناية
صار قابضا للعبد فإذا أخذ الأرش فهذا ربح ما هو في ضمانه فلا يتصدق بشيء منه ❁ فإن كان الثمن مقبوضا
والعبد في يد البائع فجنى عليه البائع وحده فالجواب فيما يسقط عن المشتري كما قدمنا لأنه في
ضمان البائع وإن قبض الثمن فإذا انفسخ العقد فيما جنى عليه ❁ فإن كان المشتري هو الذي جنى عليه أولا
ثم جنى البائع لزم البائع من القيمة ما يلزم الأجنبي لأن المشتري لما جنى أولا فقد صار قابضا وليس
للبائع فسخ قبضه لأنه لم يبق له حق في الثمن فصارت جنايته بعد القبض كجناية الأجنبي ❁ ولو كان البائع
جنى أولا ثم جنى المشتري والثمن مقبوض فما تلف بجناية البائع قبل جناية المشتري بطل فيه العقد
وما تلف بالسراية من جناية البائع بعد جناية المشتري فعلى البائع فيه القيمة وذلك لأن البائع لما
بدأ بالجناية انفسخ البيع فيما جنى فيه فلما جنى المشتري صار قابضا فما تلف بعد ذلك بسراية جناية
البائع فقد تلف بعد القبض وقد بينا أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبي فكذلك سراية
جنايته بعد القبض كجناية الأجنبي فيجب فيها القيمة ❁

تم كتاب البيوع
بحمد الله ومنه وحسن توفيقه والصلوة على
رسوله محمد وآله الطيبين الطاهرين

يتلوه كتاب النكاح إن شاء الله وعونه

كتاب النكاح

رب يسر ولا تعسر

قال النكاح في اللغة حقيقة في الوطء تقول العرب تناكح الشيئان إذا انضم أحدهما إلى الآخر وقالوا أنكحنا الفرا فسنرى
يضربون ذلك مثلا للأمر يجتمعون عليه فينظرون ما يكون منه وهو مجاز في العقد لأن العقد يتوصل به
إلى الوطء فسمي نكاحا كما سمي الخمر كأسا ولهذا لا يسمى العقد الذي لا يتوصل به إلى الوطء نكاحا ويسمى
كل وطء نكاحا وقد قال الشافعي إن النكاح في الشرع عبارة عن العقد لأن الله تعالى لم يذكر النكاح
إلا والمراد به العقد وهذا ليس بصحيح لأنه قد ذكر في القرآن النكاح والمراد به الوطء قال الله تعالى الزاني
لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك والمراد به الوطء وما أريد به العقد
في القرآن فإنما حمل عليه بدليل كقوله تعالى فانكحوهن بإذن أهلهن لأن الوطء لا يقف على الإذن فعلم أن المراد
بالآية العقد وقوله فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع لأن الوطء لا يتعدد ❁ والدليل
على جواز النكاح قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية وقال النبي صلى الله عليه تناكحوا تكثروا فإني أباهي
بكم الأمم يوم القيامة وبعث رسول الله صلى الله عليه والناس يتناكحون فأقرهم على ذلك وتقريره دلالة على الجواز ❁
قال أبو الحسن قال الله تعالى وانكحوا الأيامى منكم وقال فإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا فحث على
النكاح ترغيبا من غير إيجاب له ❁ والنكاح عندنا مستحب وليس بواجب وقال نفاة القياس إنه واجب
والدليل على ما قلناه قوله صلى الله عليه من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن الصوم له وجاء
فأقام الصوم مقام النكاح والصوم ليس بواجب والواجب لا يقوم مقامه ما ليس بواجب ❁ ولأن الصحابة كان فيهم من لا
زوجة له وكانوا يفتحون البلاد ويعلمون الناس الشرائع ولم ينقل أنهم علموهم وجوب النكاح ولو فعلوا ذلك لنقل
من طريق الاستفاضة ❁ ولأنه سبب يتوصل به إلى الوطء كشراء الجارية ❁ ولأنه عقد معاوضة كالبيع ❁ ولأنه
نوع ملاذ كالطعام الناعم ❁ واحتجوا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وهذا لا دلالة فيه لأنه ذكر العدد
ولا خلاف أن العدد ليس بواجب ❁ واحتجوا بقوله صلى الله عليه تناكحوا تكثروا وهذا لا دلالة فيه لأن النسل
إنما يكون من الوطء والوطء ليس بواجب ❁ واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال لرجل يقال له عكاف ألك زوجة
قال لا قال ألك جارية قال لا قال تزوج فإنك من إخوان الشياطين وهذا ليس فيه دلالة لأنه خبر الواحد لا يثبت
به ما تعم به البلوى ❁ ومع هذا يحتمل أن يكون علم من طريق الوحي أنه إذا لم يتزوج زنى ❁ واحتجوا
بأن الامتناع من الزنا واجب ولا يتوصل إليه إلا بالنكاح وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب وهذا
غير مسلم لأنه يتوصل إلى ترك الزنا بالصوم كما قال رسول الله صلى الله عليه ❁ قال أبو الحسن قال الله تعالى وانكحوا
الأيامى منكم والأيم الرجل لا امرأة له والمرأة التي لا زوج لها روي ذلك عن ابن عباس والحسن وقال محمد
الأيم المرأة الثيب التي لا زوج لها يقال رجل أيم وامرأة أيمة وأيم وأنشد ❁ فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي
وإن كنت أفتى منكم أتأيم ❁ وأنشد ❁ يقولون أزل حب ليلى وودها وقد كذبوا ما في مودتها أزل ❁
فأقسم أن الغسل ما دمت أيما علي حرام لا يمسني الغسل ❁ وقال ❁ وكم من أسير في الحديد مكبل
وحي بطال غادرته عند معطف ❁ وكم أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على عم وخال تلهف ❁ ومعلوم أنه
لم يفتخر بسبي الثيب خاصة ❁ وكان من دعاء النبي صلى الله عليه اللهم إني أعوذ بك من بوار الأيم وقال لعلي رضي الله عنه
ثلث لا يؤخرن الصلوة إذا أتت والجنازة إذا وضعت والأيم إذا وجدت لها كفوا وقال عليه السلام الأيامى [illegible]
يزوجها عثمان فقد زوجناه اثنتين ولو كانت عندنا ثالثة زوجناه ومعلوم أنه لم يندب الثيب دون البكر ❁
واحتج محمد بقوله صلى الله عليه الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها ففرق بين الأيم والبكر
وهذا ليس بصحيح لأن النبي صلى الله عليه خص بالذكر الأيم الثيب وتخصيص الذكر لا يدل على تخصيص الاسم ألا
ترى أنه خص الأيم البالغة العاقلة بهذا القول ولا يدل على أن من شرط استحقاق الاسم وجود العقل كذلك

باب ذكر ما حرم الله تعالى في كتابه ❁

قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف وقال تعالى حرمت عليكم أمهاتكم الآية قال أبو الحسين حرم الله تعالى سبعة
بالنسب وسبعة بالسبب فأما اللاتي بالنسب فقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات
الأخ وبنات الأخت ❁ وأما اللاتي بالسبب فقوله وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم
وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وحلائل أبنائكم وأن تجمعوا بين الأختين ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من
النساء ❁ وكان أبو الحسن يقول إن الله تعالى حرم في هذه الآية سبعة أضرب من التحريم فمنهن من حرمها بالعقد كأم
المرأة وحليلة الابن وامرأة الأب ومنهن من حرمها بالعقد والوطء وهي الربيبة ومنهن من حرمها بالوطء وهي الموطوءة
أمها وبنتها بملك اليمين ويحرم بالرضاع ويحرم بالنسب ويحرم بالجمع ويحرم لذوات الأزواج ❁ ونحن نتكلم في تفصيل ذلك
قال الله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم الآية فأم الرجل حرام عليه وجداته فمن قال إن اللفظ الواحد يحمل على الحقيقة والمجاز
حرمهن بالآية ومن قال بأن اللفظ الواحد لا يحمل عليهما حرم الأم بالآية والجدات بالإجماع ❁ وقال وبناتكم فبنت
الرجل حرام عليه وبنات أولاده وإن سفلن على الطريقة التي قدمنا أن بنت الصلب حرام بالآية ومن سواها بالإجماع
وقال وأخواتكم والأخت حرام وهي كل من انتسب إلى أحد الأبوين ويدخل في ذلك الأخوات المتفرقات لأنهن ينسبن إلى [illegible]

وقال تعالى وعماتكم فعمة الرجل حرام عليه بالاية وعمة ابيه وعمة جده حرام عليه بالاجماع ٭ وقال وبنات الاخ وبنات الاخت
فحرم الاخت ولدها وحرم العمة والخالة دون ولدهما فولد العمة والخالة حلال وقد قال الحل سبحانه العمة والخالة ام ٭
وولد الاخت حرام وكذلك بنات الاخ فهذا التحريم من جهة النسب ٭ ثم قال الله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة فهذا يدل على تعلق التحريم بالرضاع وقد دل عليه قوله صلى الله عليه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ٭
وقال وامهات نسائكم فام الزوجة حرام على الزوج دخل بالزوجة او لم يدخل وقال بشر المريسي لا تحرم حتى يدخل بابنتها
وقد حكي عن ابن شجاع مثله وقد حكى اصحاب الخلاف ذلك عن علي رضي الله عنه والذي رايت عنه مثل قولنا والدليل على
ما قلناه ما روي عمرو بن شعيب عن ابيه عن عبد الله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه قال اذا نكح الرجل المراة ثم طلقها قبل ان يدخل بها
فله ان يتزوج ابنتها وليس له ان يتزوج الام ٭ وقد روي مثل قولنا عن عمر وعلي رضي الله عنهما وقال ابن عباس ابهموا ما
ابهم الله ٭ وروي ان ابن مسعود قال لا تحرم الام بالعقد فلما قدم المدينة حكي له ذلك عمر وعلي وقالا انها مبهمة
فرجع الى قولهما ٭ واحتج بشر بقوله تعالى وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم
بهن فالعطف المعطوف بعضه على بعض اذا تعقبه لفظ شرط عاد الى جميعه كمن قال امراته طالق وعبده حر ان
دخل الدار ٭ وهذا ليس بصحيح لان الشرط انما يعود الى الجميع اذا امكن ذلك ولا يمكن رد الشرط ها هنا الى امهات
النسا لانه قد استقر في اللغة ان العامل في الصفة هو العامل في الموصوف وان المعمول الواحد لا يكون معمولا
بعاملين فاذا ثبت هذا فقوله تعالى وامهات نسائكم جر بالاضافة وقوله وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
جر بحرف الجر فلو عاد قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن اليهما صار معمولا بالاضافة وحرف الجر وقد بينا ان المعمول الواحد
لا يجوز ان يكون معمولا بعاملين ٭ وقال تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فربيبة الرجل
حرام عليه اذا دخل بامها وان لم يدخل بامها حتى فارقها جاز له ان يتزوجها ٭ ويستوي في تحريم الربيبة ان تكون في
حجره او في حجر غيره وروي عن علي رضي الله عنه انها لا تحرم الا ان تكون في حجره والدليل على ما قلناه ان التحريم المؤبد لا
يعتبر فيه القرب والبعد كامهات النسا وانما شرط الله تعالى كونها في حجره لان العادة ان الربيبة تكون في
حجر زوج امها فخرج الكلام على المعتاد كما قال النبي صلى الله عليه في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض ٭ قال الله تعالى
وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فحليلة الرجل حرام على ابيه دخل الابن بها او لم يدخل لانها مبهمة فيختص
التحريم بها دون غيرها ويجوز للاب ان يتزوج بامها او بناتها ٭ وقوله تعالى من اصلابكم انما ذكره لان العرب
كانت تستحل الابن بالتبني وينسبون ذلك الى انفسهم بالبنوة الى ان نهى الله تعالى عنه بقوله ادعوهم
لابائهم هو اقسط عند الله فخص الله تعالى الابن من الاصلاب ليعلم ان امراة الابن من التبني ليست بمحرمة وامراة
الابن وان سفل حرام بظاهر الاية بقول من جوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز او بالاجماع على قول
من منع من ذلك ٭ ولا يقال كيف يقال لولد الولد انه ابن الصلب لان ذلك لا يمتنع اذا كان اصله من الصلب
كما قال الله تعالى هو الذي خلقكم من تراب وان كانت هذه الصفة لاول الخلق دون من بعده ٭ وقال تعالى وان تجمعوا
بين الاختين فالجمع بين الاختين في عقد النكاح حرام بظاهر الاية واختلفوا في الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين
فروي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم انه محرم وقال عمار كل شي حرمه الله من الحرائر حرمه من الاما الا الجمع
وروي ان رجلا سال عثمان عنه عن ذلك فقال ما احب ان احله ولكن احلتهما اية وحرمتهما اية واما انا فلا افعله
فخرج الرجل من عنده فلقي عليا رضي الله عنه فذكر له ذلك فقال لو ان الي من الامر شي لجعلت من فعل ذلك نكالا
والدليل على التحريم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد به الجمع في احكام النكاح وذلك موجود في الوطء
بملك اليمين ولانه جامع بينهما في استلحاق النسب كالجمع بينهما في العقد وقول عثمان حرمتهما اية يعني
هذه الاية وقوله احلتهما اية يعني قوله الا ما ملكت ايمانكم فاذا اقتضت احدى الايتين التحريم والاخرى الاباحة
فالتحريم اولى ٭ واذا ثبت تحريم الجمع بين الاختين فان تزوجهما معا فسد نكاحهما لان الجمع منهما لا يتحقق لما بينا
ولا يجوز ان يصح نكاح احديهما بعينها لانه ليس احدهما اولى من الاخرى ولا يجوز ان يصح نكاح احديهما بغير عينها لان
لا [illegible] مجهولة فلم يبق الا بطلان نكاحهما ٭ واما اذا تزوج احديهما بعد الاخرى فسد نكاح
الثانية وفرق بينهما وذلك لان نكاح الاولى قد صح والخطر حصل في نكاح الثانية لان به وقع الجمع فاختص الفساد به ٭
فان لم يكن دخل بها فلا مهر لها ولا عدة عليها لان النكاح الفاسد اذا لم يتصل به الدخول لم يتعلق به شي من الاحكام بدليل
قوله عليه السلم ايما امراة تزوجت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهرها فعلق الحكم بالدخول ٭ فان دخل
بها فعليها العدة لانه وطي بنكاح فاسد فيثبت به النسب والوطء الذي يثبت النسب يوجب العدة كالوطء بنكاح
صحيح ٭ ولها الاقل من مهر المثل ومن المسمى اما وجوب مهر المثل فلقوله عليه السلم فان دخل بها فلها مهر مثلها ولان
التسمية لا تثبت الا في النكاح الصحيح وانما يجب في الفاسد قيمة المعقود عليه وذلك مهر المثل ٭ وقد قال اصحابنا
يجب في النكاح الفاسد الاقل من مهر المثل ومن المسمى وكذلك الاجارة الفاسدة وقال زفر يجب مهر المثل واجر
المثل بالغا ما بلغ لنا ان المنافع لا تتقوم الا بالعقد او بالشبهة وقد قومها بالتسمية وذلك رضا باسقاط الزيادة
فصارت مستوفاة بغير عقد تتقوم به فلا يكون لها قيمة وليس كذلك البيع الفاسد لان الاعيان متقومة بانفسها
فاذا سقطت اعتبار التسمية وجب اعتبار كمال قيمة العين وجه قول زفر ان المنافع تتقوم بالعقد الصحيح

والفاسد كالاعيان ٭ ولم يبين ابو الحسن الوقت الذي يبتدا منه العدة وقد قال اصحابنا ان العدة تجب عليها
من حين يفرق بينهما وقال زفر من اخر وطي وطيها فان كانت حاضت ثلث حيض بعد الوطء قبل التفريق فقد
انقضت عدتها وجه قولهم ان التفريق في العقد الفاسد كالطلاق في النكاح الصحيح الا ترى انه اذا وطيها
قبل التفريق لم يجب عليه حد ولم يجب عليه بتكرار الوطء الا مهر واحد ولو فرق القاضي بينهما ثم وطيها وجب
الحد وان دخلت شبهة وجب مهر اخر واذا حل التفريق محل الطلاق اعتبرت العدة منه وجه قول زفر
ان المعنى الموجب للعدة هو الوطء بدلالة انه لو لم يحصل لم يجب واذا كان هو الموجب للاستبرا وجب اعتبار
العدة منه ٭ ولا يقرب امراته حتى تنقضي عدة اختها لانه لو وطيها صار مستلحقا النسب ولدها ولا يجوز
استلحاق نسب ولد اختين ٭ قال ولا يحل لاحد ان يجمع بين ذواتي محرم والاصل في هذا ان كل امراتين لو
كانت كل واحدة منهما رجلا لم يجز له ان يتزوج الاخرى لم يجز الجمع بينهما وقال عثمان البتي يجوز الجمع فيما سوى
الاختين والام والبنت والدليل على ما قلنا حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه قال لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها
ولا على ابنة اخيها ولا ابنة اختها ولا تسال المراة طلاق اختها لتكتفي ما في صحفتها ٭ وقد روى هذا الخبر جابر وابن عباس
فلا يخلو اما ان يكون من اخبار الاستفاضة لان الامة تلقته بالقبول وعملوا بموجبه لاجله او يكون من اخبار الاحاد
وعلى كلى الامرين فهو حجة ٭ ولان كل واحدة منهما لو كانت رجلا لم يكن له ان يتزوج الاخرى فلا يجوز الجمع بينهما
كالاختين ٭ واحتج البتي بقوله تعالى بعد ذكر المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم والجواب ان هذه الاية مجملة لانه
شرط في الاباحة الاحصان وهو مجمل والاباحة اذا شرط فيها شرط مجمل صارت مجملة والمجمل يثبت بيانه بخبر الواحد ٭
واما المراتان اللتان لو كانت احداهما رجلا جاز له ان يتزوج الاخرى فالجمع بينهما عندنا جائز كالجمع بين امراة وبنت
زوج كان لها ٭ وقد روي ان عبد الله بن جعفر جمع بين امراة علي وبنته ٭ وقال زفر لا يجوز الجمع بينهما لانا ان احديهما
لو كانت رجلا وهي الزوجة جاز له ان يتزوج الاخرى وهي بنت الزوج ولم يعم تحريم الجنبتين فصارتا كالاجنبيتين ٭
لزفر ان البنت لو كانت رجلا لم يجز له ان يتزوج بزوجة ابيه فلا يجوز الجمع بينهما كالاختين ٭ واما قوله تعالى في
تحريم الجمع الا ما قد سلف ففيه تاويلان احدهما انه من جمع قبل التحريم ثم طرا التحريم جاز له البقا والتاويل الثاني
لا اثم على من جمع قبل التحريم ٭ وقوله تعالى والمحصنات من النسا المراد به ذوات الازواج فنكاح المراة التي لها
زوج حرام لان المعقود عليه ملك للغير ولانها محبوسة بعقد فلا يجوز العقد عليها كالرهن ٭ واما قوله
الا ما ملكت ايمانكم فقال ابن مسعود المراد به السبايا اذا كان لها ازواج لان الفرقة وقعت بينهما بالسبي ٭
وقوله ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النسا يدل على تحريم امراة الاب بنفس العقد لانها مبهمة وكذلك تحريم
نسا الاجداد اما بالنص او بالاجماع على ما قدمناه ٭ وقد كانت الجاهلية اذا مات الرجل ورث ابنه نكاح امراته
الى ان نزلت يا ايها الذين امنوا لا يحل لكم ان ترثوا النسا كرها فكانوا ان رضيت امسكوها وان سخطت تركوها
وكانوا يسمون ذلك نكاح المقت حتى نزل قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النسا الا ما قد سلف انه كان
فاحشة ومقتا وسا سبيلا ٭ وقوله الا ما قد سلف محمول على احدى التاويلين اللذين قدمناهما ٭ قال ابو الحسن
والوطء كله عند اصحابنا حلاله وحرامه في التحريم سوا قال والكلام في هذه المسالة يقع مع الشافعي في ان الزنا يحرم
ام المزني بها وبنتها ومن زنى بام امراته او بنتها حرمت عليه امراته وقال الشافعي الزنا لا يتعلق به التحريم
لنا انه وطي من يحل له وطيها بسبب الاباحة فحرمت عليه امها وبنتها كجارية ابنه وجارية المزوجة ولان
كل عقد يبطله الوطء يستوي في ابطاله الزنا وغيره كالاحرام ٭ قال اصحابنا اللمس بالشهوة يتعلق به التحريم
وقال الشافعي في احد قوليه لا يحرم ٭ وقد روي عن سالم بن عبد الله انه وهب جارية من ابنه وقال لا تقربها
فاني قد اردتها فلم انبسط اليها ٭ وعن مسروق انه كتب الى اهله في جارية وقال لا تبيعوها اما اني لم
اصب منها الا ما يحرمها على ولدي من اللمس والنظر وروي مثل قولنا عن الحسن ومجاهد والزهري وجابر
بن زيد وقال ابن مسعود من قبل امراة لشهوة حرمت عليه امها وابنتها ٭ ولان اللمس بالشهوة لا يحل
الا بنكاح او ملك يمين فيتعلق به الكفارة في الاحرام كالوطء ٭ واذا نظر الى فرجها بالشهوة يتعلق به
التحريم وقال الشافعي لا يحرم النظر لنا حديث ام هاني قالت قال رسول الله صلى الله عليه من نظر الى فرج امراة لم
تحل له امها ولا بنتها ٭ وعن مكحول ان عمر رضي الله عنه جرد جارية له فنظر فيها فساله ابنه بعض ولده فقال
انها لا تحل لك ٭ وروي سالم عن ابيه قال ايما رجل جرد جارية فنظر فيها لذلك الامر فانها لا تحل لابنه ٭ ولان
النظر على هذا الوجه لا يحل الا بالملك كالوطء ٭ ولا يجوز له ان يتزوج امراة تعتد من غيره من اي وجه لزمتها
العدة وذلك لان المعتدة محبوسة على حق من تعتد منه فلا يجوز العقد عليها لغيره كالرهن ٭ ولان الله تعالى
اباح التعريض في العدة بذكر التزويج وحرم التصريح والتعريض هو ان يذكر لها ما يستدل به على رغبته فيها
فاذا كانت الخطبة المصرحة حراما فالعقد اولى ٭ ويجوز لصاحب العدة ان يتزوجها اذا لم يكن هناك مانع غير
العدة لانها محبوسة لحقه فيجوز تعقده عليها وان منع غيره من العقد كبيع الرهن من المرتهن ولان العدة موضوعة
للاستبرا والانسان لا يجب عليه الاستبرا من ما نفسه ٭ قال ولا يجوز ان يتزوج امراة ذات رحم محرم من امراة
تعتد منه ولا اربعا وخامسة تعتد منه وما منع النكاح من الجمع بين ذوات الرحم المحرم فالعدة تمنع منه وقال الشافعي

إن كانت العدة من طلاق رجعي لم يجز له أن يتزوج أختها وإن كانت من طلاق بائن جاز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها
وهو مثل قولنا عن علي وابن عباس رضي الله عنهما وروي أن مروان استشار الصحابة في رجل تزوج امرأة وأختها
تعتد منه وكانوا متوافرين فقالوا لا يجوز وقال زيد بن ثابت يجوز لم يرجع ففرق مروان بينهما ۞ ولا يجوز أن
يحمل ذلك على العدة من طلاق رجعي لأنه ذكر مخالفة زيد في القصة ورجوعه وهذا لا يكون إلا في البائن ۞ ولأن كل
منع ثبت على أحد الزوجين بسبب نكاح صاحبه فإن ذلك المنع يبقى ببقاء العدة كمنعها من التزوج ولأن بقاء ما
الرجل في الرحم يمنعها من تزوج رجل آخر فكذلك يمنعه من تزوج أختها كحال النكاح وهذا التعليل معنى ما قال أبو يوسف
أن الرجل لا يتزوج أخت المعتدة ليس من قبل أن عليها العدة ولكن من قبل أن رحمها مشغول بمائه ۞ قال أبو حنيفة
ولا يتزوج الرجل أمة على حرة تعتد منه وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ذلك في عدة بينونة لأبي حنيفة أن تحريم الأمة
على الحرة من طريق الجمع يستوي فيه حال النكاح والعدة كالجمع بين الأختين لهما أن الجمع بين الأمة والحرة غير
ممنوع منه إذا تقدمت الأمة وإنما المنع أن يتزوج الأمة على الحرة لأنه يدخل عليها من لا يساويها في القسم وهذا
المعنى لا يوجد بعد البينونة ولهذا نقول فيمن حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج بعدما أبانها في عدتها أنه لا يحنث
ويجوز أن يتزوج أخت أمته التي وطئها وأخت أم ولده ولكن لا يطأها الزوج حتى يحرم الأمة التي في ملكه وأم الولد
أو يملك الأمة وذلك لأن الأمة لا فراش لها ألا ترى أنه يحتاج في الاعتراف بنسب ولدها فإذا ضعف حكم
نسب ولدها لم يمنع من النكاح وكذلك أم الولد حكم فراشها ضعيف ألا ترى أن نسب ولدها ينتفي بقوله فإذا
ضعف الفراش لم يمنع من عقد النكاح وإنما قلنا إنه لا يطأ التي تزوج حتى يحرم أختها لأنه لو وطئها صار
مستلحقا النسب ولدها ولأنه يصير جامعا بينهما في معنى واحد وهو الوطء وذلك لا يجوز وليس كذلك
العقد لأنه يصير به جامعا بينهما في حكم واحد من أحكام النكاح ۞ ولا يجوز له أن يتزوج أخت أم ولده وأم الولد
تعتد منه ويجوز أن يتزوج أربعا سواها وقال أبو يوسف ومحمد يجوز أن يتزوج بأختها لأبي حنيفة أن المعنى الذي
له ولأجله جاز تزويج أخت أم ولده أن فراش أم الولد ضعيف بدليل أنه يملك نقل الفراش إلى الغير ويقطع
النسب بقوله فإذا أعتقها قوي فراشها ألا ترى أنه لا يملك نفي نسب ولدها فصارت كالحرة فلا تزوج أختها ۞ لهما
أن فراش العدة مرتب على فراش الملك فإذا جاز له أن يتزوج أختها قبل العتق مع بقاء الملك فلأن يجوز إذا انقطع
أولى ۞ وقد قال أصحابنا يجوز أن يتزوج بأربع سواها وقال زفر لا يجوز لنا أن المنع من جهة العدد يختص تحريمه
بعقد النكاح وعدة أم الولد لم تجب بعقد النكاح فلم تحرم الجمع وليس كذلك تحريم الأخت لأن تحريم الجمع بين الأختين
لا يختص بالنكاح بدلالة أنه لا يجوز الجمع بينهما في حال الوطء بملك اليمين ولأن كل موضع حرم الوطء في حال العدة إذا
طرأت العدة بعد الجمع حرم الوطء الدليل على هذا أن المعتدة الحرة لما منعت عدتها من تزويج أختها وأربع سواها كان
إذا تزوجهن ثم وجبت العدة فيها حرم وطء أختها والأربع وفي مسألتنا لو تزوج بأربع ثم أعتق أم ولده لم يحرم وطئهن
فكذلك لا تحرم عدتها العقد عليهن ولو كان تزوج بأختها ثم أعتقها حرم وطء أختها فكذلك يحرم تزويج أختها في عدتها
لزفر أنها معتدة فلا يجوز أن يتزوج أربعا سواها كالحرة ولأن العدة إذا حرمت نكاح الأخت حرمت نكاح الأربع كعدة
الحرة ۞ تحصيل جملة المذهب أن كل زوجة منع النكاح الصحيح جمع غيرها إليها فإن العدة من أي وجه وجبت
تمنع منه أيضا إلا في وجه واحد وهو أن يتزوج أربع حرائر في عدة أم الولد وهذا جملة قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
ومحمد تمنع العدة من الجمع ما منع النكاح إلا تزويج الأربع وأخت أم الولد والأمة على الحرة وقال زفر ما منع أحدهما
منع الآخر من غير استثناء ۞ قال أبو حنيفة ومحمد إذا تزوج الرجل امرأة حاملا من زنا فذلك جائز ولا يطأها
حتى تضع وقال أبو يوسف وزفر لا يجوز النكاح لهما أن ماء الزاني لا حرمة له ولهذا قال عليه السلام الولد للفراش وللعاهر
الحجر يعني لا شيء له والمنع من تزويج الحامل لحرمة ماء الواطئ فإذا سقطت حرمته جاز التزويج ولأنه لو منع الحمل من الزنا
التزويج تعلق به ثبوت النسب وأحكام الولادة كالوطء بالشبهة وإنما قلنا إنه لا يطأها لقوله صلى الله عليه لا يحل لرجلين
يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة في طهر واحد وجه قول أبي يوسف وزفر أن الحمل لما منع الوطء
منع العقد كحمل ثابت النسب ولأنها حامل من الغير كالموطوءة بالشبهة ۞ قال أبو حنيفة إذا جاءت امرأة مسلمة
من دار الحرب جاز تزويجها ولا عدة عليها وقال أبو يوسف ومحمد عليها العدة لأبي حنيفة قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا
إذا جاءكم المؤمنات إلى قوله فلا جناح عليكم أن تنكحوهن فأباح نكاح المهاجرة مطلقا ولم يشترط انقضاء العدة ثم قال
ولا تمسكوا بعصم الكوافر ولو امتنعنا من تزويجها لكان ذلك تمسكا بعصمة زوجها الكافر ولأن الفرقة وقعت عليها
باختلاف الدارين كالمسبية ولهما أن الفرقة وقعت عليها وهي مسلمة في دار الإسلام كسائر المسلمات ۞ وأما
إذا كانت حاملا فروى محمد عن أبي حنيفة أنها لا تتزوج وهي إحدى روايتي أبي يوسف وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف
أنه يتزوجها ولا يطأها حتى تضع وجه رواية أبي يوسف أن ماء الحربي لا حرمة له فحل محل ماء الزاني وجه
رواية محمد أنها حامل بولد ثابت النسب كامرأة المسلم ۞ وقال الطحاوي الصحيح ما رواه محمد ظنا منه أن المنع من
تزويجها لأجل العدة ومن أصل أبي حنيفة أن لا عدة على المهاجرة وقال الحسن رواية أبي يوسف هو الصحيح لأن
المنع ليس لأجل العدة وإنما هو لثبوت نسب الولد ۞ ولا يحل وطء الكافرة بنكاح ولا بملك إلا الكتابيات خاصة
وسواء في ذلك الحرائر والإماء والأصل في تحريم المشركات قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وعمومه يقتضي تحريم

وطء كل مشركة ۞ وأما إباحة تزويج الكتابيات فلقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ولا يجوز
أن يحمل على من أسلم منهن لأن ذلك يبطل فائدة تخصيص الكتابية لأن الكتابية والمجوسية إذا أسلمتا جاز نكاحهما
ولأن الكتابية مؤمنة بكتاب من كتب الله تعالى كالمسلمة ۞ ويجوز تزويج الأمة الكتابية عندنا وقال الشافعي يجوز
وطئها بملك اليمين ولا يجوز نكاحها لنا أنه يجوز وطئها بملك اليمين فجاز بالنكاح كالمسلمة ولأنها مؤمنة بكتاب
من كتب الله تعالى فلم يختص نكاحها الكفار كالحرة الكتابية ۞ وأما المجوس فلا كتاب لهم عندنا ولا يجوز مناكحتهم
والدليل على ذلك قوله تعالى أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا وهذا يدل على أنه لم ينزل على طائفة ثالثة
ولم يذكر الله تعالى وروي أن عمر بن الخطاب قال ما أصنع بالطائفة الذين ليسوا من أهل الكتاب فقال عبد الرحمن بن عوف
سمعت رسول الله صلى الله عليه قال سنوا بهم سنة أهل الكتاب وهذا يدل على أنه لا كتاب لهم والذي روي عن علي في سعد
أنه كان لهم كتاب فأصبحوا وقد رفع عنهم فنسوه لو ثبت لدل على ما قلناه لأنهم لما نسوه خرجوا من أن يكونوا
من أهله ۞ وأما الصابئات فقال أبو حنيفة يجوز نكاحهن وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز وهذا ليس بخلاف في
الحقيقة وإنما هو لاشتباه مذهبهم فحمل أبو حنيفة أمرهم على أنهم يؤمنون بكتاب الله تعالى ويعظمون الكواكب
كتعظيم المسلم القبلة فهم عنده قوم من أهل الكتاب في بعض دينهم لا يمنع مناكحتهم ألا ترى أن عليا قال في بني تغلب إنهم
لم يوافقوا النصارى إلا في شرب الخمر وأكل الخنزير ولم يمنع ذلك من جريان أحكام النصارى عليهم وأما أبو يوسف
ومحمد فحملا تعظيمهم الكواكب على عبادتها وعابد الكواكب كعابد الوثن فلا يجوز مناكحتهم ۞ وأنكحة الكفار بعضهم
لبعض جائزة وقال مالك أنكحتهم فاسدة والدليل على ما قلناه قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب فلو كان نكاحهم
فاسدا لم يسمها امرأته وقال صلى الله عليه ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح وإن كان أبواه كافرين ۞ ولأن من
أسلم من الكفار أقره رسول الله صلى الله عليه على مناكحته فلو كان نكاحهم فاسدا لم يقرهم عليه ۞ وأما المرتدة فلا
يجوز للمسلم ولا للكافر ولا للمرتد نكاحها وذلك لأن الردة إذا طرأت على النكاح الصحيح أبطلته فإذا قارنت ابتداءه منع
انعقاده كالرضاع ۞ ولا يجوز أن يتزوج أمة على حرة والأصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال لا
تنكح الأمة على الحرة وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث ۞ وقد قال أصحابنا لا يجوز للعبد أن يتزوج أمة
على حرة وقال الشافعي يجوز وعموم الخبر دلالة على فساد قوله ولأنه يدخل على الحرة من لا يساويها في القسم
فلا يجوز كالحر ۞ وأما الشافعي فيقول إنما لا يجوز للحر أن يدخل الأمة على الحرة لأن نكاح الأمة موقوف على
عدم الطول ومن كان تحته حرة فقد استغنى بها وأما العبد فنكاحه للأمة غير موقوف على عدم الطول
فلذلك جاز أن يتزوجها على الحرة وهذا الذي قاله ليس بصحيح لأن الغائب عن زوجته غيبة بعيدة لا يجوز
أن يتزوج بالأمة وإن كان لا يستغني بالحرة وكذلك إذا كانت تحته امرأة لا يمكن وطئها لم يجز له أن يتزوج بالأمة
مع الحاجة إلى تزويجها ۞ وقد كان أصحابنا يقولون إن العلة المانعة أنه يدخل على الحرة من لا يساويها في القسم
وحكي عن أبي الحسن أنه قال من كانت تحته حرة فقد ملك لولده حق الحرية فإذا أراد أن يتزوج بأمة فإنه
يسقط حق الحرية الذي ثبت لولده ويعرضه للرق وحق الحرية إذا ثبت لم يجز دفعه ۞ ولا يجوز للرجل أن
يتزوج بملك يمينه ولا من يملك منها شقصا ولا تتزوج المرأة من تملك منه شقصا وكذلك إن ملك أحدهما
صاحبه بعد النكاح فسد النكاح وقال نفاة القياس يجوز للرجل أن يتزوج أمته والمرأة عبدها والأصل
في ذلك قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فأباح الفرج بأحد أمرين فلا
يستباح بهما جميعا ولأن النكاح يتعلق به حقوق يجب لكل واحد من الزوجين على الآخر وتلك الحقوق
لا تثبت على المولى لأمته ولا على الحرة لعبدها مثل المطالبة بالنفقة وأحكام العقود إذا لم يثبت لم ينعقد النكاح
كما لا يجوز نكاح ذوات المحارم لما لم يوجد الاستباحة الموجبة بالعقد ۞ وفرقوا في المأذون والمدبر إذا
اشتريا زوجتيهما لم يفسد النكاح لأنهما لا يملكانها بالعقد ۞ وكذلك قال أبو حنيفة فيمن اشترى زوجته
وهو فيها بالخيار على أصله أن خيار المشتري يمنع انتقال الملك إليه ۞ وقالوا في المكاتب إذا اشترى زوجته
لم يفسد نكاحها لأنه لا يملكها وإنما ثبت له فيها حق الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع الاستدامة
كالعدة ۞ وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه ثم مات لم يفسد النكاح بينهما حتى يعجز وقال الشافعي ينفسخ
النكاح والدليل على ما قلناه أن الورثة لا يملكون المكاتب لأن الميراث سبب من أسباب الملك فلا يملك به
المكاتب كالبيع وإنما ثبت لهم فيه حق الملك وحق الملك لا يمنع البقاء على النكاح ۞ ولأنه لو كان لها دين لم يبطل
ولو كانت ملكته لبطل دينها ولأن كل حال جاز أن يبقى دينها عليه لم ينفسخ النكاح بينها وبينه كحال حياة المولى بخلاف
عجزه إذ لا يبقى لها عليه دين ولأنه عقد على بنته ملك ثبت له حق الحرية من جهته فلا ينفسخ النكاح بموته
كمدبره ۞ وأما المعتق بعضه فعند أبي حنيفة هو في حكم المكاتب فإذا اشترت زوجته لم ينفسخ نكاحها وعلى
قولهما هو حر عليه دين فينفسخ نكاحها ۞

اللفظ الذي يقع به عقد النكاح

قال أبو الحسن قال أبو يوسف إذا قال الرجل للرجل زوجني بنتك
أو قال جئتك خاطبا ابنتك أو قال جئتك لتزوجني بنتك فقال قد زوجتك فالنكاح واقع لازم وليس للخاطب
أن لا يقبل ولا يشبه هذا البيع روى جميع ذلك معلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ۞ ولو قال رجل لامرأة أتزوجك

على العقد ثم قالت قد تزوجتك على ذلك فهو جائز رواه ابن سماعة عن محمد وهي رواية الاصل وكذلك اذا قال زوجيني او انكحيني
نفسك فهو مثل ذلك وهذا استحسان وليس بقياس قال وجملة هذا ان عقد النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي
وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل وبالآخر عن الماضي استحسانا وكان القياس ان لا ينعقد بذلك لان لفظ الاستقبال
عدة وانما استحسنوا لما قال ابو يوسف حدثني ابو اسحق الشيباني عن الحكم ان بلالا خطب الى قوم من الانصار فابوا ان
يزوجوه فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه امرني ان اخطب اليكم لما خطبت فقالوا له املكت ولم ينقل انه اعاد القبول
ولان النكاح لا تحضره المساومة والظاهر من العاقد انه على وجه الايجاب وقد بينا في البيوع الفرق بين البيع والنكاح ۞
ولو قالت امراة لرجل قد وهبت لك نفسي او تصدقت عليك بنفسي فهو نكاح واذا قالت قد احللت لك نفسي او
اعرتك نفسي فليس بنكاح قال وجملة هذا ما رواه ابن رستم عن محمد قال كل لفظ يكون في الاماء تمليكا للرقبة فهو
في الحرة نكاح وكان اصحابنا يقولون كل لفظ يصلح لتمليك الاعيان مطلقا ينعقد به النكاح ۞ وقد ادعى بعض اصحابنا
بخراسان ان النكاح ينعقد بلفظ الهبة والصدقة ولا ينعقد بلفظ البيع وما ذكرناه عن محمد يبطل ذلك وكان ابو بكر
الرازي يقول لا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة وكان ابو عبد الله البصري يحكي عن ابي الحسن ان النكاح ينعقد بلفظ الاجارة
لان الله تعالى سمى البدل فيه اجرا ۞ وحكي عن ابي الحسن انه اذا زوج بلفظ الوصية فقال قد اوصيت لك بابنتي
الآن انعقد النكاح وانما لا ينعقد بالوصية المطلقة لان التمليك يتعلق فيها بشرط وهو الموت وقال الشافعي
لا ينعقد النكاح الا بلفظ النكاح والتزويج وهل ينعقد نكاح النبي بلفظ الهبة ام لا فيه وجهان لنا قوله تعالى وامراة
مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي فاجاز له صلى الله عليه النكاح بلفظ الهبة وكل لفظ جاز له ان ينعقد به النكاح جاز لغيره
ان ينعقد به كلفظ التزويج ولا يعترض على هذا قوله تعالى خالصة لك لان الخلوص لا يجوز ان ينصرف الى اللفظ
لان النبي عليه السلام لم يضف البدل لفظ الهبة وانما اضاف اليه الاستنكاح فلو كان الخلوص لاجل اللفظ لقال خالصة لها من
دون المؤمنين وانما المراد جواز النكاح له بغير بدل ۞ الدليل عليه ثلثة اشيا احدها انه سبحانه بقوله انا احللنا لك
ازواجك اللاتي اتيت اجورهن ثم ذكر الموهوبة بغير اجر فدل على ان الخلوص اراد به سقوط الاجرة ولانه قال لكي لا يكون
عليك حرج والضيق انما يكون عليه في دفع البدل الذي يجوز ان يعجز عنه ولا يكون في ابدال لفظ بلفظ لا يثقل عليه كل واحد
منهما ولان هذا اخرج مخرج الامتنان والله تعالى يمن على نبيه بما له فيه منفعة وذلك موجود في سقوط العوض فاما
ابدال لفظ بلفظ فلا ۞ ولانه عقد يوجب الملك المؤبد ليس من شرطه تسمية البدل فانعقد بلفظ البذل كهبة المال
ولانه عقد على البضع فلا يختص بلفظ كالخلع ۞ ولان منفعة البضع تملك على التابيد بالانفراد وتملك الرقبة مع
منفعة البضع على التابيد فاذا جاز ان تملكا جميعا على التابيد بلفظ الهبة جاز ان تملك احدهما بينه لك ان كل شيئين
يجوز ان تملكا على التابيد بلفظ واحد يجوز ان تملك احدهما بذلك اللفظ ۞ فاما لفظ الاحلال فلا يفيد الملك الا ترى
ان المحلل له ان يرجع متى شاء وانما ينتفع المحلل بالمبيح على حكم ملك المحلل ۞ والعارية اباحة للمنافع ولا تملك بها منفعة
البضع ۞ فاما الاجارة فوجه ما قال ابو بكر ان التابيد فيها يفتقر الى التوقيت والنكاح يبطله التوقيت واذا كان من
شرطها ما هو شرط في ابطال النكاح لم ينعقد بها ووجه ما حكاه ابو عبد الله عن ابي الحسن ان الله تعالى سمى العوض في هذا
العقد اجرا فانعقد بلفظ الاجارة كالاجارة ۞ والمتعة عندنا عقد باطل والدليل على تحريمها ما روي ان عائشة رضي الله عنها
سئلت عن ذلك فقالت بيني وبينكم كتاب الله تعالى قال الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت
ايمانهم فاباح الله الاستمتاع باحد الشرطين والمتمتع بها ليس بزوجة بدلالة ان الاستباحة ترتفع من غير طلاق ولا فرقة
والدليل عليه انه من حكم الزوجية التوارث مع ارتفاع الموانع فلما لم يورث هذه دل على انها ليست بزوجة ويدل
عليه ما روى مالك عن الزهري عن عبد الله والحسن ابني محمد بن الحنفية عن ابيهما عن جدهما ان النبي صلى الله عليه حرم يوم
خيبر متعة النسا ولحوم الحمر الاهلية ولا يقال روى الربيع بن سبرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه حرم المتعة عام
الفتح لان هذا لا منفعة فيه لمخالفنا اذا كان تعديد التحريم ۞ ولانه لا يمتنع ان يكون حرمها يوم خيبر ثم اباحها عام
الفتح اياما للحاجة ثم حرمها ۞ وقد روى محمد بن الحسن ان النبي صلى الله عليه اباحها اياما ويدل عليه ما روى سالم بن عبد الله
عن ابيه عن عمر رضي الله عنه انه صعد المنبر فحمد الله واثنى عليه وقال ما بال رجال ينكحون هذه المتعة وقد نهى عنها
رسول الله صلى الله عليه لا اجد احدا نكحها الا رجمته بالحجارة ۞ ولانه عقد يقتضي التابيد باطلاقه فاذا اجل مدة ابطل
كالبيع احتجوا بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن وهذا لا دلالة فيه لان الله تعالى قال
واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به يرجع الى المسافحات وهذا
يدل على وجوب الاجرة بالمتعة وكذلك نقول فاما الاباحة فلا يدل الظاهر عليها واحتجوا بان الاصل الاباحة
بالاجماع فمن ادعى الحظر احتاج الى الدليل الجواب انا لا نسلم اباحة مطلقة وانما كانت موقتة هكذا نقل
محمد بن الحسن والاباحة الموقتة ترتفع بذهاب الوقت من غير دليل ۞ قال اصحابنا اذا تزوج الرجل امراة مدة
معلومة فالنكاح باطل وهذه المتعة وقال زفر النكاح جائز وهو مؤبد والشرط باطل لنا انه لا يخلو اما
ان يصح العقد في المدة دون غيرها وهذا معنى المتعة او يصح في المدة وما بعدها فيستحق البضع عليها بغير
رضاها وهذا لا يصح ۞ ولان المتعة هي الاستمتاع المؤجل وهذا موجود وان عبر عنه بلفظ النكاح والعقود لا
تختلف باختلاف الالفاظ اذا وجدت معانيها ولا يلزم على هذا اذا قال تزوجتك على ان اطلقك الى عشرة ايام

لانه ابقى العقد ثم شرط قطع التابيد بذكر الطلاق والنكاح الموقت لا يبطله الشروط ۞ لزفر انه نكاح شرط فيه شرط
فاسد والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة وهذا الذي قاله ليس بصحيح لانهم قالوا لو قال تزوجتك غدا شهر الربيع والمعنى المبطل
هاهنا هو التوقيت ۞ قال وقبول النكاح على المجلس فان قام من المجلس قبل القبول بطل ذلك لقوله صلى الله عليه المتبايعان بالخيار
ما لم يتفرقا وقد بينا ان المراد بذلك خيار القبول ۞ وقد قال الشافعي ان القبول على الفور وهذا لا يصح لان القبول يحتاج
الى الارتيا فاذا جعل على الفور لم يمكن معنى الارتيا فيه ۞ واذا قال الرجل قد تزوجت فلانة بحضرة الشاهدين فبلغها بحضرة
ذلك الشاهدين فقبلت لم يجز وذلك لان قوله تزوجت شطر العقد الا ترى انه لا يملك جميع العقد وشطر العقد
لا يقف على غايب عن المجلس ۞ ولو ارسل اليها رسولا او كتب اليها بذلك فقبلته بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول
او قراة الكتاب جاز ذلك وقال ابو يوسف يجوز اذا قالت زوجت نفسي وان لم يسمعوا كلام الرسول لابي حنيفة
ومحمد ان قولها زوجت نفسي شطر العقد بدلالة ان الزوج لو كان حاضرا كان ذلك شطر العقد والشهادة شرط في
شطري العقد وليس كذلك اذا سمعوا كلام الرسول لان قول الرسول يقوم مقام قول المرسل وكذلك قراة الكتاب
تقوم مقام قول الكاتب الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه كان مامورا بدعا الناس الى الاسلام وقد قام كتابه مقام قوله ۞
لابي يوسف ان قولها زوجت نفسي جميع العقد بدلالة انه اذا حصل من مالك العقد انعقد به النكاح وجميع العقد
لا يختلف حكمه دون غيره وهذا ليس بصحيح لان الولي مالك لكل العقد فلذلك جعل قوله جميع العقد ۞ قال
واذا شهدوا على قولها وقول الرسول جاز وان لم يشهدوا على ارسال الزوج وقال الحسن بن حي التوكيل في النكاح
لا يصح الا باشهاد وهذا ليس بصحيح لانها وكالة فلا تفتقر الى الشهادة كالوكالة في البيع ۞ قال ابو يوسف واذا
قالت المراة قد تزوجت فلانا جاز وان لم تقل لهم اشهدوا لان كل شي يثبت حكمه بنفسه لا تفتقر الشهادة فيه الى
التحمل كالغصب والقتل وكل ما لا يثبت حكمه بنفسه لا يصح الشهادة فيه الا بالتحمل كالشهادة على الشهادة ۞ ۞

باب معرفة الاوليا

قال الولي له مدخل في النكاح على
الصغيرة لان العقد على الصغيرة يقف عليه والعقد على الكبيرة على قول ابي يوسف ومحمد والاعتراض اليه فلذلك
وجب بيان الاوليا ۞ قال ابو الحسن رحمه الله اجمع اصحابنا ان اوليا الصغيرة في النكاح العصبة فان لم يكن عصبة فالامام
او الحاكم ۞ وهذا ان اراد الولي المجمع عليه فهو صحيح في ابتدا الكلام وليس بصحيح في قوله وان لم يكن عصبة فالامام
او الحاكم لان من جعل الولاية الى الوارث لم ينقلها الى الحاكم عند عدم العصبة ۞ قال وجملة هذا ان ابا يوسف
ومحمدا رويا عن ابي حنيفة ان من كان من القرابات من غير العصبة من الرجال والنسا يرث المزوجة اذا لم يكن اقرب
منه فانهم يزوجون ۞ وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه لا يزوج الصغيرة الا العصبة ۞ قال فان زوجها من غير
العصبة لم يتوارثا لم يجز ذلك وتوقف على اجازة العصبة او الحاكم وهذا قول ابي يوسف ومحمد وجه قول ابي حنيفة
المشهور ان كل قرابة يتعلق بها الارث يتعلق بها ثبوت الولاية كقرابة العصبة ۞ ولانه وارث بقرابة له فولي
كالعصبة ۞ وقد روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما مثل ذلك ولان الام ثبت لها حق المطالبة بالقصاص فملكت
بقرابتها التزويج او لانها احد الابوين كالاخر وجه رواية الحسن ان الاعتبار في الكفاة الى العصبات دون غيرهم
فوجب ان يكون الولاية اليهم ۞ ولان من لا تعصيب له لا ولاية له كالاجنبي ۞ واذا ثبت ما ذكرنا فعلى كل واحد من القولين
يعتبر صحة العقل فلا تثبت الولاية للصغير ولا للمجنون لانه لا ولاية لهما على انفسهما فاولى ان لا تثبت على غيرهما
فاما اعتبار الحرية والاسلام لا يحتاج الى شرطه لان الكفر والرق يمنعان التعصيب والارث فكذلك يمنعان الولاية
والدليل على ان الكافر لا يلي على المسلم قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا ولان الولاية تقتضي نفوذ
قول الانسان على غيره والكافر لا ينفذ قوله على المسلم كالشهادة فاما المملوك فلا ولاية له على مملوكه ولا حرة وذلك
لانه لا يلي على نفسه فلان لا يلي على غيره اولى ۞ فاما اذا عدم الاوليا على القولين فالولاية الى الامام او الحاكم
لان التصرف في مصالح المسلمين اليهم والعقد على الصغيرة من مصالحهم ولان ميراثها للمسلمين والولاية عند ابي حنيفة
تستحق بالارث فاذا ثبت الولاية عليها للمسلمين قام بها من يقوم مقامهم وهو الامام ۞ وقد قال اصحابنا
ان الفاسق يزوج وليته كالعدل وقال الشافعي لا ولاية للفاسق لنا ان الفاسق يملك قبول العقد فجاز ان
يكون وليا فيه كالعدل ولانه يملك تزويج امته فيملك بالتعصيب تزويج ابنته كالمحدود في القذف ولا يقال ان الفسق
يقدح في الولاية كالحاكم اذا فسق لان من اصحابنا من قال ان الحاكم اذا فسق فزوج قبل ان يعزل جاز عقده كالوصي الفاسق
اذا تصرف ۞ ولان الفسق يقدح في سبب ولاية الحاكم ولا يقدح في ابوة الاب فلذلك افترقا ۞ وقد قال اصحابنا
ان الولاية للاقرب فالاقرب لا يجوز ان يكون الابعد وليا مع الاقرب وهو والاجنبي سوا فيمن هو اقرب منه وذلك
لان الولاية ان استحقت بالتعصيب فالابعد لا تعصيب له مع الاقرب وان استحقت بالميراث فالابعد غير
وارث مع الاقرب ۞ وقد قال اصحابنا اذا غاب الاقرب غيبة منقطعة جاز للابعد ان يزوج وقال زفر لا يجوز
والولاية الى الاقرب لنا ان تاخير النكاح فيه ضرر على الصغيرة لان الكفو يتفق في زمان دون زمان والولاية
اذا كان في اعتبارها ضرر سقطت واذا سقطت ولايته جاز لمن بعده ان يزوج ولان الغايب لا يقدر على تدبير مصالح
نكاحها فلم يوجد فيه مقصود الولاية فصار كالميت الا ترى انهم قالوا في العقار انه كالميت في النفقة لما لم
يوجد مقصود الكفاية منه لزفر ان ولايته باقية مع الغيبة بدلالة انه لو زوج جاز واذا ثبتت ولاية الاقرب

لا يجوز تزويج الابعد وهذا ليس بصحيح لانا اسقطنا الولاية للضرر الذي يلحق الصغيرة فاذا زوجها ارتفع الضرر فعادت ولاية
بعد ارتفاعها وقد قال الشافعي ان الولي اذا غاب زوجها السلطان وهذا ليس بصحيح لقوله صلى الله عليه السلطان ولي من
لا ولي له وهذا امرئ يكون ولي به مع الولي وهو لا يعقل به ولانه تعذر الوصول الى تدبير الولي الاقرب بمعنى ليس فيه تصحيه
ولان كل معنى يوجب انتقال الولاية الى الحاكم اذا لم يكن الى الابعد من الولي يوجب الانتقال الى الابعد كالموت والجنون
وليس هذا كما اذا عضلها الولي لانه اذا كان حاضرا لزمه العقد عليها فاذا امتنع مما لزمه قام الحاكم مقامه في ايفاء ما
استحق عليه فاما الغائب فلا يلزمه العقد مع الغيبة وعدم العلم بالتدبير فلا يقوم القاضي مقامه في ايفاء حق لم يجب عليه
واما حد الغيبة المنقطعة فقال ابن رستم اخبرني علي قاضي الموصل ان محمدا سئل عن الغيبة المنقطعة وهو بموضع
بالرقة فقال مثل مقامنا الى البصرة . وروى هشام عن محمد ما بين الري والكوفة وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
ما بين بغداد والري وفصل ابن شجاع ذلك فقال اذا غاب بموضع لا يصل اليه القوافل والرسل الا مرة واحدة في السنة
فهي غيبة منقطعة وان كانت القوافل تصل اليه غير مرة فليس بمنقطعة وهذا صحيح لان الخاطب لا ينتظر اذن الولي
سنة ولا يعلم هل يجيب ام لا وقد ينتظر بعض سنة فلهذا جعلوا هذا حد الغيبة المنقطعة . قال ابو يوسف اذا اجتمع
اب وابن في مجنونة فالابن اولى بالتزويج روى ذلك عنه محمد وروى معلى عنه قال ايهما زوج جاز فان اجتمعا قلت للاب زوج
وقال محمد الاب اولى لابي يوسف ان الابن عصبة والاب معه من ذوي السهام فصار كالاخ للام مع الاخ للاب والام فاما
رواية معلى فوجهها ان كل واحد منهما له سبب يتقدم به الاب لانه من قومها والابن لانه يلونها بالتعصيب فايهما زوج جاز
فاذا اجتمعا فالابن منهي عن التقدم على ابيه فلذلك قال للاب ان يزوج وجه قول محمد ان الاب من قومها والابن ليس
منهم فكان الاب اولى بالولاية ولانه احق بالتصرف في مالها فكان احق بالتصرف في نكاحها كالاب مع الاخ وعلى
هذا الخلاف الجد مع الابن قال ابو يوسف الابن اولى . فاما الجد والاخ فقال ابن سماعة عن محمد هما سواء في قول من يقول
بقول زيد واما من جعل الجد بمنزلة الاب فهو احق وهذا صحيح لان الجد عند ابي حنيفة هو العصبة والاخ لا يرث
معه فحل محل الاجنبي واما على قولهما فتعصيبهما سواء وهما سواء في الارث فصارا كالاخوين . وقد قال اصحابنا ان المجنونة
تزوج كما تزوج الصغيرة وقال زفر اذا طرا جنونها لم يجز تزويجها لنا ان الجنون الاصلي يستحق به الولاية عليها
فالطارئ مثله كالرق ولان الجنون الطارئ يثبت الولاية في مالها فكذلك في نكاحها كالاصلي لزفر ان الولاية بالبلوغ زالت
عنها فما طرا بعد ذلك لا يؤثر كالاغماء وهذا يبطل بالولاية في المال . قال اصحابنا للابن ان يزوج المجنونة وقال الشافعي
لا يجوز الا ان يكون من قبيلتها لنا انه عصبة له قول صحيح كالاب ولان الشين يلحقه بوضعها نفسها في غير كفو كما
لو كان من قبيلتها . ومولى العتاقة اولى من غيره لانه عصبة فحل محل العصبة من جهة النسب . فاما مولى الموالاة فيزوج
عند ابي حنيفة لانه وارث وان لم يكن له تعصيب وعلى قولهما لا يزوج لانه لا تعصيب له فلا يجوز تزويجه .

باب معرفة الشهود الذين ينعقد بحضورهم النكاح

قال رحمه الله الاصل في هذا الباب ان الشهادة شرط في عقد النكاح وقال مالك اذا شرط الاعلان انعقد العقد بغير
شهود ولو حضر الشهود وشرطوا الكتمان لم يصح النكاح والدليل على اعتبار الشهادة قوله صلى الله عليه لا نكاح الا بشهود
وروي لا نكاح الا بولي وشاهدين وفي حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه قال الزانية التي تنكح نفسها بغير شهود ولان النكاح
لا ينعقد بالايجاب والقبول حتى ينضم اليه معنى اخر فشرط اصحابنا الشهادة وشرط مالك الاعلان فكان شرط الشهادة اولى
لان لها مدخلا في العقود والاعلان ليس له مدخل في العقود . واما نكاح السر فجائز عندنا لقوله صلى الله عليه لا نكاح الا
بشهود ولانه عقد فلا يكون من شرط صحته الاعلان كسائر العقود . والذي روي ان النبي صلى الله عليه نهى عن نكاح السر
فنكاح السر ما لم يحضره الشهود فاما اذا حضره شاهدان فقد علن قال الشاعر وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير
الخفي . واذا ثبت ان حضور الشهود من شرائط العقد احتجنا الى ان نبين صفة الشهود الذين ينعقد العقد
بحضورهم ومن لا يملك القبول بنفسه لم ينعقد العقد بحضوره وهذا اعتبار صحيح لان الشهادة من شرائط العقد كالقبول
فاعتبر احدهما بالاخر وحكي عن ابي يوسف انه قال من جاز الحكم بشهادته في قول بعض الفقهاء انعقد النكاح بحضرته ومن
لا يجوز الحكم بشهادته عند احد لا ينعقد النكاح بحضوره ونحن نتكلم في تفصيل هذه الجملة . وقد ذكر ابو الحسن ان
كل من صح ان يكون وليا صح ان يكون شاهدا وهذا على الطريق الذي قدمناه لان الولاية شرط كالشهادة شرط . قال
اصحابنا ينعقد النكاح بحضور الفاسقين وقال الشافعي لا ينعقد الا بحضور من كان ظاهره العدالة لنا قوله صلى الله عليه لا
نكاح الا بشهود ولم يفصل ولان الفاسق يملك قبول العقد بنفسه كالعدل ولانها تحمل الشهادة فجاز من الفاسق
كتحمل سائر الشهادات ولان الفسق يؤثر في الشهادة للتهمة وهذا المعنى يوجد عند الاداء فاما التحمل فهو معنى يشاهده
لا تهمة فيه وانعقاد النكاح لا يقف على شهادة من ثبت بشهادته بدلالة من ظاهره العدالة ولا يعلم عدالة باطنه .
وينعقد النكاح بشهادة الاعمى لانه يملك القبول بنفسه ولانه من اهل الشهادة الا ترى ان مالكا يجوز شهادته وابو يوسف
يجوز شهادته فيما تحمله وهو بصير وعند ابي يوسف ومحمد تجوز شهادته على النسب واذا كان من اهل الشهادة صار كالبصير .
وينعقد بشهادة المحدود في القذف لانه وان كان لم يتب فهو فاسق وقد دللنا على شهادة الفاسق وان كان قد تاب
فهو من اهل الشهادة الا ترى ان حاكما لو حكم بشهادته جاز . ولا ينعقد النكاح بشهادة العبد لانه ليس من اهل الشهادة
الا ترى ان حاكما لو حكم بشهادته فسخ حكمه ولانه لا يملك قبول العقد بنفسه . ولا ينعقد نكاح المسلمين بشهادة الكافرين

لانه ليس من اهل الشهادة عليهما ولانه لا يملك قبول نكاح المسلمة . ولا ينعقد بشهادة الصبي والمجنون لانهما لا يملكان القبول
وليسا من اهل الشهادة . وينعقد نكاح الكافر بشهادة الكافر لان الكافر يملك قبول نكاح الكافرة . ولانه من اهل الشهادة
عليهما على اصلنا لان شهادة بعضهم على بعض مقبولة . قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا تزوج المسلم الذمية بشهادة ذميين
جاز وقال محمد والشافعي لا يجوز والكلام مع الشافعي فرع على اصلنا ان شهادة الكفار تقبل بعضهم على بعض والكلام
في هذه المسئلة في موضعه فاما الكلام مع محمد فلان الكافر يملك قبول هذا العقد بنفسه فحل محل المسلم في حق المسلمة
ولانه يجوز ان يثبت العقد بشهادتهما اذا جحدت الكافرة وكانا لو حضر معهما مسلمان ومن جاز ان يثبت به العقد فلان ينعقد
بحضوره اولى . وجه قول محمد ان شهادة الكفار ليست بحجة على المسلم فصار كانهم سمعوا كلام المراة دون كلام
الزوج فلا ينعقد العقد كشهادة الصبيان اذا بلغوا وليس هذا بصحيح لان انعقاد النكاح لا يقف على سماع قول من
يكون قوله حجة ولان سماع الكفار في حق المسلم سماع صحيح بدلالة انهم لو اسلموا وقد كان حضر العقد مسلمان جازت
شهادة الذميين فدل على ان سماعهما صحيح . قال اصحابنا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامراتين وقال
الشافعي لا يقبل شهادة النساء في النكاح والطلاق والعتاق والوكالة والدليل على ما قلناه ان ما جاز اثباته بالشهادة
على الشهادة جاز بشهادة الرجال مع النساء كالاموال ولان كل شهادة جاز ان يثبت بها الاموال جاز ان ينعقد بها
النكاح كشهادة رجلين . قال ويحتاج الشهود ان يسمعوا كلام المتعاقدين جميعا وان سمعا كلام احدهما دون
الاخر لم يصح وذلك لان الشهادة شرط في العقد والعقد هو الايجاب والقبول فاعتبرت الشهادة في احدهما
كالاخر . قال واذا كان عقد النكاح موقوفا اعتبر حضور الشهود عند العقد دون الاجازة فاذا حضروا عند
الاجازة ولم يحضروا عند العقد لم يجز لان الانعقاد انما يكون بالايجاب والقبول والاجازة تجري مجرى اسقاط الخيار
في البيع واذا انعقد العقد بالايجاب والقبول اعتبرت الشهادة فيه ولان الملك يقع عند الاجازة بالعقد وما يقع
به الملك هو الذي يشترط فيه الشهادة فلذلك اعتبرت الشهادة في العقد .

باب ما يصح به عقد النكاح

قال ابو الحسن رحمه الله قد قدمنا معرفة الولي والشهود ولفظ العقد فلا يجوز
عقد النكاح على صغيرة او مجنونة الا باجتماع ذلك كله عند اصحابنا قال والاصل في اعتبار الولي في نكاح الصغيرة والمجنونة
انها مولى عليها والعقد على المولى عليه لا يصح الا من ولي كما في العبد والامة وقد دل عليه قوله صلى الله عليه ايما عبد تزوج بغير اذن
مولاه فهو عاهر . فاما البالغة الصحيحة العقل فانها لا تحتاج الى ولي في صحة نكاحها فاذا زوجت هي نفسها او جعلت
امرها الى رجل او زوجها رجل اجنبي فبلغها ذلك فاجازت فذلك جائز اذا كان الزوج كفوا او كانت قد استوجبت مهر
مثلها وهذا قول ابي حنيفة وهو قول زفر وابي يوسف الاول ثم رجع ابو يوسف فقال لا يجوز العقد الا ان يجيزه
ولي او يعقده برضاها او يجيزه الحاكم قال ابو يوسف وان مات احدهما قبل ان يجيزه الحاكم او الولي والزوج كفو توارثا
رواه ابن الوليد وحبان بن بشير وهشام واحدى روايتي ابن ابي مالك وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف قال لا يتوارثان
كفوا كان او غير كفو وهي احدى روايتي ابن ابي مالك . قال محمد في كبيرة زوجت نفسها ان العقد لا يجوز حتى يجيزه الولي فان
ماتا لم يتوارثا وان كان كفوا وهو بمنزلة الامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها فان طلقها لم يلزمها طلاق ولا ظهار
وان وطئ كان وطؤه حراما روى ذلك حبان بن بشير عن ابن ابي رجاء قال ابن ابي رجاء ثم سالت محمدا عن امراة فقيرة
ليس لها حسب تزوجها رجل فقير يعمل ويكفيها وليس لها ولي قال ترفع امرها الى الحاكم فعلت له اما في ذلك شهود
قال اعتبرهم بقول سفين قلت ما يقول سفين قال اذا كان للمراة ولي لم يجز عقدها الا باذنه فان لم يكن لها ولي جاز
عقدها على نفسها فلم ازل به حتى قال بقول سفين وقال الشافعي لا يجوز العقد الا بالولي او الحاكم لابي حنيفة قوله
صلى الله عليه الايم احق بنفسها من وليها وحديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه قال ليس للولي مع الثيب امر ولانها تملك التصرف
في مالها بعوض وغير عوض كالرجل وجه قولهما حديث عايشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه قال ايما امراة نكحت بغير
اذن وليها فنكاحها باطل وهذا الخبر لا يصح الاحتجاج به لان ابن جريج رواه عن سليمان بن موسى عن الزهري قال
ابن جريج ثم لقيت الزهري فذكرت ذلك له فانكره والراوي اذا انكر لم يصح الرواية عنه ولان من مذهب عايشة
جواز النكاح بغير ولي ويستحيل ان تروي خبرا ثم تخالفه ويقولون ان حق الولي ثابت في العقد بدلالة اعتراضه
عليه واذا ثبت حقه وقف انعقاده عليه لا يستبد باسقاط حقه كالعقد على الامة . وقد قال ابو يوسف ومحمد ان الولي
اذا اذن للمراة في النكاح فعقدت جاز وقال الشافعي لا ينعقد النكاح بقول المراة لنا ما روي ان عايشة زوجت
ابنة اخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير ولان العقد حق لها وقولها صحيح فجاز ان تستوفي حقها من العقد
كسائر العقود ولانه نوع عقد يجوز للمراة عقده كسائر العقود . لابي يوسف انها اذا زوجت نفسها من كفو ثم
مات احدهما توارثا قبل الاجازة لان العقد وقع على الشرائط الصحيحة الا ترى ان الولي منهي عن الامتناع من اجازته
ولو فعل ذلك صار عاضلا فصار كعقد الرجل . لمحمد انه عقد يقف على الاجازة كالعقد الموقوف وجه قول
محمد في الفرق بين من لها ولي وبين من لا ولي لها ان وقوف العقد على اذن الولي لحقه لا لحقها فمن لا ولي لها فلا
حق الا لها فاذا عقدت جاز عقدها . وقد قال ابو يوسف اذا زوجت نفسها كفوا وبلغ الولي فامتنع من
الاجازة فرفعت امرها الى الحاكم فانه يجيزه قال محمد يستانف العقد . لابي يوسف ان الولي ليس له الامتناع
من الاجازة لانه لم يفوت عليه بالعقد حقا فاذا امتنع فقد عضلها فخرج من ان يكون وليا وصار الحاكم هو الولي فاذا اجازه جاز .

لم يجز ان العقد وقف على الولي فاذا امتنع من اجازته فقد رده وبطل برده فلا يصح الا باستيناف عقد فان وضعت
نفسها في غير كفو كان للاوليا ان يفسخوا لان العقد وان كان من حقوقها فقد الحقت باوليائها الضرر للشين الذي لحقهم
لعدم الكفاءة فكان لهم الاعتراض كالشفيع الذي يعترض على عقد المشتري لدفع الضرر عن نفسه وان كان العقد جايزا فاما
اذا قصرت عن مهر مثلها كان للاوليا ان يعترضوا عليها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا اعتراض لهم في ذلك وبه قال الشافعي
وانما تصور الخلاف في هذه المسئلة على قولهما اذا اذن لها الولي ان تتزوج وعلى مذهب الشافعي اذا اذن لرجل ان يزوجها
فزوجها باقل من مهر مثلها برضاها لابي حنيفة انها قصرت على وجه يلحق الشين باوليائها فصار كما لو تزوجت بغير
كفو ولانها تلحق الضرر بنساء قبيلتها لان مهور مثلهن اذا تقادم العهد اعتبر بها وهي لا تملك الحاق الضرر بالقبيلة ولهما
ان المهر حق من حقوقها كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة ولانها لو وهبت المهر بعد تسميته لم يكن لهم الاعتراض فاذا سامحت
ابتدا امثله ۞ قال ولا يجوز نكاح احد على بالغة صحيحة العقل من اب او سلطان بغير رضاها بكرا كانت او ثيبا وقال الشافعي
للاب ان يجبر البكر على النكاح لنا حديث ابن عباس وابن عمر وجابر ان النبي صلى الله عليه رد نكاح امراة بكر زوجها ابوها وهي
كارهة ولان لها ان تطالب الاب بالعقد اذا امتنع الاب فكان لها الامتناع من العقد كالثيب ۞ ولانها تملك الاقرار
على نفسها بالعقد فلا يجوز لاحد اكراهها على العقد كالرجل ولانه لا يملك ان يجبرها على عقد امينها فلا يجبرها على
عقد نفسها كالرجل ۞ واذا زوجت المراة البالغة بغير امرها بشهود ومهر فالعقد موقوف عليها فان كانت
ثيبا لم يجز العقد الا ان تجيزه بقول او فعل منها يدل على الرضا فاما البكر فاذا بلغها فسكتت فان كان المزوج وليا
جاز النكاح وان كان اجنبيا لم يجز النكاح عليها بالسكوت ولا يجوز عليها الا كما يجوز على الثيب بقول او فعل اما وقوف
العقد عليها فلما بينا ان الولي لا يملك اجبارها على العقد فلا بد من اعتبار الرضا منها فان كانت ثيبا فرضاها بالقول
او بالفعل الذي يدل على الرضا وذلك لقوله عليه السلام والثيب تشاور ولان رضاها لما اعتبر في العقد صار كالرضا في عقد
البيع فلا يقع بالسكوت ۞ واما الفعل الذي يدل على الرضا فتمكينها من نفسها او المطالبة بمهرها او نفقتها لان هذا
لا يكون الا مع جواز العقد ومن خير بين اجازة العقد وابطاله اذا فعل ما يدل على الاجازة قام مقام قوله قد رضيت
لقوله صلى الله عليه لبريرة ان وطيك زوجك فلا خيار لك ۞ واما البكر اذا زوجها الولي فسكتت فالقياس ان لا يكون
رضا لان الساكت قد يكون راضيا وقد يكون ساخطا فلم يجز اثبات الرضا بالشك وانما تركوا القياس لقوله صلى الله عليه لما
قيل له انها تستحي فقال اذنها صماتها وسكوتها اقرارها ۞ فاما اذا زوجها غير الولي او الولي وهناك اقرب
منه فلا تكون اجازتها الا بالقول او الفعل الذي يدل على الرضا لان عقده يجوز من حيث الوكالة لا الولاية والوكالة لا
تكون الا بالكلام ولانها انما تستحي من اوليائها ولا تستحي من الاجانب فصارت في حقهم كالثيب ۞ وروى هشام
عن ابي يوسف في البكر اذا بلغها النكاح فبكت او ضحكت فهو رضا وروي عنه ان البكا ليس برضا وهو قول محمد
لابي يوسف ان البكا يكون من شدة الحيا فصار كالسكوت ولمحمد ان البكا يدل على الكراهة فصار كالامتناع ۞ وروى
ابن سماعة عن محمد في البكر يزوجها وليان كل واحد منهما رجلا فبلغها ذلك فاجازتهما جميعا بطلا لانها جمعت
بينهما بالاجازة فكانها تزوجت بزوجين ولو بلغها فسكتت لم يكن ذلك ردا ولا اجازة حتى تجيز وروى حفص
بن صالح عن محمد اذا بلغها فسكتت بطلا جميعا وجه رواية ابن سماعة ان الاجازة لا يستدل بها بالسكوت الا ترى
انها لا تحمل على اجازة العقدين لان ذلك لا يجوز ولا يجوز ان يحمل على اجازة احدهما لانه ليس احدهما اولى من الاخر
فلم يبق الا ان نبطل حكم السكوت ونقف الامر على الاجازة بالقول وجه الرواية الاخرى ان السكوت قد اجري
مجرى الاجازة بالقول بدلالة العقد الواحد فكانها اجازت العقدين ۞ وكذلك لو استوامرت في الابتدا فسكتت البكر
فهو اذن اذا كان المستامر وليا وذلك لان النبي صلى الله عليه كان اذا خطب احدى بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يذكر فلانة
ثم يزوجها فدل على ان السكوت في استيذان الولي كالاذن ۞ وفي الرواية الولي اذا قال للبكر اني اريد ان ازوجك فلانا
فقالت غيره اولى منه لم يكن ذلك اذنا ولو زوجها ثم اخبروها فقالت قد كان غيره اولى منه كانت اجازة وذلك لانه اذا استامرها
في ابتدا العقد فقد اخبرت انها راغبة عن ذلك العقد فلا يجوز ان تعقد بغير رضاها واما اذا عقد فقد اخبرت ان رايها في غير
ذلك العقد وسكتت عن رده مع انه قد نفذ عليها فنفذ عليها ۞ وفي الرواية الولي اذا قال لها اني ازوجك فلانا او فلانا
حتى عد جماعة فسكتت فبايهم زوج جاز لان السكوت لما دل على الرضا صار كانها اذنت له ان يزوجها احدهم ۞ ولو سمى لها
جماعة مجملا فقال ازوجك من جيراني او من بني عمي فان كانوا محصورين فهو رضا وان كانوا لا يحصون فليس برضا لانه لا يجوز ان
ترضى به مع جهالته فلا يستدل بالسكوت على الرضا ۞ واذا زوج المراة ولي فقالت لم ارض ولم اذن وقال الزوج قد
اذنت فالقول قول المراة لان الزوج يدعي عليها الرضا والاذن وهو معنى حادث ومن ادعى معنى حادثا لا يقبل قوله الا
ببينة ولانه يدعي انتقال ملكها فلا يقبل قوله ۞ قال اصحابنا في البكر اذا زوجت فقال الزوج بلغك العقد فسكت
وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر القول قول الزوج لنا انه يدعي عليها انتقال الملك والاصل عدم الانتقال
فلا يثبت الانتقال بالظاهر ولا يلزم على هذا اذا ادعى المشتري اجازة البايع للعقد المشروط فيه الخيار بعد الثلث لان
الملك لا ينتقل بالظاهر وانما مضي المدة هو السبب في انتقال الملك ولان السكوت ظاهر يدعيه الزوج ودفع ملكها
ظاهر تدعيه فيتقابل الظاهران والاصل ان الملك لم ينتقل فبقي على ما كان عليه وجه قول زفر ان الاصل السكوت
والزوج يدعي الاصل وهي تدعي معنى حادثا فلا يقبل قولها الا بدليل ۞ قال ابو حنيفة اذا ادعى الزوج عليها الاذن

او السكوت وادعت انها لم تاذن فالقول قولها ولا يمين عليها وقال ابو يوسف ومحمد القول قولها مع يمينها فان حلفت
بطل العقد وان نكلت لزمها قال وجملة هذا ان عند ابي حنيفة لا تستحلف في ستة اشيا النكاح وحقوقه مثل الرجعة
والفي في الايلا والنسب والرق وحقوقه مثل الاستيلاد والولا والحدود وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في
حد القذف ايضا والخلاف في هذه المسئلة فرع على ان النكول ما هو فعند ابي حنيفة قائم مقام البذل وليس
بصريح بذل وقالا هو قائم مقام الاقرار ومنزلته من الاقرار منزلة الشهادة على الشهادة لابي حنيفة ان المدعى
عليه اذا كان بريا من الدعوى فهو مخير بين اسقاطها عن نفسه باليمين وبين التزامها بالنكول ومن خير بين اسقاط
الشي عن نفسه والتزامه فاذا التزمه كان باذلا كالموصي والواهب ولا يلزم الاقرار لان المقر ليس بمخير الا ترى
انه ان كان صادقا لزمه ان يقر وان كان كاذبا لم يحل له ان يقر ولان النكول لا يتعلق به حكم في حق من يصح من
جهته الا بمعنى اخر ينضم اليه فكان بذلا كالهبة والوصية ولا يلزم الشهادة لان الحكم يتعلق بها في حق من لم يصح من
جهته لهما ان النكول يثبت حكمه من المكاتب والماذون والوكيل والبذل لا يصح فلو كان بذلا لم يصح ممن لا يصح بذله فدل
على انه اقرار لانه يصح ممن يصح اقراره وهذا ليس بصحيح لان عند ابي حنيفة ليس بصريح بذل وانما اجري مجرى البذل
وهو يصح منهم ما اجري مجرى البذل كالمحاباة ثم يقلب هذا الكلام عليهما فيقال ان نكول الماذون بعد الحجر يتعلق به
حكم وان كان لا يصح اقراره فلو قام مقام الاقرار لم يصح ممن لا يصح اقراره ۞ واذا ثبت لابي حنيفة ان النكول اجري
مجرى البذل وبذل هذه الاشيا من طريق الحكم لا يصح لان استيفاها مع البذل كاستيفائها من غير بذل في الحكم المتعلق بها
فلم يمكن استيفاوها بالنكول واذا لم يستوف بالنكول لم يكن في اليمين فايدة وما لا فايدة فيه لا تصح المطالبة به ولا يلزم
على هذا دعوى الجناية لانها ان كانت فيما دون النفس استوفيت بالنكول واليمين فيها فايدة وان كانت في النفس فقد كان
القياس ان يستوي لان استيفاها بالبذل ليس كاستيفائها من غير بذل في الاحكام الا ترى انه من اذن لرجل في قتله
فقتله لم يجب عليه القصاص وانما استعظموا حرمة النفس فقالوا نحبس الناكل حتى يقر او يحلف فلم يمكنه اسقاط
اليمين عن نفسه من غير شي يلزمه فكانت اليمين حقا وفي مسئلتنا لما لم يستوف بالنكول امكن المدعى عليه اسقاط اليمين
عن نفسه من غير شي يلزمه فلم يكن حقا فان قيل هلا قلتم انه يحبس في هذه المسايل كما قلتم في دعوى القتل
قلنا اليمين في القتل يجوز ان يكون نفس الحق بدلالة القسامة يستحلف اهل المحلة مع بذل المال واليمين في غير
النفس ليست بنفس الحق فلا يحبس لاجلها وجه قولهما ان النكول قائم مقام الغير فما جاز اثباته بما قام مقام
الغير من الشهادة على الشهادة جاز اثباته بالنكول والاشيا السبعة يجوز اثباتها بالشهادة على الشهادة فكذلك
بالنكول فاما الحدود فلا تثبت بالشهادة على الشهادة فكذلك بالنكول فلهذا لا يستحلف فيها ۞ واما الشافعي
فيقول ما لا يصح بذله لا يستحلف فيه كحد الزنا ونقول في حد القذف انه حد فلا يستحلف فيه كحد الزنا ۞

باب ما جاء في جواز النكاح على الصغيرة

قال اصحابنا يجوز للولي تزويج الصغير والصغيرة وقال ابن شبرمة لا يجوز لنا قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والايم عبارة
عمن لا زوج لها صغيرة كانت او كبيرة ولان النبي صلى الله عليه تزوج عايشة رضي الله عنها وهي بنت ست سنين وبنى بها وهي بنت
تسع سنين ۞ وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت فقيل له في ذلك فقال ان مت فهي خير ورثتي
وان عشت فهي بنت الزبير وتزوج عبد الله بن عمر بنته وهي صغيرة من عروة بن الزبير ولانه عقد تنتفع بالمنافع فجاز
ان يملك على الصغار بالولاية كعقد الاجارة ۞ واحتج ابن شبرمة بان هذا العقد يتابد فيستحق منافعها بعد
البلوغ فكانه عقد عليها بعد بلوغها وهذا باطل بالبيع لان ملكها يستحق على التابيد ولا يصير كانه عقد
عليه بعد البلوغ ۞ وقد قال اصحابنا ان للولي تزويج الصغيرة الثيب وقال الشافعي لا يجوز لنا انها لا تملك
التصرف في نفسها ولا مالها فيملك الولي عقد النكاح عليها كالبكر ولانه معنى في المولى عليه لا يوجب انتقال
الولاية اليه فلا يوجب زوال الولاية عنه كالجنون وفوات الافضا ۞ وروى ابن سماعة عن محمد ان الاب اذا
زوج الصغيرة فالقياس ان يثبت لها الخيار اذا بلغت والاستحسان ان لا يثبت وجه القياس انها ملكت
نفسها بعد تمام العقد عليها فصارت كالامة اذا اعتقت وجه الاستحسان ان النبي صلى الله عليه لم يخير
عايشة عند بلوغها ولو كان ذلك حقا لاعلمها اياها ۞ وقد قال اصحابنا ان للصغيرة يزوجها غير الاب
والجد مثل الاخ والعم وقال الشافعي لا يزوجها الا من له ولاد والدليل على ما قلناه قوله تعالى وان خفتم الا
تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النسا قالت عايشة نزلت في شان اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب
في مالها ولا يعطيها من الصداق ما يعطيها غيره فنهوا ان ينكحوهن حتى يقسطوا لهن في الصداق وامروا
لهم ان ينكحوا من سواهن ثم انزل الله قوله تعالى ويستفتونك في النسا قل الله يفتيكم فيهن في شان اليتيمة تكون
في حجر وليها وهي شريكته في المال فيرغب عن نكاحها ويمنع ان يزوجها ليلا يوجد مالها في يده وفي كل واحدة من
الايتين دليل على تزويج من لا ولاد له الا ترى ان الولي الذي يجوز ان يتزوج هو ابن العم فلو كان عقده لا يصح لم يمنع النقصان
في الصداق ولم يذم على رغبته عن نكاحها ولان العم يملك تزويجها بالولاية بعد البلوغ فكذلك قبله كالاب ولان
البلوغ من الاسباب المزيلة للولاية فلو كان العم لا يجوز عقده على الصغيرة لاستفاد الولاية بالسبب الموجب لزوال
الولاية وذا لا يصح ولانه يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ في الكفاءة فملك تزويجها بولاية النسب في حال الصغر كالاب

قال ابو حنيفة ومحمد اذا زوج العم او الاخ الصغيرة ثم بلغت فلها الخيار وقال ابو يوسف لا خيار لها وجه
قولهما ان العم تصرف عليها في المال وهو المهر ولا ولاية له فيه فلم ينفذ تصرفه ولا يمكن ازالة التصرف في المال الا
بفسخ العقد الموجب للمال ولانه عقد عليها في حال لا تملك العقد على نفسها بولاية غير متناهية فصار كالمولى اذا
زوج امته ولا يلزم الجد اذا زوجها وهناك وصي الاب لانا لا نعرف الرواية في هذه المسئلة ولان ولاية الجد
في الجملة متناهية وولاية العم لا تكمل بتصرفه في البضع والمال بحال ❊ لابي يوسف انه يلي عليها في النكاح والمهر تبع
فيه بدلالة انه يصح مع السكوت عنه ولانه يفسد بفساده واذا ولي في المتبوع ولي في التبع ❊ وظاهر ما ذكره
في الاصل ان القاضي اذا زوج الصغيرة فلها الخيار لانه قال اذا زوجها غير الاب والجد فلها الخيار وروى
خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا خيار لها وقال محمد لها الخيار وجه رواية الاصل ان ولاية العم
اقوى من ولاية الحاكم الا ترى ان الحاكم لا يتصرف مع وجوده واذا ثبت الخيار في تصرف العم فالحاكم اولى ❊ وجه
الرواية الاخرى ان الحاكم يملك التصرف في البضع والمال من جهة واحدة فصار كالاب ❊ واذا زوج العم
الصغير او الصغيرة ثم بلغا فان كانت بكرا فسكتت عقيب بلوغها سقط خيارها وان كانت وطيت قبل البلوغ
لم يبطل خيارها الا بالقول او بالفعل الذي يستدل به على الرضا وكذلك الغلام اما البكر فلان سكوتها اجري
مجرى قولها رضيت في الشرع ولو قالت عقيب بلوغها قد رضيت جاز عليها فكذلك السكوت ❊ واما الثيب فسكوتها
لا يدل على الرضا فوقف الرضا على قولها او ما اجري مجراه وكذلك الغلام لا يستدل بسكوته على الرضا فما
لم يقل قد رضيت او يفعل فعلا يستدل به على الرضا لا يسقط خياره ❊ ولا تكون الفرقة في ذلك الا عند القاضي
والاصل في هذا ان كل فسخ يثبت بعد تمام العقد لمعنى في العقد فانه لا يثبت الا بعد تراضيهما او بحكم الحاكم
كالرد بالعيب ❊ وكل فسخ يثبت بعد تمام العقد لمعنى في المعقود عليه فانه لا يثبت الا بحكم الحاكم كالفسخ
بالعنة ❊ وكل فسخ يثبت قبل تمام العقد فانه لا يقف على حكم الحاكم كرد الايجاب قبل القبول وهي فرقة
بغير طلاق وذلك لان كل فرقة يشترك في سببها الرجل والمراة ويتساويان فيه فانها لا تكون طلاقا
كالرضاع ولا يلزم الاباء لانهما لا يتساويان فيه الا ترى ان اسلام المراة يوجب العرض على الزوج بكل
حال واسلام الزوج قد يوجب وقد لا يوجب ❊ قال ولا مهر على الزوج اذا لم يدخل بها اما المراة ان اختارت
قبل الدخول فلا مهر لها لانها استحقت البضع على زوجها كالمرتدة واما الغلام اذا اختار الفرقة قبل الدخول
فلا مهر عليه وليس في الاصول فرقة من جهة الزوج لا يتعلق بها مهر الا هذه والوجه فيه ان الخيار فيه
ثابت فلو وجب المهر عليه لم يكن لاثبات الخيار معنى لانه يملك الطلاق فلما ثبت الخيار علم انه ثبت لفائدة
وهي سقوط المهر واما الفرقة بعد الدخول فلا تسقط المهر لانه استوفى المعقود عليه والفرقة بعد
استيفاء المعقود عليه لا تسقط المهر

باب معرفة البكر

قال الثيب والبكر مختلفة لان البكر قد يجيز سكوتها رضا والثيب لا يكون سكوتها رضا وللاب ان يقبض مهر
البكر بغير اذنها ما لم تنهه عن ذلك وليس له ان يقبض مهر الثيب الا باذنها واذا اختلفت احكامهما وجب ان يبين
كل واحدة منهما فالثيوبة في الحقيقة زوال البكارة وهو معلوم من طريق المشاهدة كما يعلم فوات الاعضا وانما
تحمل على من هي بحكم الابكار من طريق الحكم فكل امراة زالت بكارتها بالوطي الذي يتعلق به ثبوت النسب
فانها ثيب في قولهم جميعا لان البكارة زالت بوطي يتعلق به احكام النكاح وهذا المعنى يوجب زوال الحيا الذي
علق الشرع عليه الحكم به ❊ واما اذا زالت بكارتها بالزنا قال ابو حنيفة تزوج كما تزوج الابكار وقال ابو يوسف
ومحمد وابن ابي ليلى تزوج كما تزوج الثيب لابي حنيفة ان البكارة زالت بسبب لا يتعلق به احكام النكاح
فصار كما لو زالت بالوثبة ولا يقال انه يتعلق به تحريم الامهات والبنات لان التحريم ليس من احكام النكاح الا
ترى انه ينعقد بحل لا بتحريم ولان الحيا عند استيذانها موجود لانها تستشعر انها تزوج لتعف عن
الزنا وهذا المعنى الذي جعل سكوت البكر فيه رضا ولان الاصل البكارة ورضا البكر مكتفى بالسكوت فلو
قلنا ان الولي يطلب من الاذنه النطق لدل بذلك على الزنا وهو مامور بسترها وجه قولهما ان البكارة
زالت بالوطي فصار كالوطي بالشبهة ❊ واما اذا زالت البكارة بوثبة او طفرة او حيضة او
جناية فهي في حكم الابكار في قولهم اما على قول ابي حنيفة فلان احكام النكاح لا تتعلق بذلك واما على
قولهما فلانها لم تباشر الرجال فلم تزل الحيا

باب معرفة الاكفاء

قال لا اختلاف بين اصحابنا ان الكفاءة معتبرة في النكاح وانما اختلفوا في ترتيبها وحكي عن ابي الحسن ان الكفاءة غير معتبرة
وهو قول مالك والدليل على ما قلناه قوله صلى الله عليه قريش بعضها اكفاء لبعض والعرب بعضها اكفاء لبعض والموالي بعضها
اكفاء لبعض حي بحي وقبيلة بقبيلة وفي حديث جابر ان النبي عليه السلم قال لا تنكحوا النساء الا من الاكفاء وقال عليه السلم ثلث
لا يؤخرن الايم اذا وجدت لها كفوا وقال عمر رضي الله عنه لامنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء
ولانها اذا تزوجت بغير كفو لحقت الشين بقبيلتها وهي ممنوعة عن ذلك واما ما روي ان ابا طيبة خطب الى
بني بياضة فابوا ان يزوجوه فقال النبي عليه السلم انكحوا ابا طيبة الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير وخطب
بلال الى قوم من الانصار فابوا ان يزوجوه فقال عليه السلم قل لهم ان النبي صلى الله عليه يامركم ان تزوجوني فلانه قال

دلالة فيه لانه صلى الله عليه ندبهم الى ترك الكفاءة واعتبار الدين فلما امتنعوا فالامتناع من حقهم ❊ وقوله عليه السلم ليس لعربي
على عجمي فضل الا بالتقوى فالمراد به احكام الاخرة ❊ واحتج ابو الحسن بان الكفاءة لا تعتبر في الدماء وقد اعتبر
فيها الاحتياط فلان لا تعتبر في الانكحة اولى وهذا ليس بصحيح لان الدماء لا يعتبر فيها الكفاءة بالدين لان المسلم يقتل
بالكافر الذمي وقد اعتبر ذلك في النكاح بالاجماع ❊ واذا ثبت اعتبار الكفاءة قال ابو حنيفة الكفاءة تعتبر في خمس شرائط
الحرية والنسب والمال والدين واسلام الاباء ❊ وقال محمد الدين غير معتبر الا ان يكون امرا مستخفا كمن يسكر
ويمشي في الاسواق فيسخر منه وقال ابو يوسف الفسق اذا كان مستترا لم يعتبر وان كان معلنا اعتبر وقال ابو يوسف
تعتبر في الموالي شرايط اخر وهي الصناعة فلا يكون الحايك كفوا للصيرفي والجوهري ❊ اما الحرية فلا يكون العبد
والمكاتب والمدبر كفوا للحرة لان الرق نقص وشين فهو اكثر من عدم النسب ❊ واما اعتبار المال فالمعتبر
منه القدرة على المهر والنفقة المقصودين بالعقد ولا تعتبر الزيادة على ذلك والاصل في اعتبار المال انه مقصود
بالعقد بدلالة قوله صلى الله عليه تنكح المراة لمالها ولجمالها ولدينها فعليك بذات الدين ولان عدم المال يؤثر اكثر من تاثير
النسب ❊ واما الدين فوجه قول ابي حنيفة قوله عليه السلم تنكح المراة لمالها وجمالها ودينها فعليك بذات الدين تربت
يداك وهذا يدل على ان الدين ابلغ في القصد من المال والجمال ولان المراة يلحقها الشين بفسق الزوج اكثر مما يلحقها
بفقد نسبه ❊ لابي يوسف ان الفسق المستتر لا يظهر فلا يلحق بها الشين والمعلن يظهر فيلحق بها الشين ❊ واما
محمد فقال ان الامير النسيب كفو للدنية وان كان لا يبالي كيف فعل ولا يلحقها به شين في العادة فاما اذا كان فسقا
مستخفا فان الشين يلحق به ❊ واما اسلام الاباء فقد قالوا ان من له ابوان في الاسلام لا يكون كفوا لمن يكون له
اب لانه يعير بان اباه لا اسلام له يقال مسلماني وابن مسلماني واذا لحق به الشين اعتبر في الكفاءة وليس كذلك
اذا كان له ابوان لانه لا يعير بذلك في العادة ❊ واما الكفاءة في الصناعة فابو حنيفة بنى الامر فيها على عادة العرب
لان مواليهم يعملون بهذه الاعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها واجاب ابو يوسف على عادة اهل البلاد
انهم يقصدون ذلك حرفة ويعيرون بالدني من الصنايع فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة ❊ واذا زوجت المراة نفسها
غير كفو فللاولياء الاعتراض عليها لانها عقدت عقدا الحقت بهم الضرر والشين فكان لهم دفع الشين عن انفسهم ❊ ولا
تكون الفرقة في ذلك الا عند الحاكم لان التفريق يتعلق بشرط لا يقبل فيه الدعوى فيحتاج الحاكم فيه الى النظر فاذا ثبت
عنده فرق لاجله ❊ وقد قال ابو حنيفة ومحمد اذا رضي احد الاولياء بغير الكفو سقط حق الباقين وقال ابو يوسف لا
يسقط وبه قال الشافعي وجه قولهما ان الاعتراض ثبت للاولياء لما يلحقهم من الشين وهذا المعنى لا يتبعض فاذا
ثبت واسقط بعضهم حقه سقط حق الجميع كالقصاص وكما لو امن رجل من المسلمين كافرا اسقط حق بقية المسلمين
عن اسره فاقه ❊ وجه قول ابي يوسف ان ابرا بعضهم لا في حق غيره لان الاعتراض حق لجماعتهم فاذا رضي
احدهم فقد اسقط حق الباقين كالدين المشترك اذا ابرا بعضهم وهذا ليس بصحيح لان هذا انما يتصور فيما يتبعض
فاما ما لا يتبعض فلا يصح ان يثبت فيه حق لبعضهم دون بعض ولا يقال ان المراة اذا زوجت نفسها من غير كفو كان
للاولياء حق الاعتراض فرضا احد الاولياء لا يكون اسقاطا من رضاها وذلك لان حقها ليس من جنس حق الاولياء الا ترى
انها تستوفي حقها من العقد والاولياء لا حق لهم في العقد وانما حقهم في دفع الشين واذا اختلف الحقان لم
يكن اسقاط احدهما موجبا لاسقاط الاخر وان كان الحق من جنس واحد فسقوط بعضه يوجب سقوط جميعه ❊

باب الوكالة في النكاح

قال الوكالة في النكاح جائزة لان النجاشي
زوج النبي صلى الله عليه ام حبيبة فلا يخلو اما ان يكون امره او لم يامره فان كان امره فهو وكيل وان كان لم يامره فاجازته عقده كامره
في الابتدا ولان النكاح لا يسقط بالشبهة فجاز التوكيل فيه كالبيع والشرى ❊ قال ويجوز التوكيل من جهة الرجل والمراة
لان العقد اذا جاز التوكيل به لاحد المتعاقدين جاز للاخر ❊ قال ويجوز الرسالة في النكاح لان كل ما جاز بالتوكيل
جاز بالرسول كالبيع ❊ ويجوز بالكتاب لان الكتاب يقوم مقام قول الكاتب الا ترى ان كتاب النبي صلى الله عليه الى ملوك
الافاق قام مقام قوله في الدعا الى الاسلام ❊ ولان الكتاب حروف منظومة تدل على معان مفهومة كالكلام ❊ وقد
قال اصحابنا ان التوكيل بالنكاح لا يفتقر الى الشهادة وقال ابن ابي ليلى لا يصح الا بالشهادة لنا انه توكيل بعقد كالتوكيل
بعقد البيع ❊ واذا وصل الرسول الى المراة او الكتاب فسمع الشهود قول الرسول او قرات الكتاب عليهم او قالت ان فلانا
ارسل الي او كتب الي يخطبني فاشهدوا اني زوجته نفسي انعقد النكاح لان سماع قول الرسول وسماع الكتاب كسماع
قول الزوج فقد شهدوا على شطر العقد فانعقد العقد وكذلك اذا اخبرتهم لان اخبارها عن كتابته او عن رسالته
قام مقام قوله ❊ واما اذا قالت لهم زوجت نفسي من فلان لم ينعقد النكاح عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
ينعقد وهذا فرع على ان هذا القول شطر العقد عندهما بدلالة ان الزوج لو كان حاضرا فقالت زوجتك نفسي فقام
قبل القبول بطل ولو كان جميع العقد لم يبطل بالافتراق ❊ ولان جميع العقد لا يختلف بالحضور والغيبة واذا ثبت
انه شطر العقد لم يقف على غايب عن المجلس ولا يلزم اذا قال الزوج فلانة طالق على الف او عبدي حر على
الف انه يقف على علمهما بعد المجلس لان هذا عتق معلق بالشرط وطلاق معلق بشرط ولا يقال انه شطر العقد لانه قال
لو كان كذلك لكان اذا قال لها وهي حاضرة انت طالق على الف فقامت عن مجلسها ان لا يبطل كما لا يبطل قوله انت طالق ان
دخلت الدار فلما بطل دل على انه شطر العقد فالجواب ان هذا يمين معلق بالشرط فاذا كان في المجلس خصما

الشرط بالحال بدلالة وهذا لا يوجب ان يكون شطر العقد الا ترى انهم قالوا لو قال له تغد معي فقال ان تغديت معك فامراتي طالق
انه محمول على ذلك الغداء دون غيره بدلالة الحال كذلك في مسئلتنا وجه قول ابي يوسف ان قولها زوجت نفسي جميع العقد اذا
وجد من الولي على الزوجين او وكيليهما فكذلك هو جميع العقد من الزوجين وجميع العقد يجوز ان يقف وهذا ليس بصحيح
لان الولي يملك الايجاب والقبول فقوله زوجت جميع العقد الا ترى انا لو جعلناه شطر العقد احتجنا الى ان نوقفه
على قبوله وفعل الانسان لا يقف على قبوله وفي مسئلتنا المراة لا تملك جميع العقد فلذلك لم يكن قولها زوجت نفسي جميع العقد
وعلى هذا الخلاف اذا تبرع اجنبي فقال زوجت فلانة من فلان لم يقف ذلك عند ابي حنيفة ومحمد الا ان يقبله قابل
في المجلس وقال ابو يوسف يقف على الاجازة ۞ قال وان خاطب رجلان ليسا بوكيلين خاطب احدهما عن الزوج والاخر
عن المراة انعقد العقد اذا كان بحضرة الشاهدين ووقف على اجازة الزوجين قال رحمه الله وهذا ان كل عقد لو عقده
الزوجان انعقد اذا عقده لهما غيرهما بغير اذنهما وقف على اجازتهما وقال الشافعي لا ينعقد لنا ما روي ان النجاشي زوج
رسول الله صلى الله عليه وسلم ام حبيبة فبلغه فاجاز والذي روي ان النبي عليه السلام انفذ عمرو بن امية الضمري يخطبها لا يعترض على
هذا لانه يجوز ان يكون تزوجها قبل وصوله ولهذا احتاج الى الاجازة ۞ ولانه نكاح لو عقد باذن المراة صح فاذا عقد
بغير اذنها انعقد كالاب يزوج ابنته البكر البالغة ولان كل تصرف لو حصل باذن المالك نفذ فاذا حصل بغير
اذنه وقف كالتصدق باللقطة ۞ وان عقد العقد واحد وهو ولي على صغيرين جاز وكذلك الوكيل للرجل والمراة
اذا عقد لهما جاز وكذلك الولي اذا زوج وليته من نفسه وقال زفر لا ينعقد النكاح بالواحد وقال الشافعي ان
كان وليا لهما جاز وان لم يكن وكيلا لم يجز لنا قوله تعالى وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى الاية قالت عائشة نزلت
في شان اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها ولا يقسط في مهرها فنهوا ان ينكحوهن او يبلغوا بهن اقصى اعلى
سنتهن في الصداق وهذا يدل على جواز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه واعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم صفية بنت
حيي بن اخطب فتزوجها ولا يقال انه يجوز ان يكون ردت امرها الى غيره فزوجها لان النكاح اذا اضيف الى الولي فالظاهر
انه هو العاقد ولولا ذلك لقال فزوجت به ولما قال فتزوجها ولانه يملك ايجاب العقد وقبوله فجاز ان ينفرد
بعقده كتزويج المولى امته من عبده الصغير وتزويج الجد ابنة ابنته من ابن ابنه الصغير ولان الوكيل بالنكاح لا يتعلق
به حقوقه وانما يعتبر به عن الزوجين والعبارة عنهما لا تتنافى فلذلك جاز ان ينعقد به لزفر ان العاقد لا يجوز
ان ينفرد بالعقد كالوكيل بالبيع ۞ قال وليس للوكيل ولا للرسول ولا للولي ولا عليهم من حقوق العقد شيء لا يطالبون ولا
يطالبون بما يتولونه من عقد النكاح وذلك لان العاقد في النكاح سفير ومعبر الا ان المعقود عليه لا ينتقل اليه فلم يتعلق به
حقوقه كالرسول ۞ فان كان لهم حق المطالبة من غير جهة النكاح طالبوا من ذلك الوجه وهذا مثل الاب اذا عقد والجد
لانهم يملكون الولاية فيطالبون من جهة الولاية لا من جهة العقد ۞ واذا زوج الرجل رجلا امراة بغير امره او امراة بغير
امرها ثم فسخ المزوج العقد قبل ان يجيزه من وقف عليه انفسخ في قول ابي يوسف الاخر ولم ينفسخ في قوله الاول وهو
قول محمد لابي يوسف ان العقد لم يتم فلكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل تمامه كالايجاب قبل القبول لمحمد ان العقد تم من
جهة العاقد وانما وقف على المعقود له فلم يجز لمن تم من جهته فسخه كالبيع المشروط فيه الخيار لاحدهما اذا فسخ الاخر
ولان العقد الموقوف قد تعلق به حق الاجازة لمن وقف عليه فاذا فسخ العاقد فقد يريد بفسخه اسقاط الحق الذي ثبت
للمعقود له وهذا لا يجوز واذا ثبت هذا قال محمد في الجامع الكبير تفريعا على هذا الاصل ان العاقد لغيره في الفسخ على اربعة
اوجه احدها لا يملك الفسخ بقوله ولا بفعله وهذا كالمتبرع الذي لم يوكل بالعقد اذا فسخ العقد لم ينفسخ وان زوج الزوج
اخت المراة نكاحا موقوفا لم ينفسخ ايضا وقال ابو يوسف ينفسخ في الوجهين وهذا على ما بيناه انه لا يملك اسقاط
حق المعقود له بقوله فلا يملك بفعله ۞ والنوع الثاني من ملك فسخ العقد الموقوف بقوله ولا يملكه بفعله
وهو كرجل وكل رجلا ان يزوجه فزوجه امراة خاطب عنها بغير امرها فلهذا الوكيل ان يفسخ العقد قبل
الاجازة لانه قام مقام الزوج فصار فسخه كفسخه ۞ وان زوجه اختها لم ينفسخ نكاحها لانه ليس بوكيل في تزويج
الاخت ففعله لا يقوم مقام فعل الزوج فلا ينفسخ به العقد ۞ والنوع الثالث من ملك الفسخ بالفعل
ولا يملك بالقول وهو رجل زوج رجلا امراة بغير امره ثم ان الرجل وكله ان يزوجه امراة فزوجه اختها نكاحا
موقوفا انفسخ العقد الاول ولو قال فسخت لم ينفسخ عند محمد لانه موكل بالعقد الثاني ففعله له كفعله ولو تزوج
الموكل اخت المراة التي وقف عقدها عليه بطل نكاحها فكذلك اذا زوجه وكيله ۞ واذا قال فسخت لم ينفسخ على
اصل محمد الذي قدمناه والنوع الرابع من ملك الفسخ بالقول والفعل وهو الرجل يوكل رجلا ان يزوجه امراة
بغير عينها فزوجه امراة نكاحا موقوفا فان فسخ بالقول انفسخ لان الوكيل بالعقد الموقوف يملك الفسخ على
ما قدمناه وان زوجه اختها انفسخ لانه وكيل في تزويج الاخت فقام عقده مقام عقد موكله ۞

باب المهور

قال ابو الحسن رحمه الله المهر عند اصحابنا لا يكون الا ما
هو مال او ما يوجب تسليم مال والاصل في ذلك قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فعلق الاباحة
بشرط المال ولانه عقد لا يقصد به التبرع فلا ينعقد الا بعوض هو مال كالبيع ۞ قال والمهر مقدر عشرة دراهم
او ما قيمته عشرة بالشرع وقال الشافعي ما يجوز ان يكون عوضا في البيع جاز ان يكون مهرا والدليل على ما قلناه حديث
جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح النساء الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولان ثبوت المهر في العقد حق الله تعالى

والاموال التي تثبت لحق الله تعالى يدخلها التقدير كالزكاة ۞ ولانه احد المسميين في العقد فتعلق التقدير به كعدد المنكوحات
ولان ما ثبت حقا لله تعالى [illegible] دخله التقدير كالحدود ۞ وتسمية ما دون العشرة [illegible] كالتسمية
في النكاح [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] ۞ واما اذا سمت مالا ليس
بمال فلها مهر مثلها مثل ان يتزوج امراة على طلاق اخرى او على عفو عن قصاص وذلك لما بينا ان من شرط المهر ان يكون
مالا فمن لم يسم مالا لم تصح تسميته فصار ذكره والسكوت عنه سواء ۞ وان سمى مالا وما ليس بمال لها فيه منفعة فان في
المنفعة فليس لها الا ما سمى اذا كان عشرة فصاعدا لانه سمى ما يجوز ان يكون مهرا وشرط منفعة [illegible]
[illegible]
وان كان ما سمى لها اقل من مهر مثلها [illegible] وقال زفر [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
ان رجع الى تمام العوض ۞ فان سمى في العقد [illegible] مثل المسلم تزوج المسلمة على الخمر والخنزير فالنكاح
جائز والتسمية باطلة ولها مهر مثلها وقال مالك النكاح فاسد [illegible] لان فساد المهر لو اوجب فساد العقد لفسد
بالسكوت عنه كالعوض في البيع ۞ [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
الى الانتفاع بها فلم يجب ان يجب لاجل قوانها زيادة عوض ۞ ولو تزوجها على ثوب قيمته ثمانية فلم تسلمه اليها حتى
صارت قيمته عشرة فلها الثوب ودرهمان ولا يعتبر بالقيمة يوم القبض وانما يعتبر بها يوم العقد وذكر الحسن عن ابي حنيفة
اذا تزوجها على مكيل او موزون اعتبر قيمته يوم العقد وان تزوجها على ثوب اعتبر قيمته يوم التسليم وجه الرواية
الاولى ان المهر يعتبر تقديره عند العقد فاذا كان ناقصا وجب كماله فكانه تزوجها على ثوب ودرهمين فزيادة القيمة
لا تؤثر وجه رواية الحسن ان المكيل والموزون يستقر مهرا بنفسه الا ترى انه لا يجوز للزوج دفع غيره
فاعتبرت قيمته حين استقر فاما الثوب فلا يستقر في الذمة وانما الزوج مخير في احدى الروايتين بين تسليمه
او تسليم قيمته وانما يستقر مهرا بالتسليم فوجب اعتبار قيمته يوم التسليم ۞ وقال اصحابنا لا يجوز ان يكون
المهر الا مالا او ما يستحق بتسليمه تسليم مال فاما منافع الحر وتعليم القران والعفو عن القصاص لا يكون مهرا
وقال الشافعي ما جاز اخذ العوض عنه كان مهرا لنا ان منافع الحر ليست بمال ولا تستحق بتسليمها تسليم
مال فصار كمنفعة البضع فلا يجوز ان يكون مهرا ۞ ولان منفعة الحر بمنزلة رقبته كولده ۞ واما تعليم القران
فلانه ذكر واجب فتعليمه لا يجوز ان يكون مهرا كتعليم التشهد ۞ وقد ذكر في الاصل اذا تزوجها على ان
يخدمها سنة لم يجز لان توفية الزوج المهر عليها واجب وفي استخدامها اياه اهانة له ۞ وذكر ابن سماعة في
نوادره اذا تزوجها على ان يرعى غنمها سنة جاز والصحيح على رواية الاصل ان لا يجوز في رعي الغنم كما لا يجوز في الخدمة
ويحمل ما ذكره ابن سماعة رواية اخرى ومن اصحابنا من قال ان منافع الحر يجوز ان تكون مهرا الا خدمته لها فانها لا
تكون مهرا لما بينا قال وذلك لانها مامورة بتعظيمه فلا يجوز لها استخدامه واستذلاله بالخدمة كما قالوا في الابن اذا
استاجر اباه للخدمة لم يجز لانه امر بتعظيمه فلا يجوز له استخدامه ۞ ومن اصحابنا من قال غير هذا فقال خدمتها
مستحقة عليه الا ترى انه يجب ان يخدمها بخادم ان لم يكن يخدمها فاذا تزوجها على خدمته وهي مستحقة لم يجز
العقد عليها كما قالوا في الابن اذا استاجر ابنه بخدمته لم يجز لان خدمة الاب مستحقة على الابن والصحيح
التسوية بين منافع الحر كلها في انها لا تكون مهرا ۞ واذا ثبت ان منافع الحر لا يجوز ان تكون مهرا قال ابو حنيفة
وابو يوسف اذا تزوجها على خدمته سنة فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته لنا انه سمى في عقد
النكاح ما لا يجوز ان يكون مهرا فصار كما لو سمى خمرا او خنزيرا لمحمد ان منافع الحر يجوز اخذ العوض عنها
بالعقد الا ان تسليمه قد تعذر هاهنا فيجب الرجوع الى قيمته كما لو تزوجها على عبد فاستحق ۞ قال اصحابنا نكاح
الشغار منعقد والشرط باطل ولكل واحدة من المراتين مهر مثلها وقال الشافعي النكاح باطل لنا انه نكاح غير
موقت فلا يبطله الشرط كما لو شرط ان يطلقها او لا ينقلها من منزلها ولانه عقد على البضع وشرط ما ذكر فيه
لمن لا يجوز ان يستحقه فصار كما لو خالعها على ان يضعها له او لولاته واما نهيه عليه السلام عن نكاح الشغار فالشغار

هو الخالي عن المهر يقال شغر البلد إذا خلا عن السلطان وشغر الكلب إذا رفع إحدى رجليه وعندنا هذا العقد لا يخلو عن عوض فلا يتناوله الخبر يبين ذلك أن العقود تفسد عندهم بالتشريك في البضع والخبر يخالف ذلك لأن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة بالمرأة ليس لواحدة منهما مهر وهذا يدل على أن علة النهي عدم المهر لا ما ذكروه من التشريك.

باب المهر تدخله الجهالة ما يصح منه مع ذلك وما لا يصح

قال: الجملة في هذا الباب أن من سمى مهرا غير معين فإن كان الاسم يقع على أجناس بطلت التسمية وكان للمرأة مهر مثلها بالغا ما بلغ وهذا كمن تزوج على ثوب أو دابة والأصل في ذلك أن الجهالة في الأعواض تمنع صحة العوض بدلالة الإجارة والبيع وإنما تسومح في المهر بضرب من الجهالة وذلك لأن النكاح الصحيح يثبت فيه مهر المثل وهو مجهول ضربا من الجهالة فكل جهالة في المهر كجهالة مهر المثل أو أقل فهو مسموح بها وكل جهالة تزيد على جهالة مهر المثل فإنها تمنع صحة التسمية قياسا على الأصل في سائر الأبدال. وإذا ثبت هذا فجهالة ثوب أو دابة أكثر من جهالة مهر المثل ألا ترى أن الثوب يقع على القطن والكتان والقز والخز والإبريسم وهي مختلفة وأنواعها مختلفة وكذلك الدابة تقع على الخيل والبغال والحمير وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل فمنعت من صحة التسمية. وكذلك الدار لأن جهالة الدار كجهالة الأجناس ألا ترى أنها تختلف باختلاف البلاد والمحال. وإذا ثبت بطلان التسمية وجب مهر المثل لأنه موجب العقد وإنما ينتقل عنه بالتسمية الصحيحة فإذا فسدت التسمية عاد موجب العقد. وأما قال الواجب مهر المثل بالغا ما بلغ لأن المرأة لم ترض بتقدير مقدر حتى تكون قد أسقطت ما زاد عليه لأن اختلاف الجنس يمنع من التقريب. وإن كان ما سماه يقع على جنس واحد معلوم المقدار مختلف الصفة وهو مما لا يصح أن يكون ثمنا في البيع فالتسمية صحيحة ولها الوسط من ذلك إن شاء أعطاها الوسط وإن شاء أعطاها القيمة والخيار إلى الزوج وهذا كالتزويج على العبد والأصل في جواز التزويج على الحيوان المطلق خلافا لما قال الشافعي أن الحيوان المطلق يجوز أن يثبت في الذمة بدلا عما ليس بمال كالديات ولأن جهالة العبد الوسط كجهالة مهر المثل أو أقل فإذا كانت تلك الجهالة لا تمنع صحة البدل فكذلك هذه. وإنما قالوا إن الزوج مخير لأن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا ألا ترى أن مستهلكه لا يلزمه مثله وإنما الخيار لمن لزمه بين تسليمه أو تسليم القيمة كالدية ولهذا قالوا الخيار للزوج لأنه المستحق عليه. فإن كان ما سمى معلوم الجنس والصفة ويصح أن يكون ثمنا في البيع إذا اشترط فلها ذلك الشيء يجبر الزوج على دفعه إليها وليس له أن يدفع قيمة ذلك إذا أبت أن تأخذ وهذا كمن تزوج على مكيل أو موزون موصوف وذلك لأنه مما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا فلا يجوز دفع عوضه إلا برضا المستحق. وقد ذكر أبو الحسن في الجامع فيمن تزوج على كر حنطة ولم يصفها فإن شاء أعطاها كرا وسطا وإن شاء أعطى قيمته وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر على تسليم الكر. وجه الرواية الأولى أن الحنطة إذا لم تكن موصوفة لم تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بدلالة أن السلم فيه لا يصح وما لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا فالزوج فيه مخير إذا كان مهرا كالعبد. وجه رواية الحسن أن عقد النكاح إذا صح فيه التسمية مع الجهالة لزم من ذلك الجنس الوسط فصار لزوم الوسط من طريق الحكم كلزومه بالتسمية ولو سمى كرا وسطا أجبر على تسليمه فكذلك إذا لزمه حكما وليس كذلك العبد لأن الحكم يوجب لزوم الوسط فيه فصار كالتسمية ولو سمى وسطا لم يجبر على تسليمه فكذلك إذا لزمه في الحكم الوسط. وأما الثياب فقد ذكر في الأصل إذا تزوجها على ثياب موصوفة أنه بالخيار إن شاء سلمها وإن شاء سلم قيمتها وذكر ابن شجاع في اختلاف أبي يوسف وزفر فيمن تزوج امرأة على عشرة أثواب هروية بغير عينها ووصف رقعتها وطولها وعرضها صفة يوصف مثلها في السلم وسمى أجلا أو لم يسم فهو جائز ويجبر على دفع الثياب وقال أبو يوسف لا يجبر على دفعها إذا أجلها وإن لم يؤجلها فلها القيمة. وقد حكى أصحابنا عن أبي حنيفة في الثياب الموصوفة أنه يجبر على تسليمه ولم يفصلوا هذا التفصيل. وجه ما قال في الأصل أن الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفسها بدلالة أن مستهلكها لا يغرم مثلها فصار كالعبيد. وجه قول أبي يوسف أنه إذا وصفها وأجلها فقد ثبت على وجه يصح أن يثبت في البيع فلأن يستحق في المهر أولى وإذا لم يؤجلها لم تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا لأنها لا تثبت بأنفسها فلم يجبر على تسليمها كالحيوان. وجه قول زفر أنه إذا سماها ووصفها فقد صارت معلومة فصح ثبوتها في السلم وإنما يفتقر السلم إلى التأجيل لأنه لا يصح الحال فيه والمهر لا يفتقر إلى أجل فصار ثبوتها في المهر غير مؤجلة كثبوتها في السلم مؤجلة فيجبر على تسليمها. قال أبو الحسن وإن سمى أحد شيئين معينين جاز ذلك أيضا وكان الخيار في ذلك إلى الزوج في قول أبي يوسف ومحمد. فأما أبو حنيفة قال ينظر في ذلك فإن كان مهر مثلها مثل أقلهما قيمة أو أقل من ذلك فلها أقلهما قيمة إلا أن يرضى الزوج أن يسلم إليها الأرفع وإن كان مهر مثلها مثل أكثرهما قيمة فلها أكثرهما قيمة إلا أن ترضى المرأة بالأدون وإن كان مهر مثلها فوق أدونهما قيمة وأقل من أرفعهما فلها مهر مثلها. وهذا كمن تزوج امرأة على هذا العبد أو على هذا العبد أو على ألف درهم أو على ألفين. قال أبو حنيفة التسمية فاسدة ويحكم مهر المثل وقالا التسمية صحيحة والمهر أدونهما. لأبي حنيفة أن الجهالة التي تدخل بحرف التخيير أكثر من جهالة مهر المثل ألا ترى أنه يصح أن يدخل حرف التخيير بين أقل الأشياء وأكثرها وكل جهالة زادت على جهالة مهر المثل منعت التسمية. ولأن النكاح يفتقر إلى التسليم والتسلم وإذا خير بين بدلين لم يثبت واحد منهما كالبيع ولا يلزم إذا أعتقه على ألف أو ألفين لأن العتق إذا قبل العبد صار مسلما له ولا يفتقر إلى التسليم والتسلم وليس كذلك النكاح لأنه يحتاج إلى تسليم البضع وذلك يقف على تسليم البدل فإذا كان مجهولا لم يصح

ولا تسمية إذا خالعها على ألف أو ألفين لأنها إذا قبلت فالمعقود عليه لا يفتقر إلى التسليم كالعتق. ولأن الخلع إذا سقطت فيه التسمية لم يجب فيه بدل فلذلك وجب إثبات أحد البدلين والنكاح إذا سقطت فيه التسمية بقي موجبه من مهر المثل فأمكن القضاء به. ولا يلزم على ما قلنا إذا تزوجها على هذا العبد أو هذا العبد على أنه بالخيار في أن يدفع أيهما شاء أو على أنها بالخيار لأن إثبات التخيير لأحدهما يبطل الجهالة ألا ترى أنها تزول بفعل أحد المتعاقدين ومتى لم يكن خيار كان لكل واحد منهما أن يختار غير ما اختاره الآخر. وإذا ثبت هذا قال أبو حنيفة إن كان مهر مثلها مثل أعلاهما أو أكثر فلها الأعلى لأنها رضيت بإسقاط حقها عما زاد عليه وإن كان مهر مثلها أدونهما أو أقل فلها أدونهما لأن الزوج رضي ببذل الزيادة لها وإن كان مهر مثلها أكثر من أدونهما وأقل من أرفعهما فلها مهر مثلها لأن التسمية فاسدة وإنما يحكم بمهر المثل فإذا خالف الأمرين وجب الرجوع إلى مهر مثلها. وقد ذكر في الجامع الكبير أن مهر مثلها إن كان مثل أرفعهما أو أكثر فالخيار إليها وإن كان مثل أدونهما أو أقل فالخيار إلى الزوج. وجه قولهما أن البدل في النكاح لا يقف العقد على ذكره فصار كالمال الثابت بغير عقد ومعلوم أن من أقر بألف أو ألفين لزمه الأقل كذلك هذا. ولأن فساد البدل لما لم يوجب فساد العقد صار كالخلع ولو خالعها على ألف أو ألفين كان له الأقل كذلك هذا. ولو تزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي فالتسمية فاسدة لأن جهالة المحكوم عليه فإن حكم الزوج بمهر مثلها أو أكثر فلها ذلك لأنه رضي ببذل الزيادة وإن حكم بأقل فلها مهر مثلها وإن حكمت هي بمهر مثلها أو أقل فلها ذلك لأنها رضيت بإبطال بعض حقها وإن حكمت بأكثر من ذلك لم يجز لأن المستحق مهر المثل. فإن تزوجها على ما يكتسب العام أو يرث فهذه تسمية فاسدة لأن جهالة هذا أكثر من جهالة مهر المثل وقد انضم إلى الجهالة الخطر لأن الكسب يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون وكذلك الإرث فلا تصح التسمية. فإن تزوجها على بيت وخادم فلها بيت وسط مما يجهز به النساء في ذلك البلد الذي وقع عقد النكاح فيه ومعنى البيت في أهل الأمصار فراش البيت وفي البادية البيت من الشعر والأصل في صحة هذه التسمية أن الوسط منها معلوم في العادة فجهالته مثل جهالة مهر المثل أو أقل. وقد قالوا إن الجارية الوسط هي السندية ولا على البيضاء ولا أدنى الزنجية. والزوج في ذلك كله بالخيار إن شاء أعطاها البيت والخادم وإن شاء أعطاها قيمتهما لما قدمنا في العقد على الثياب والحيوان للزوج فيه الخيار. وقد قال أبو حنيفة إن قيمة الخادم الوسط أربعون دينارا وقيمة البيت أربعون دينارا. وقال أبو يوسف ومحمد إن زاد السعر أو نقص فبقدر الغلاء والرخص وهذا ليس باختلاف وإنما أجاب أبو حنيفة على ما اتفقت العادة في زمانه وزادها في الجواب الحكم على سائر الأزمان والمعتبر في ذلك القيمة في كل زمان بلا خلاف. فإن صالحت زوجها على ستين دينارا أو سبعين جاز ذلك لأنها صالحت على بعض المستحق لأن حقها ثمانون دينارا ومن ثبت له حق فصالح على بعضه وأسقط بعضه جاز ذلك. قال ويجوز ذلك بالنقد والنسيئة لأنه صالح على نفس المستحق وحط موضع ووقع الصلح على ما كان مستحقا جاز فيه التأجيل. قال وإن صالحت على مائة دينار أبطلنا الفضل لأن القيمة واجبة بالعقد إذا كان المسمى غير مستقر ومن وجب له الحق فصالح على أكثر منه لم يجز.

باب الرجل يتزوج على مهر فيوجد خلاف ما سمى

قال أبو الحسن إذا تزوج الرجل المرأة فقال أتزوجك على هذا العبد أو على هذا الدن من خل أو على هذه الشاة الذكية فوجد العبد حرا أو الخل خمرا أو الشاة ميتة فالعقد جائز وما سمى من المهر باطل ولها مهر المثل في قول أبي حنيفة. وأما إذا سمى الحرام وأشار إلى حلال فقال أتزوجك على هذا الحر فإذا هو عبد أو على هذا الخمر فإذا هي خل أو على هذه الميتة فإذا هي ذكية فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن لها الحلال المشار إليه وروى محمد عن أبي حنيفة إذا سمى خمرا فوجد خلا فلها مهر مثلها. وقال أبو يوسف العقد واقع على الحلال منهما فإن سمى حلالا وأشار إلى حرام فالعقد على التسمية وإن سمى حراما وأشار إلى حلال فالعقد على المشار إليه. وأما محمد فيقسم ذلك قسمين فقال إذا كان المسمى من جنس المشار إليه فالعقد واقع على العين وإن كان المشار إليه من غير جنس المسمى وقع العقد على التسمية كان المشار إليه حلالا أو حراما. وجه قول أبي حنيفة أن التسمية لا يثبت لها حكم التعيين والإشارة ألا ترى أن التعيين أبلغ في المعرفة لأنه لا يقع فيه احتمال قال أهل اللغة أعرف المعارف أنا وأنت وهذا لأنه لا احتمال فيما فيه احتمال هكذا ولهذا قالوا لو قال بعتك هذا الحمار وأشار إلى عبده كان بائعا العبد ولو قال بعتك هذا الأسود وأشار إلى الأبيض كان بائعا للأبيض فإذا قال تزوجتك على هذا العبد فكأنه قال على هذا الحر فيجب لها مهر المثل ولهذا قال في أصح الروايتين إذا سمى حراما وأشار إلى حلال لها المشار إليه لأن التسمية لا حكم لها مع الإشارة فكأنه قال تزوجتك على هذا الخل. وأما أبو يوسف فقال إنه عقد على مستحق لأن الحر مستحق لرقبته فهو كما لو عقد على عبد غيره. ولأن التسمية يتعلق العقد عليها تارة والإشارة يقع العقد عليها تارة فأيهما بطل والآخر صحيح صار الباطل كأن لم يكن فتعلق العقد على الآخر. وأما محمد فقال في العبد والحر والميتة والمذكاة إنها من جنس واحد فإذا أبطلنا أحدهما أن يكون مهرا أبطل ما هو من جنسه وليس كذلك الخل والخمر لأنهما جنسان فبطلان التسمية في أحدهما لا يوجب بطلان الآخر. وجه رواية محمد عن أبي حنيفة أنه لما سمى حراما وأشار إلى حلال فقد تعلق بالتسمية والحلال لا يتناول

بتسميته حكم فبطل حكم التسمية والمشار اليه ۞ ولو تزوجها على عبدين فاذا احدهما حر فروى ابن سماعة عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة ان العبد اذا كان مهر مثلها او اكثر فليس لها الا ذلك وان كان اقل من مهر مثلها بلغ بها مهر
مثلها وهو قول زفر ومحمد وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا وروى محمد عن ابي حنيفة ان لها
العبد لا يزاد على ذلك ان كان قيمته عشرة وجه رواية ابي يوسف ان المشار اليه لما تعلق الحكم به صار كانه
قال تزوجتك على هذا العبد وهذا الحر الا انه لما سمى لها مع العبد زيادة مقومة في الظاهر لم يسلم لها
فوجب الرجوع الى مهر مثلها وجه رواية محمد ان التسمية لما سقط حكمها صار كانه قال تزوجتك على هذا
العبد وهذا الحر فلا تستحق زيادة على العبد اذا بلغت قيمته اقل المهر وجه قول ابي يوسف ان استحقاق
الحر لقيمته كاستحقاق الاجنبي له فيجب قيمته ۞ وروى ابن سماعة عن محمد فيمن تزوج امراة على هذا الدن من
الخمر وقيمة الظرف عشرة دراهم فصاعدا فهو المهر ولا شي لها غير ذلك لانه سمى خلا لا دراهم والخل يصح
ان يكون مهرا فكان مهرا ۞ وروى ابن سماعة خلاف ذلك فقال لها مهر مثلها لان الظرف لا يقصد بالعقود
ولها المعقود عليه ما فيه فاذا بطلت التسمية في المقصود بطلت في غيره ۞

باب الرجل يتزوج على احد مهرين لكل واحد منهما شرط غير شرط صاحبه ۞

قال واذا تزوج الرجل المراة على الف ان لم يخرجها من بلدها وعلى الفين ان اخرجها من بلدها او على الف ان لم تكن له
امراة والفين ان كانت له امراة او على الف ان كانت مولاة والفين ان كانت عربية وما اشبه فالنكاح جائز في قولهم لان
الشرط الذي ليس فيه توقيت لا يفسد النكاح ولان هذا الشرط لو فسد لافسد المهر وفساد المهر لا يوجب
فساد العقد ۞ فاما المهر فان ابا حنيفة وزفر والحسن قالوا الشرط جائز ان وقع الوفاء به فلها ما سمى على ذلك
الشرط وان كانت على خلاف ذلك او فعل خلاف ما شرط فلها مهر مثلها لا ينقص من الاقل ولا يزاد على الاكثر
وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وجه قول ابي حنيفة ان الشرط الاول قد صح وموجبه مهر المثل ان لم
يقع الوفاء به فلما شرط الثاني نفى به موجب الاول والتسمية اذا صحت لا يجوز نفي موجبها فبطل الشرط الثاني ۞
وجه قولهما ان كل واحد من الشرطين فيه غرض وسمي فيه بدلا فصار كمن قال ان خطته روميا فبدرهم وان خطته
فارسيا فبنصف ۞ وعلى هذا الخلاف ان قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف ۞ ومن اصحابنا
من حكى عن زفر بطلان التسميتين لان كل واحد من الشرطين يخالف الاخر فاوجب ذلك جهالة المستحق فلم يصح به
التسمية ۞ وقالوا جميعا ان الزوج لا يلزمه الوفاء بما شرط من طلاق امراته وترك الخروج من البلد لانه وعد وليس الوعد
فلا يلزم الوفاء به

باب المراة تمنع نفسها بمهرها

قال ابو الحسن قال اصحابنا جميعا للمراة قبل ان يدخل بها ان تمنع الزوج الدخول حتى يعطيها جميع المهر والاصل
في ذلك ان حقها لم يتعين في البدل فكان لها المطالبة بالقبض حتى يتعين كتعين ملك الزوج في الاستباحة ولان
المهر في حكم الثمن في البيع وقد بينا ان للبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ۞ قال فان ارادت السفر او الخروج
من منزل الزوج او زيارة اهلها لم يكن له منعها من ذلك لان حق الحبس انما ثبت له اذا اوفاها حقها فاذا لم
يوفها فلها الامتناع فكان لها التصرف في نفسها كمن لا زوج لها ۞ قال فان اعطاها فله ان يمنعها من ذلك
وله ان يدخل بها لانه وفاها حقها فثبت له التسليم والحبس لاستيفاء المعقود عليه ۞ فان اعطاها المهر الا درهما
واحدا فلها ان تمنعه نفسها وان تخرج من مصرها فاذا خرجت فليس له استرجاع ما اعطاها وذلك لان من
ثبت له حق الحبس اذا لم يستوف البدل ثبت له الحبس ببعض البدل كالبائع وليس له استرجاع ما قبضت
لانها قبضته بحق والقبض بحق لا يفسخ ۞ فان كان المهر الى اجل فليس لها ان تمنع نفسها وقال ابو يوسف
لها ان تمنع نفسها بالمؤجل رواه المعلى فقال هذا قوله الاخر وجه قولهما انها لما اجلت المهر فقد رضيت
باسقاط حقها فلم يسقط حق زوجها وصار كالبائع اذا اجل الثمن سقط حق الحبس وليس كذلك اذا ذكر
اجلا غير معلوم مثل ان يقول اتزوجك الى الميسرة او تزوجك على انه مؤخر لان الاجل لا يثبت الا معلوما
فاذا لم يبين مدة بطل التاجيل وبقي المهر حالا لابي يوسف ان المهر حكمه ان يتقدم على تسليم المراة بكل
حال الا ترى انه لو كان معينا او غير معين وجب تقديمه فلما قبل الزوج التاجيل كان ذلك رضا بتاخير حقه
من الاستمتاع وليس كذلك البيع لان البيع لا يوجب تقدم قبض الثمن على قبض المبيع بكل حال الا ترى ان
المبيع لو كان معينا تسليما معا فلم يكن قبول المشتري الاجل رضا باسقاط حقه من القبض ۞ وقد قال ابو يوسف
لو كان بعضه حالا وبعضه اجلا فله ان يدخل بها اذا اعطاها الحال لانها لما اجلته بعض البدل وعجلت بعضه فلم يرض
الزوج بتاخير حقه من الاستمتاع الا ترى انه لو رضي بذلك لم يكن لشرط التعجيل فايدة فاذا اعطاها الحال ثبت لها
التسليم كالبيع ۞ قال ابو حنيفة اذا حل الاجل فليس لها ان تمنع به لان العقد لم يوجب لها حق الحبس به فلا
يثبت وان حل ۞ قال وقد قال ابو يوسف وكذلك ان كان كله الى اجل وشرط ان يدخل بها قبل ان يعطيها
فذلك له وذلك لانه لما شرط الدخول فلم ترض بتاخير حقه من الاستمتاع وان كانت المراة رضيت باسقاط
حقها فكان له ان يدخل بها ۞ وقد قال ابو حنيفة في قوله الاخر اذا دخل الزوج بامراته فلها ان تمنع حتى تستوفي
المهر وقال ابو يوسف ومحمد ليس لها ذلك وكذلك على هذا الخلاف اذا خلا بها قال ابو يوسف ومحمد ليس لها

ان تمنع اذا اخلته نفسها لابي حنيفة ان المهر في مقابلة الاستمتاع بدلالة انها لو انتقلت الى بيت الزوج ثبت
لها حق الامتناع وكذلك لو شرطت ان لا تحبس نفسها ولو كان المهر في مقابلة التسليم لم يكن لها ان تحبس نفسها
بعد الانتقال اليه ۞ واذا ثبت ان المهر في مقابلة الاستمتاع صار الوطء الثاني كالاول فلها ان تمنع منه وليس
كذلك البيع لان البايع اذا سلم يريد الرجوع فيما سلمه وهذا لا يصح وفي مسالتنا تمنع ما لم يقع فيه تسليم وهذا
غير ممتنع ۞ فان الزم على هذا الاجارة اذا شرط فيها تعجيل الاجرة ثم سلم الدار قبل قبض الاجرة قلنا لا رواية
في هذه المسالة فمن اصحابنا من قال للمواجر ان يرجع في الدار حتى يقبض الاجرة فعلى هذا لا فرق بينهما ومنهم
من قال بان عقد الاجارة يقتضي تاخير الاجرة ثم جاز ان يتغير موجبها بتعجيل البدل فكذلك موجبها الحبس
ويتغير الموجب بتسليم الدار لها لان التسليم الذي يستقر به البدل قد وجد فلا يثبت بعده حبس كالبايع اذا
سلم المبيع ۞ قال ابو يوسف لو كان المهر حالا فاخرته شهرا فلها ان تمنعه وهذا على اصله ان قبولها التاخير
رضا منه باسقاط حقه من التسليم ۞ قال ابو يوسف لو وجدت المهر زيوفا او ستوقا او كان عرضا اشترته منه
بالمهر فاستحق بعد ان قبضته وقد دخل بها فليس لها ان تمنع نفسها في جميع ذلك لان من اصله ان التسليم
لو حصل من غير قبض لم يكن لها ان تمنع واذا استحق المقبوض صار كانها لم تقبضه في الاصل والفرق
بين هذا وبين المبيع ان في البيع يمكن البايع الحبس على ما ثبت له في الاصل وفي مسالتنا لا يمكنها ان تحبس على
الوجه الذي ثبت له في الاصل الا ترى انه قد استوفى بعض الوطء فاذا لم يمكن الحبس على الوجه الذي ثبت في
الاصل لم يبق حقها في الحبس ۞

باب اختلاف الزوجين في المهر

قال ابو الحسن رحمه الله
واذا اختلف الزوجان في المهر ولا بينة بينهما فقال الزوج تزوجتك على الف درهم وقالت المراة على الفين تحالفا وبدا
بيمين الزوج في قول ابي حنيفة ومحمد فان كان مهر مثلها ما قال الزوج او اقل فلها ما قال الزوج وان كان مثل ما
ادعت او اكثر فلها ما ادعت وان كان مهر مثلها فوق ما قال الزوج ودون ما ادعت فلها مهر مثلها وقال ابو يوسف
القول قول الزوج الا ان ياتي بشي مستنكر جدا وجه قولها ان موجب عقد النكاح قيمة المعقود عليه وانما يسقط
بصحة التسمية فاذا اختلفا في التسمية لم يثبت فوجب الرجوع الى قيمة المعقود عليه الذي ليس فيه معنى التبرع
اصله اذا اختلف الصباغ ورب الثوب في اجرة الصبغ ولا يلزم اذا اختلف القصار ورب الثوب لان موجب
العقد ليس هو قيمة المنافع الا ترى انه لو قال اقصر هذا او لم يسم فيه بدلا لم يجب له بدل العقد ولان
النكاح معاوضة لا تصح فسخها ليس فيه معنى التبرع فاذا اختلفا في بدلها تحالفا كالبيع فاذا ثبت هذا قال ابو حنيفة سقط
كل واحد من البدلين بيمين المدعى عليه فبقي موجب العقد فان كانت الفين او اكثر رضيت باسقاط حقها من الزيادة وان
كان الفا او اقل فقد رضي ببذل الزيادة فلزمه برضاه ۞ فان كان مهر المثل بين ذلك فلها مهر مثلها لان الظاهر
لا يشهد لواحد منهما فيسقط قولها ووجب القضاء بالظاهر ۞ وقد ذكر ابو الحسن التحالف في الفصول الثلثة وهو
صحيح لان مهر المثل لا يثبت الا بسقوط التسمية والتسمية لا تسقط الا بالحلف ۞ وكان ابو بكر الرازي يقول ان
التحالف يثبت في فصل واحد وهو اذا لم يشهد مهر المثل لاحدهما فاما اذا كان مهر المثل مثل ما يدعيه احدهما
فالظاهر يشهد له فالقول قوله من غير تحالف وجه قول ابي يوسف ان البضع في حكم السلعة المستهلكة
بدلالة ان العقد لا ينفسخ فيه بالتحالف فاذا لم يثبت التحالف مع هلاك السلعة فكذلك لا يثبت في النكاح وقد
ذكر ابو الحسن ان معنى قول ابي يوسف في الروايات بشي مستنكر ان يذكر ما لا يتزوج بمثله المراة عليه لانه
اذا ادعى ذلك كذبه الظاهر ۞ وقد روي عن ابي يوسف ان المستنكر ان يدعي اقل من عشرة لان ذلك لا يجوز
ان يكون مهرا في الشرع ۞ وقد روي عن ابي يوسف في المتبايعين اذا اختلفا والسلعة هالكة فالقول قول
المشتري في الروايات بشي مستنكر واجري على هذا القياس ۞ وان كانت لاحدهما بينة فالبينة بينته لانها
بينة قابلت الدعوى فكانت اولى منها ۞ فان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة ۞ فان قال
الزوج تزوجتك على هذا العبد وقالت المراة على هذه الجارية فالكلام في هذه المسالة كالكلام في الالف والالفين
الا في فصل واحد وهو ان مهر مثلها اذا كان مثل قيمة الجارية او اكثر فلها قيمة الجارية لان تمليك الجارية
لا يجوز الا بالتراضي ولم يتفقا على تمليكها فوجب القضاء بقيمتها ۞ قال وان طلقها قبل ان يدخل بها فلها
نصف الالف في قولهم لان مهر المثل لا يثبت مع الطلاق قبل الدخول فلم يمكن تحكيمه فوجب اثبات المتيقن وهو نصف
الاقل ۞ وقال في مسالة الجارية والعبد لها المتعة الا ان ترضى ان تاخذ نصف الجارية وذلك لان في مسالة الالف
اذا اتفقا على تسمية احدهما امكن القضاء بنصف الاقل الا باختيارها واذا لم تختر سقط البدلان ووجب الرجوع
الى المتعة ۞ وقد ذكر محمد في الجامع الكبير اذا اختلفا بعد الطلاق تحالفا وحكمت بالمتعة لانها ظاهرة مع الطلاق كما
ان مهر المثل ظاهر مع بقاء النكاح فوجب الرجوع الى الظاهر ۞ واذا اختلفا في طعام بعينه فقال الزوج
تزوجتك على انه كر وقالت المراة شرطت لي انه كران فهو مثل اختلافهما في الالف والالفين ولا فصل
في هذا التحالف اذا اختلفا في مقدار ما تعلق العقد على قدره تحالفا واذا اختلفا في مقدار ما تعلق العقد على قدره
وهو عين تحالفا لانه اختلاف في عين المعقود عليه ويعرف الفرق بينهما بجواز العقد على الاعيان فكل ما جاز

ان اذ بعضه بالعقد فالعقد تعلق على قدره وما لا يجوز ان اذ بعضه بالعقد فالعقد لا يتعلق على قدره كالتزويج ۞ قال وما كان
القول قول الزوج فيه فهلك فاختلفا في قيمته فالقول قول الزوج ايضا لان القيمة دين عليه والاختلاف اذا وقع في الدين فالقول
قول المستحق عليه ۞ وان كان المهر دينا فاختلفا في جنسه او صفته او نوعه فهو كالاختلاف في الجنسين لا يتحمل
واصل في الجنسين لا يملك الا بالتراضي فهو كالاختلاف في العبدين ۞ واما الذرع والكيل والصفة فهي معقود عليها
فيما في الذمة فاذا اختلفا فيها تحالفا ۞ واما اذا ادعى احدهما الف درهم والآخر مائة دينار او اكثر فلها مائة دينار وذلك
لان مهر المثل يقضى به من جنس الدراهم والدنانير فلذلك جاز ان تستحق المائة دينار من غير التراضي وليس كذلك
العبد لان مهر المثل لا يقضى من جنسه فلم يجز ان تملك من غير تراض فلذلك قضى بقدر قيمته ۞

باب المهر يزيد او ينقص في يد الزوج او في يد المرأة

قال ابو الحسن رحمه الله واذا تزوج الرجل المرأة على جارية او نخل او شجر فولدت الجارية او وطئت بشبهة او اثمر النخل او
الشجر فذلك كله مهر للمرأة في قول اصحابنا جميعا قال رحمه الله هذا ان الزيادة في المهر اما ان تكون في يد الزوج او في يد
المرأة فان كانت في يد الزوج فهو على وجهين ما كان نماء من نفس المهر كالولد والثمر او بدلا عن جزء من اجزائه كالارش او كان
بدلا عما هو في حكم الجزء كالعقر فان ذلك كله مهر ان طلقها قبل ان يدخل انتصف كما ينتصف الاصل وذلك لان حق التسليم
مستقر في الاصل الا ترى انه ينتقل عند الهلاك الى القيمة والحقوق المستقرة في الام تسري الى الولد فاما الثمر فهو

...

استقر فيه ۞ والقسم الرابع ان كانت الجناية بفعل المهر فعلى كلتي الروايتين الزوج بالخيار ان شاء اخذ
نصفها وان شاء اخذ نصف القيمة لانا ان جعلنا جناية المهر كالآفة من السماء لم تكن مضمونة وان جعلناه كجناية
المرأة لم تكن مضمونة ايضا ۞ والخامس ان تكون الجناية بفعل الزوج فهي كجناية الاجنبي لانه جنى على ملك غيره ولا
يد له فيه

باب نكاح السمعة

قال ابو الحسن واذا تزوج الرجل المرأة نكاحا صحيحا في الظاهر على الشروط التي يجب بها وهما يريدان بذلك السمعة والرياء في الظاهر ولا
يقصدان ان يكونا زوجين لم يرجعا عنه فالنكاح صحيح في الظاهر والباطن ويبطل ما نويا في ذلك والاصل
في هذا ان عدم القصد لا يمنع من انعقاد النكاح بدلالة الهازل وقد ورد على ذلك قوله صلى الله عليه ثلث جدهن
جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق ۞ واما اذا جعلا السمعة في المهر واتفقا ان المهر في الباطن مائة
وانهما يظهران مائتين ولم يقولا ان مائة منها سمعة فالمهر مائتان لانه سمي في العقد ما يجوز ان يكون مهرا

...

وما ذكراه في حال العقد لم يقصداه فسقط اعتباره جميعا ووجب لها مهر مثلها فاما على الرواية الاخرى عن ابي حنيفة فلها ما به
دينناه لما بينا ⊕ فان اتفقا على ان يعقدا العقد لم يكن واقرا بذلك لم يلزمهما لان الاقرار اخبار عن امر متقدم لا يعقد
شي فاذا لم يتقدم عليه عقد لم يتعلق به حكم ⊕ فان تزوجها في الباطن على مهر تدونا فاطلعا ثم اظهرا غير ذلك
لم يلزمها الظاهر وانما يعني بهذا ان يظهرا عقدا فلا يعتبر بما سمياه فيه لان النكاح انعقد وتم فما يظهر بعده لا يتعلق

باب نكاح العبيد

قال لا يجوز نكاح مملوك عاقل بالغ الا باذن سيده عبدا كان او امة ممن يجوز بيعها او لا يجوز بيعها اما الامة فلا يجوز عقدها بغير اذن سيدها لان منافع بضعها على ملكه فلا ينعقد عليها الا باذنه ⊕ واما العبد فلا يصح عقده عندنا وقال مالك يصح لنا قوله صلى الله عليه ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولانه عقد فيه عوض فلا يملكه العبد بغير اذن سيده كالبيع والاجارة ⊕ وكذلك المكاتب لان عقد الكتابة اذن فيما يتوصل به الى الاداء فبقي على اصل الحجر ⊕ وكذلك الماذون في التجارة لان النكاح ليس من التجارة الا ترى ان من وجبت على عبد سوى ان يكون للتجارة لم يكن للتجارة ولو كان النكاح من عقود التجارات لكان بدله للتجارة كالبيع ⊕ وكذلك المدبرة وام الولد لان منافعها للمولى كالامة ⊕ وكذلك المكاتبة لانها معرضة للعجز فيعود بضعها الى ملك المولى فيصير مستحقا عليه فلا يجوز الا باذنه ⊕ واما المعتق بعضه فهو عند ابي حنيفة كالمكاتب وعندهما حر عليه دين فيجوز تزوجه من غير اذن احد ⊕ ويجوز نكاح المولى عليهم جميعا وان كرهوا الا المكاتبين: اما الامة والمدبرة وام الولد فيجوز تزويج المولى لهن وان كرهن لانه يعقد على ما يملك منهن وهو الاستباحة فصار كعقده على منافع اعضائهن وكبيعهن ⊕ واما العبد فظاهر رواية الاصل انه يجوز تزوجه بغير رضاه وروي عن ابي حنيفة انه لا يزوجه الا برضاه وبه قال الشافعي والدليل على انه يجوز اجباره انه عقد لا يملكه العبد من نفسه فيملكه المولى منه اذا كان مما يملك كعقد الاجارة ولا يلزم المكاتب لان اطلاق العبد لا يتناوله ثم لم نسوي بين الاصل والفرع ولان هذا العقد يستحق به مال المولى في المهر والنفقة فصار كعقده على امواله ولان كل عقد ملكه لحق الملك على امته ملكه على عبده كالاجارة والبيع وجه الرواية الاخرى ان المعقود عليه من جهة العبد هو الاستباحة وذلك معنى لا يملكه المولى منه فلا يجوز عقده عليه ⊕ فاما قول الشافعي ان المولى اذا اكره عبده على النكاح فلا فايدة فيه لان الطلاق بيده فيتدارك عقيب العقد فيبطل بمن قال لزوجته المطلقة ان راجعتك فانت طالق ثلثا انه لا فايدة في الرجعة وان صحت ⊕ ولان في العقد فايدة للعبد وهو ان المولى يحصل له الاباحة وقد يحتشم العبد مولاه ان يطلق عقيب النكاح في العادة ⊕ فاما المكاتبة فلا يجوز للمولى تزويجها بغير رضاها لانه اخرجها عن يده بعقد منع من تصرفه فيها فصار كعقد البيع ⊕ فاذا رضيا جاز عقده لانه منع من العقد لحقها فاذا رضيا جاز ⊕ ولا يجوز لهما ان يتزوجا الا باذن المولى لما ذكرناه ⊕ فان اذن لهما المولى جاز لانها منعا من العقد لحقه فاذا رضي جاز عقدهما ⊕ قال وما كان من مهر وجب بالعقد للامة او بالدخول صحيحا كان او مهر المثل فهو للمولى الا المكاتبة والمعتق بعضها فان المهر لها ⊕ والاصل في ذلك ان المهر في حكم العوض عن جزء من اجزائها فهو كالارش ولان المهر بدل عن منافع بضعها فهو كالبدل عن منافع اعضائها ⊕ واما المكاتبة فهي المستحقة لارشها والمهر في حكم الارش ⊕ وما لزم العبيد من المهور باذن المولى فانهم يباعون فيه وذلك لانه دين لزم العبد بسبب ثابت في حقه وحق مولاه وهذا على اصلنا ان العبد يباع في دونه وقد بيناه في البيوع ⊕ فاما المدبر والمكاتب يسعون في المهر لان دين العبد يستوفى من رقبته وكسبه وقد تعذر استيفاؤه من رقبته بالتدبير والكتابة فلم يبق الا ان يستوفى من الكسب ⊕ قال وما لزم العبد من ذلك بغير اذن المولى اتبع به بعد العتق لانه دين تعلق بسبب لم يثبت في حق المولى فصار كما لو ثبت باقرار العبيد ⊕ وليس لاحد يتصرف على غيره بالولاية او بالامر ان يزوج عبده مثل الاب والوصي والمضارب والمفاوض والماذون وذلك لان تصرف هؤلاء على وجه الاحتياط وفيما يعود به النفع الى المال وتزويج العبيد من غير منفعة للمولى الا ترى انه يستحق بالمهر والنفقة فلم يملك الغير عليه ⊕ واما تزويج الامة فقال ابو حنيفة كل من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها فانه يملك تزويج الامة بحق الغير مثل الاب والجد والوصي والمكاتب والمفاوض والقاضي وامين القاضي وذلك لان تصرف هؤلاء عام في كل ما عاد نفعه الى المال وفي التزويج نفع لانه يستحق المهر والولد فكان لهم تزويجها ⊕ ولما من كان تصرفه خاصا في التجارة كشريك العنان والمضارب والماذون فلا يملكون عند ابي حنيفة ومحمد تزويج الاماء وقال ابو يوسف كل من كان تصرفه عاما فانه يملك تزويج الامة ⊕ وجه قولهما ان تصرف هؤلاء خاص في التجارة والنكاح ليس من التجارة بدلالة ان الماذونة لا تزوج نفسها فاذا لم تكن من التجارة لم يجز عقدهم فيه ⊕ لابي يوسف ان تصرف هؤلاء عام فكانوا مثل الاب والوصي ⊕ قال ابو يوسف اذا زوج الرجل جارية ابنه الصغير من عبده جاز وقال زفر لا يجوز ⊕ لابي يوسف ان فيه منفعة ولا ضرر فيه بدلالة انه يحصل له الاولاد ولا تستحق رقبته بالمهر والنفقة لان النفقة تجب على مولاها بعد النكاح وقبله فصار كتزويج الامة وجه قول زفر ان هذا يوجب عيبا في رقبته ويجوز ان يبيع الامة فتستحق رقبته بالمهر والنفقة فصار كتزويجه بامة الغير ⊕ قال وان تزوج عبد او امة او احد ممن ذكرنا انه لا يجوز تزويجه الا باذن المولى بغير اذن المولى ثم اجاز المولى النكاح قبل الدخول او بعده جاز ولم يلزم الزوج الا مهر واحد وهذا استحسان في الاجازة بعد الدخول

140

لان من لا يملك العقد اذا عقده توقف على اجازة مالكه كالاجنبي واذا اجازه استندت الاجازة الى حال العقد فكانه عقد باذنه ⊕ واما اذا تزوج العبد بغير اذن المولى ودخل بها ثم اجاز المولى النكاح فالقياس ان يلزمه مهر بالدخول ومهر بالاجازة لان الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد فيجب به مهر المثل فاذا اجاز العقد وجب بالعقد الصحيح مهر اخر وجه الاستحسان انه لا يلزمه الا مهر واحد لان مهر المثل لو وجب لتعلق بحكم العقد الا ترى انه لولا العقد لوجب به الحد والمسمى يجب بالعقد فلو اوجبنا لاوجب العقد الواحد مهرين وهذا لا يصح ⊕ واذا تزوجت الامة بغير اذن المولى ثم خرجت من ملكه فان تحل فرجها للمالك الثاني فسخ النكاح وان لم يحل فاجاز المالك الثاني جاز واما العبد فللثاني ان يجيز نكاحه والكلام في هذه المسئلة يقع في ان العقد اذا وقف على احد جاز ان يلحقه الاجازة من غيره وقال زفر لا يجوز لنا ان المالك انما يقف العقد عليه لانه يملك اجازته وهذا المعنى موجود في المالك الثاني فينبغي ان يكون مثله ولانه لما ملك ابتدا العقد جاز ان يملك اجازته اصله المالك الاول ولا يشبهه في العقد على مال الصغير اذا لم يجزه الوصي حتى بلغ الصغير لان الوصي انما يقوم مقام الصغير في الاجازة لعجزه فاذا بلغ فقد قدر على الاجازة فيجوز باجازته لزفر ان هذا العقد وقف على اجازة واحد فاذا انتقلت عنه الاجازة لم يجز ان تلحقه الاجازة من جهة غيره اصله اذا تزوج امة رجل بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة ان الوارث لا يملك الاجازة كذلك هذا ⊕ والفصل الثاني ان كل استباحة صحيحة طرت على استباحة موقوفة ابطلتها وكل ملك صحيح طرى على ملك موقوف ابطله والدليل عليه حديث حكيم انه قال لرسول الله صلى الله عليه اني ادخل السوق فاستجيد السلعة ثم اخرج فابيعها ثم ارجع فابتاعها فاسلمها فقال النبي صلى الله عليه لا تبع ما ليس عندك والمعنى فيه انه طرى ملك صحيح على ملك موقوف ⊕ ولان الشي الواحد لا يجوز ان يكون ملكا لمالكين كل واحد منهما يملك جميعه ومعلوم ان الملك الموقوف قد اوجب حق التمليك للعاقد فاذا انتقل الملك لا يخلو اما ان يصحا جميعا وهذا لا يصح لما بينا او يبطلا جميعا وهذا لا يجوز لانه خلاف الاجماع لان العقد الثاني وقع صحيحا لشرايطه فلم يبق الا ان يصح احدهما فلان يصح الصحيح اولى من ان يصح الموقوف اذا ثبت هذا قالوا فيمن تزوج امة غيره ولم يجز المولى حتى مات فان ورثها من تحل له وطيها بطل النكاح الموقوف لان الاستباحة الصحيحة طرات على الموقوفة ⊕ وان ورثها من لا تحل له وطيها مثل ان يرثها جماعة او ورثها ابنه وقد كان الميت وطي الجارية فللوارث الاجازة لانه لم يطرى استباحة صحيحة على استباحة موقوفة فبقي الموقوف بحاله ⊕ وكذلك اذا باعها المولى فالحكم في اجازة المشتري على الوجه الذي ذكرناه في الوارث ⊕ وعلى هذا قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير اذنه ووطيها فباعها المولى من رجل ملك الاجازة لان وطي الزوج منع من وقوع الاباحة للمشتري فلم تطر استباحة صحيحة على الموقوفة ⊕ واما العبد اذا تزوج بغير اذن المولى ثم مات المولى او باعه فللوارث والمشتري الاجازة لانه لا يستباح بالملك فلم يطر على الاستباحة الموقوفة ما ينافيها ⊕ واذا تزوج العبد او الامة بغير اذن المولى فاعتقهما جاز النكاح وذلك لان لكل واحد منهما قولا صحيحا وانما لا ينفذ عقدهما لحق المولى فاذا اعتقهما فقد زال حق المولى فلم يبق الا حقهما فجاز العقد ⊕ قال اصحابنا انهما اذا اعتقا جاز العقد بغير اجازة لان العتق يسقط حق المولى فلم يبق الا حق العبد فلم يتوقف عقده على اجازته ⊕ ولو لم يعتقه ولكنه اذن له في النكاح لم يجز ذلك العقد الا بالاجازة لان الاذن لم يسقط حق المولى الا ترى انه يملك النهي واذا كان حقه ثابتا وانما يملك العبد ما جعله اليه صار العبد كوكيل فلا بد من الاجازة ⊕ واذا اذن المولى للعبد ان يتزوج لم يجز ان يتزوج الا امراة واحدة لان الامر لا يقتضي التكرار باطلاقه فيفيد ادنى ما يتناوله الاسم ⊕ فان قال تزوج ما شئت من النساء جاز ان يتزوج مثنى ولم يجز اكثر من ذلك لانه ملكه النكاح عاما فملك منه جميع ما يملك العبد ⊕ قال اصحابنا ان الحر لا يتزوج باكثر من اربعة لقوله مثنى وثلاث ورباع معناه مثنى او ثلاثا او رباعا ومن تاول ذلك على الجمع فقد غلط لان الزجاج قال هذا غلط في الكلام لان العرب اذا عبرت عن تسعة لا يقولون اثنين وثلثة واربعة انما يقولون تسعة وانما الخمس سواه صلى الله عليه جواز زيادة العدد لفضيلة لانه كان يقدر على التسوية بينهن ⊕ فاما العبد فلا يتزوج اكثر من ثنتين لان النبي صلى الله عليه قال لا يتزوج العبد اكثر من ثنتين ولانه حق من حقوق النكاح متعلق بالرق فاثر فيه نقصه كالقسم ولان النكاح بني على التفاضل بدلالة ان النبي صلى الله عليه لما كان افضل الناس جاز له من العدد ما لا يجوز لغيره والحر افضل من العبد فوجب ان يتفاضلا في العدد ⊕ فان تزوج العبد نكاحا فاسدا او دخل بها لزمه المهر في الحالة قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد بعد العتق لابي حنيفة انه اذن له في العقد والاذن يقتضي الصحيح والفاسد بدلالة الاذن في البيع ولا يلزم اذا حلف لا يتزوج انه يحمل على الصحيح لان الايمان لا تحمل على الاطلاق وانما تحمل العرف والمعتاد من الامتناع عن التزويج ان يمتنع عما يصح من ذلك ما قالوا انه لو حلف ما تزوج وقع على الصحيح والفاسد فدل ان المستقبل حمل على الصحيح لم يحمل للاطلاق وانما يحمل للعرف وجه قولهما ان غرض المولى بالاذن في التزويج ان يحصل له الاستباحة وتعففه عن الزنا وهذا المعنى موجود في الصحيح دون الفاسد فان اذن له في النكاح فاسد لزمه المهر في الحالة قولهم لانه مال لزمه بسبب اذن له فيه فصار كساير الديون ⊕

ولا يجوز نكاح الامه على الحره ويجوز نكاح الحره على الامه وقد قدمنا ذلك فان جمعهما في عقد صح نكاح الحره وبطل نكاح الامه وذلك لان نكاح الحره والامه ينفي نكاح احديهما الاخرى ولا ينفي الامه الحره فاذا جمع بينهما فكل واحده منكوحه على الاخرى ولو نكح الامه على الحره على الانفراد بطل نكاحها ولو نكح الحره على الامه على الانفراد صح نكاحها فاذا جمع بينهما صح ما يصح على الانفراد وبطل ما يبطل على الانفراد وليس كذلك الاختين لان نكاح كل واحده منهما ينفي نكاح الاخرى فاذا جمع بينهما نافيا جميعا وإذا اعتقت الامه بعد صحه نكاحها فلها الخيار وقال الشافعي ان كان زوجها حرا فلا خيار لها وان كان عبدا فلها الخيار لنا قوله صلى الله عليه لبريره ملكت بضعك فاختاري فجعل العله المثبته للخيار معنى فيها وعند مخالفنا الخيار يثبت لمعنى في الزوج ولانها ملكت نفسها بالحريه بعد تمام العقد عليها فصار كما لو كان زوجها عبدا ولان مخالفنا يثبت الخيار لعدم الكفاءه من جهه الزوج وعدم الكفاءه في حال البقا لا يؤثر في النكاح ولان ما يوجب النقص اذا وقع الرضا به بالعقد لم يثبت فيه الخيار بعد كالفسق وعدم النسب والمال ولانه استفاد بحريتها زياده ملك عليها لم يملكها بعقد النكاح وهي التطليقه الثالثه فكان لها الامتناع من التزامها كما لو كان الزوج عبدا وهذا على اصلنا ان الطلاق بالنسا وجعل الاصل المتفق عليه الرجعه في الحيضه الثالثه وقد الزم على هذه المسله مسايل منها اذا تزوجت بغير اذنه فاعتقها انه لا خيار لها وهذا لا يلزم لان العقد تم عليها بعد الحريه برضاها والزموا على هذا المريض اذا زوج امته وقيمتها مايه ولا مال له غيرها ثم مات واعتقها في مرضه انه لا خيار لها وهذا لا يلزم لان عندنا لها الخيار الا انه يتعذر استيفاوه لانها لو اختارت نفسها سقط مهرها واذا اسقط مهرها بطل عتقها واذا بطل عتقها بطل خيارها فكان في استيفا الخيار فسخه يبين ذلك ان المريض لو ظهر له مال كان لها ان تختار والخيار انما يثبت بالعتق لا بظهور المال والزموا الحره اذا تزوجت وهي مجهوله النسب ثم اقرت بالرق واعتقها المقر له وهذا لا يلزم لانا لم نحكم بالرق ووقوع الحريه في حق الزوج وانما نحكم بذلك في حقها وقد قال اصحابنا في المكاتبه اذا تزوجت باذن المولى ثم ادت فعتقت ان لها الخيار لانها ملكت نفسها بالحريه بعد تمام العقد عليها كالامه وقال زفر لا خيار لها لانها ملكت بدل بضعها كالحره وهذا ليس بصحيح لانها لم تملك بضعها بعقد النكاح وانما ملكته بعقد الكتابه والمعتبر في سقوط الخيار ان يسلم لها البدل بعقد النكاح فاما اذا اسلم بغيره لم يمنع ثبوت الخيار كما لو تزوج المولى امته على طعام واذن لها في اكله واذا اعتقها ووهب لها مهرها وقد قال ابو يوسف في الرق اذا طرا على النكاح ثم اعتقت ثبت لها الخيار كالحربيه اذا تزوجت ثم سبيت فاعتقت والمسلمه اذا تزوجت ثم ارتدت مع زوجها ولحقا بدار الحرب فاخذا معا فاسترقت ثم اعتقت ان الخيار ثابت لها وقال محمد اذا لم يثبت العقد على وجه يوجب الخيار لم يثبت لها الخيار بالعتق وعلى هذا الخلاف جوز ابو يوسف ان يثبت خيار العتق في العقد مره بعد مره مثل ان تعتق فاختارت الزوج ثم تسترق فتعتق فتختار نفسها وقال محمد لا يثبت بالرق الثاني الخيار لابي يوسف ان العتق سبب للتخيير فصار كقوله لها اختاري ولمحمد ان العقد وقع غير موجب للخيار فلا يتعلق به خيار لم يثبت سببه في حال العقد كالكفاءه اذا زال سببها وقد قالوا ان الخيار للمعتقه في المجلس الذي تعلم فيه بالعتق وبان لها الخيار وذلك لانه خيار تمليك فيقف على المجلس كخيار القبول قالوا فان علمت بالعتق ولم تعلم ان لها الخيار في ذلك المجلس ثم علمت ان لها الخيار في مجلس اخر فلها ان تختار في ذلك المجلس وان كان قد وطيها فيما بين المجلسين لان سبب هذا الخيار تمليكها البضع بعد ان لم تكن مالكه والخيار اذا ثبت بتمليك طاري على النكاح اعتبر العلم بالتمليك كقوله اختاري قال وهي فرقه بغير طلاق لانها تتعلق بسبب من جهه المراه والفرقه اذا كانت بهذه الصفه لم تكن طلاقا لان المراه لا تملك الطلاق ولا تفتقر الى حكم الحاكم لانه خيار طاري على النكاح كخيار المخيره

باب في نكاح أهل الذمة

قال ابو الحسن رحمه الله كل نكاح جايز بين المسلمين فهو جايز بين اهل الذمه والكلام في هذا الفصل يقع في جواز انكحتهم وقد دللنا على ذلك فيما مضى فاما صحه الانكحه التي تقع على وجه تقع من المسلمين فلان الناس كلهم في الشريعه سوا الا ما خص بدليل ولقوله صلى الله عليه خطابي للواحد منكم خطابي للجماعه وقال عليه السلام بعثت الى الاحمر والاسود فاما ما حرم على المسلمين من العقود فانها تنقسم في حقهم فعند ابي حنيفه كل نكاح يفسد بين المسلمين لفقد شرط فانه يجوز منهم كالنكاح بغير شهود ونكاح الذميه في عده ذمي وما كان الفساد فيه لمعنى في نفس المعقود عليه او كان من طريق الجمع فانه فاسد في حقهم فالاول مثل نكاح ذوات المحارم والثاني مثل الجمع بين الخمسه والاختين والزوجين وان شيت قلت كل نكاح فسد بين المسلمين لمعنى يستوي فيه الابتدا او البقا فسد في حقهم وما فسد في حق المسلمين لمعنى يختلف فيه الابتدا والبقا لم يفسد في حقهم وقال ابو يوسف ما فسد في حق المسلمين فسد في حقهم الا النكاح بغير شهود فكانه يعتبر الفساد المجمع عليه وقال محمد ما فسد في حق المسلمين فسد في حقهم الا النكاح بغير شهود والجمع بين اكثر من اربع نسوه والجمع بين الاختين وقال زفر ما فسد في حق المسلمين فسد في حقهم فالكلام مع زفر يقع في الذمي اذا تزوج بغير شهود ثم اسلم قال اصحابنا يقر على نكاحه وقال زفر لا يقر لنا ان الشهاده تعتبر في ابتدا النكاح حقا لله تعالى

والكافر لا يخاطب بحقوق الله تعالى في احكام الدنيا وفي حال البقا الشهاده غير معتبره بدلالة موت الشهود ولان اهل الذمه اذا التزموا احكامنا بالذمه لم يلتزموها على اختلافها فاذا كان هذا النكاح يصح بين المسلمين بوجه فلان يصح بين الكفار اولى لزفر انه نكاح فاسد فيستوي فيه المسلم والذمي كنكاح ذوات المحارم وامّا اذا تزوج الذمي ذميه في عده ذمي جاز النكاح عند ابي حنيفه فان اسلما اقرّا عليه وقال ابو يوسف ومحمد والنكاح فاسد لابي حنيفه ان العده تؤثر في ابتدا النكاح ولا تمنع البقا كالشهاده ولان العده تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج فما كان من حق الله تعالى فالذميات لا يخاطبن به في احكام الدنيا وما كان من حق الزوج فانه لا يعتقده حقا فسقطت العده في ابتدا النكاح فلم يجز ان يؤثر فيه حال البقا وليس كذلك اذا تزوجها في عده من مسلم لان المسلم يعتقد العده حقا فتجب العده لاجله فيمنع العقد وجه قولهما ان النكاح في حال العده مجمع على تحريمه كنكاح ذوات المحارم واما نكاح ذوات المحارم فهو فاسد لان الفساد في نفس المعقود عليه ولانه يستوي فيه الابتدا والبقا الا ان عند ابي حنيفه لا نعترض عليهم فيه الا ان يترافعوا الينا او يسلم احدهم وقال ابو يوسف افرق بينهم ترافعوا او لم يترافعوا وقال محمد ان رفع احدهما فرقت والا لم افرق وجه قول ابي حنيفه ومحمد اذا لم يترافعا ان النبي عليه السلام كتب الى مجوس هجر اما ان تذروا الربوا او تاذنوا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب في انكحتهم وفتح المسلمون بلاد فارس ولم يتعرضوا للانكحه والذي روي ان عمر كتب ان يفرق بينهم وبين امهاتهم لو ثبت لنقل من طريق الاستفاضه فلما لم ينقل دل على انه لم يثبت او يكون كتب به ورجع عنه ولم يعمل عليه ولانه امر يعتقدونه دينا وليس فيه ضرر علينا فصار كخمرهم لابي يوسف قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله والله تعالى لم ينزل نكاح الامهات ولان جميع الناس في احكام الشريعه سوا الا ان نقوم دليل ولو استطعنا لتبعنا دار الحرب باحكامنا الا انه لا يمكن فوجب اجراوها في دار الاسلام واما اذا ارضي احدهم بحكمنا قال ابو حنيفه لا افرق بينهم وقال محمد افرق لابي حنيفه قوله تعالى فان جاوك فاحكم بينهم فعلق بشرط وهو اجتماعهم عليه ولان نترك الاعتراض حق لهما فاذا طلب احدهما حكمنا فقد اسقط حق نفسه فبقي حق الاخر على حاله لمحمد ان الطالب لحكمنا ملتزم له فصار كما لو اسلم واما اذا طلق الذمي امراته ثلاثا او خالعها ثم اقام عليها فانه يمنع منها وان لم يترافعا وذلك لانه طرا بعد العقد ما اوجب اسقاط حقه عنها فلا يقر على المقام بغير عقد كما لا يقر على الزنا والربوا وقال ابو حنيفه اذا تزوج الذمي الذميه على ان لا مهر لها صح ذلك ولا شي لها ان اسلمت وقال ابو يوسف ومحمد لها مهر مثلها لابي حنيفه ان المهر في ابتدا النكاح لحق الله تعالى ولحق المراه فما كان من حق الله تعالى فهم لا يخاطبون به وما كان من حقها فقد اسقطت فلو اعتبر المهر لاعتبر في حال البقا مع رضاها باسقاطه وهذا لا يصح كما لو ابرات من مهرها بعد تسميته ولا يلزم اذا تزوجها على خمر او خنزير لانها لم ترض باسقاط حقها من البدل حين سمت مالا فيه عندها لهما ان اهل الذمه محمولون على احكام المسلمين فيما اجمع عليه المسلمون لزمهم حكمه وثبوت المهر في النكاح مجمع عليه فلا يسقط باسقاطهم وقد ذكر في الاصل اذا تزوجها على ميته او دم او بغير شي فالنكاح جايز ولها مهر مثلها وظاهر قوله او بغير شي السكوت عن التسميه الا انه نفاها الا انه ذكر في الجامع الصغير اذا تزوجها على ميته او دم فلا شي لها وحكى ابو عبد الله البصري عن ابي الحسن ان قياس قول ابي حنيفه ان لا يثبت لها المهر كما لو نفاه ومن اصحابنا من فرق بين الموضعين فقال اذا تزوجها على ان لا مهر لها فلا مهر لها وان سكت عن التسميه فلها المهر وتاول ما ذكر في النكاح على انه سكت عن التسميه لا انه نفاه والفرق بينهما ان المهر يثبت في العقد لحق الله تعالى وحقها يسقط بالنفي والسكوت ليس بنفي فيبقى المهر متعلقا بالعقد واما اذا تزوجها على ميته او دم فقال لها مهر مثلها في روايه واحده لانها لم ترض باستحقاق بضعها الا ببدل فصارت كالمسلمه وتاول ما ذكره في الجامع الصغير على الحربيين فيكون جمعا بينهما وما ذكر في الاصل حمل على الذميين ومنهم من جعل ما ذكره في الجامع مخالفا لما ذكره في الاصل فوجه ما ذكره في الاصل ما ذكرنا انها لم ترض باستحقاق بضعها الا ببدل فلم يجز استحقاقه على غير الوجه الذي رضيت ووجه روايه الجامع انها لما رضيت بالميته ولا قيمه لها صار ذلك رضا باستحقاق بضعها بغير بدل فصار كما قالت على ان لا بدل ويجوز نكاح اهل الذمه بعضهم على بعض وان اختلفت شرايعهم وذلك لان الكفر كله مله واحده بدليل قوله تعالى لكم دينكم ولي دين فجعل لهم دينا واحدا ولانه يجمعهم اعتقاد واحد يتفقون عليه وهو التكذيب برسول الله فصار كاليهود المختلفين فيما بينهم قال واذا اسلم احد الذميين لم تقع الفرقه حتى يعرض الحاكم الاسلام على من لم يسلم فان اسلم والا فرق بينهما وجمله هذا ان المراه اذا اسلمت في دار الاسلام عرض الحاكم على زوجها الاسلام فان اسلم والا فرق بينهما وان اسلم الزوج فان كانت المراه كتابيه فالنكاح بحاله لانه يجوز الابتدا به وان كانت مجوسيه او وثنيه عرض الحاكم عليها الاسلام فان اسلمت والا فرق بينهما وقال الشافعي اذا اسلم احد الزوجين بعد الدخول لم تقع الفرقه حتى تمضي ثلث حيض فان اسلم الاخر قبل مضيها فالنكاح بحاله وان لم يسلم بانت لمضيها لنا ما روي ان رجلا من بني تغلب اسلمت امراته فعرض عمر رضي الله عنه عليه الاسلام فامتنع ففرق بينهما

وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف ولانه اسلام طاري على نكاح ذميين فلا تقع الفرقة فيه تمضي ثلث حيض
كما لو كانت المراة كتابية او كما لو اسلما او كاسلام الزوج الصغير ۞ واذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب فان
الفرقة تقف على مضي ثلث حيض فاذا مضت وقعت الفرقة وتجب العده بعد مضيها على قول من يوجب العدة
على المراة الذمي وذلك لان عرض الاسلام يتعذر في دار الحرب ولا يجوز ان يقع الفرقة بالاسلام لانه مصحح
للعقود فلا يبطلها ولا يقع بالكفر لان ابتدا النكاح صحيح معه فلان لا ينافي البقا اولى فاحتجنا الى معنى طاري
يتعلق به الفرقة ليقوم مقام عرض الاسلام وما ذلك الا مضي مدة العده فاذا مضت صار كتفريق الحاكم ۞
وان كان الزوج في دار الحرب ثم خرجت الينا فمضت الحيض وجبت العدة بعدها عند ابي يوسف ومحمد ۞ واذا ابت
المراة الاسلام فرق القاضي بينهما وكانت فرقة بغير طلاق لانها فرقة بفعل المراة والمراة لا تملك الطلاق
واما اذا اسلمت المراة وابى الزوج فرق القاضي بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
ليس بطلاق لهما انها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج طاري على النكاح مختص به فصار كلفظ الطلاق
لابي يوسف انها فرقة يشترك الزوجان في سببها كفرقة الرضاع وهذا يبطل بالخلع ۞ واما الردة فعند ابي حنيفة
وابي يوسف انها توجب فرقة بغير طلاق وقال محمد ردة الزوج طلاق اما ابو حنيفة فيقول هذه فرقة تتعلق
بسبب غير مختص بالنكاح الا ترى ان الاحكام المتعلقة بالردة تتعلق بها مع النكاح وعدمه والطلاق ما اختص
بالنكاح وليس كذلك الابا لانه يتعلق بسبب مختص بالنكاح الا ترى ان عرض الاسلام على الانسان لا سلام غيره لا يكون
الا في النكاح ۞ واما ابو يوسف فاصله ان الطلاق فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج لا توجب تحريما موبدا
ولا تتعلق بالدين ۞ واما محمد فيقول كل فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج لا توجب تحريما موبدا فهو طلاق كقوله
انت طالق ۞ والفرض في هذا كله بانه لا نا نوقع الفرقة حتى لا نبقيا على النكاح الذي لا يجوز البقا عليه فلو لم
تكن الفرقة باينة لبقيا على نكاحهما وهذا لا يجوز

باب المهر الذي يجوز بين اهل الذمة

قال ابو الحسن ما جاز بين المسلمين من المهر فهو جايز بين اهل الذمة وهذا لما بينا ان احكامنا
تجري عليهم فما جاز بيننا فهو بينهم اجوز وما لا يجوز بين المسلمين لم يجز بينهم الا الخمر والخنزير وذلك لانهما مال
لهم فيجوز ان يكون مهرا في حقهم كالشاه والعصير في حق المسلمين ۞ فان اسلما او اسلم احدهما والمهر
لم يقبض وهو بعينه فعند ابي حنيفة ليس لها الا العين وقال ابو يوسف لها مهر المثل وقال محمد القيمة لابي حنيفة
انها ملكت الخمر وتم ملكها فيه بدلالة جواز تصرفها من جميع الجهات والسبب الموجب للتسليم وهو النكاح لا ينفسخ
بالاسلام فصار كالخمر المغصوبة لابي يوسف ان الاسلام الطاري على العقد على الخمر قبل القبض يصير كالموجود
في الابتدا اصله عقد البيع ۞ لمحمد ان التسمية صحت وقد تعذر التسليم لان المسلم لا يجوز له ان يتم الملك في
الخمر بالقبض وتعذر التسليم بعد صحة التسمية توجب القيمة كهلاك المهر ۞ واما اذا كان ذلك في الذمة فالقياس
عند ابي حنيفة ان تجب القيمة فيهما وهو قول محمد وزفر وذلك لان التسمية صحت وتعذر التسليم الا ترى
ان في تسليم الخمر تمليكها بما في الذمة والمسلم لا يجوز له تمليك الخمر ولا تملكها واذا تعذر التسليم وجبت القيمة
كالهلاك وانما استحسن ابو حنيفة فقال تجب القيمة في الخمر وفي الخنزير مهر المثل لان الاسلام اوجب
تغيير التسمية وقد كان الزوج مخيرا قبل الاسلام بين تسليم الخنزير وتسليم قيمته على اصلنا فيمن تزوج على
حيوان فلو اوجبنا القيمة بعد الاسلام لم تتغير التسمية في الخنزير لان قيمته تحكي عينه وهذا لا يصح فوجب
فيه مهر المثل وقال ابو يوسف يجب مهر المثل فيهما لان الاسلام الطاري على التسمية قبل القبض كالموجود
في الابتدا اصله البيع ۞ وان كانت مقبوضة فلا شي للمراة لانه طرا على العقد بعد القبض ما اوجب تحريم مثله
فصار كتحريم الربا لان النبي عليه السلام لم يعترض للمقبوض منه لهذا المعنى كذلك هذا ۞

باب نكاح اهل الحرب

قال كل عقد اذا عقده الذمي كان
فاسدا اذا عقده الحربي كان فاسدا لان المعنى المفسد في الذمي ان التحريم يستوي فيه الابتدا
والبقا وهذا المعنى موجود في الحربي ۞ واما اذا تزوج الكافر خمس نسوة او اختين ثم اسلم فان كان تزوجهن
في عقدة فرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقد صح نكاح الاول وبطل الاخر عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يختار اربعا منهن وواحدة من الاختين سوا تزوجهن في عقده او في عقد استحسانا لهما انه تحريم من
طريق الجمع فلا يعتبر فيه بعد الاسلام كالجمع بين الزوجين ولان كل اعتراض ثبت في النكاح لاجل الاسلام لم يختر
فيه كنكاح ذوات المحارم ولانه عقد يعترض عليه لاجل الزيادة فيجب الاعتراض على جميعه كالربا درهما بدرهمين
واما محمد فاستحسن لما روي ان غيلان اسلم وتحته عشر نسوة فامره رسول الله صلى الله عليه ان يختار منهن اربعا
وقيس بن الحرث اسلم وتحته ثمان نسوة فامره رسول الله صلى الله عليه ان يختار منهن اربعا وفيروز الديلمي اسلم وتحته
اختان فخيره النبي عليه السلام فيهما وهذا لا دلالة فيه لان العقد وقع في حال الاباحة الا ترى ان في الخبر ان غيلان اسلم
وقد تزوج في الجاهلية وقال مكحول كان ذلك قبل نزول الفرايض وتحريم الجمع بنزول سورة النسا وهي مدنية
بين ذلك ان فيروز لما هاجر الى النبي عليه السلام قال له ان تحتي اختين فقال له اختر ايتهما شيت وطلق احديهما وهذا يدل على ان
العقد وقع صحيحا في الاصل ۞ وعلى هذا الخلاف اذا تزوج الحربي اربع نسوة ثم استرق قال ابو حنيفة

يفرق بينه وبينهن لان الزوج وقع مع تحريم الاربع على العبد واذا فسد العقد لمعنى مقارن لم يختر وعند
محمد يختير فيه كما يختير الحربي في اربع من نسايه ۞ وقد قال اصحابنا ان اختلاف الدارين يوجب الفرقة
فاذا خرجت المراة مسلمة وتركت زوجها كافرا بانت منه وكذلك اذا خرج الزوج مسلما وتركها كافرة في دار
الحرب بانت منه وقال الشافعي لا تقع الفرقة باختلاف الدارين لنا انه لو غلب على بضعها غيرها بانت من
زوجها زال ملك الزوج عنه فكذلك اذا غلبت عليه وحازته كالرق الا ترى ان من غلب على عبد الحربي واحرزه
مراغما لمولاه زال ملك المولى عنه فاذا غلب العبد على نفسه مراغما وحازه زال ملك المولى ۞ فان كانت المراة
هي التي خرجت فلا عدة عليها وقالا عليها العدة وقد قدمنا ذلك ۞ فان كان الزوج هو الذي خرج فلا عده
على المراة في قولهم لانها حربية في دار الحرب فلا تجري الاحكام عليها ۞ فان خرج احدهما ذميا وقعت
الفرقة لانه صار من اهل دار الاسلام كالمسلم ۞ ولو خرج بامان لم تقع الفرقة لانه مبقي على حكم دار الحرب
فصار كانه في دار الحرب ۞ واذا سبي الزوجان معا لم تقع الفرقة وقال الشافعي تقع الفرقة لنا
انه لم يختلف بهما دين ولا دار فصار كالمسلمين ۞ وان سبي احدهما بانت لقوله تعالى والمحصنات
من النسا الى قوله الا ما ملكت ايمانكم نزلت في سبايا اوطاس لما امتنع المسلمون من وطي النسا لاجل ازواجهن ۞
ولا عدة عليها لان النبي صلى الله عليه اوجب على المسبية الاستبرا ۞ واذا ارتد احد الزوجين وقعت البينونة
بينهما في الحال وقال الشافعي ان كانت الردة بعد الدخول لم تقع الفرقة الا بمضي الحيض لنا انه زوال
ملك متعلق بالردة فلا يتاجل كزوال ملك المرتد عن دمه ولا يلزم زوال ملكه عن ماله لانه لا يتاجل عند
ابي حنيفة بل يزول في الحال وانما عوده مراعى ولا يقال ان المرتد يوجل ثلثة ايام يعرض عليه الاسلام فيها
لان ملكه زال عن دمه في الحال وحكمنا باباحته وانما يستحب الانظار في قتله ۞ واذا ارتد الزوجان لم
تقع الفرقة بينهما فان اسلما كانا على نكاحهما استحسانا والقياس ان تقع الفرقة بردتهما وهو قول زفر
ووجهه ان ردة احدهما توجب البينونة فردتهما اولى وجه الاستحسان ان العرب ارتدوا بعد رسول الله
صلى الله عليه ثم اسلموا فلم يفرق بينهم وبين نسايهم ابو بكر بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف ولا يقال فمن
اين انهم ارتدوا معا لان كل امرين حادثين لا يعلم تاريخ ما بينهما نحكم بوقوعهما معا كالغرقى ولانه لم
يختلف بهما دين ولا دار والفرقة لاجل الدين تقع بالاختلاف فيه ۞ وقد قال اصحابنا اذا انتقل الكتابي
من دين الى دين لم يعترض عليه وقال الشافعي لا يمكن من البقا على الدين الذي انتقل اليه الا ان يسلم او يعود
الى دينه فان لم يفعل حتى مضت الحيض وقعت الفرقة وصار كالمرتد لنا ان تبديل دين لا يوجب
زوال الملك فلا يوجب الفرقة كاسلام الزوجين ولان النصراني اذا انتقل الى اليهودية فقد اعتقد
التوحيد فلو منعناه من ذلك واقررناه على النصرانية اذا اظهرها لكنا الزمناه ترك القول بالتوحيد واعتقاد
التثليث وهذا لا يصح ۞

باب القسم

قال ابو الحسن رحمه الله
القسم بين النسا الحراير سوا مسلمات كن او كتابيات والاصل في وجوب التسوية في القسم قوله تعالى
فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم وهذا يدل على وجوب العدل بين النسا في القسم وقد قال
الشافعي في تاويل هذه الاية ذلك ادنى الا تعولوا قال معناه لا يكثر عيالكم وهذا خطا فاحش مخالف
لاقوال السلف لان السلف قالوا معناه الا تميلوا وهذا غلط في اللغة لانه لو كان المراد به ما قاله لقال
الا تعيلوا وهذا خطا في المعنى لان المنع من تزويج ما زاد على الواحدة لو كان لخوف العيال لم تبح ملك
اليمين بغير عدد ونفقة الاما واجبة كنفقة الحراير فدل على ان المراد بالاية الخوف من الميل في
القسم الذي يسقط اعتباره في الاما ويدل على وجوب التسوية في القسم ما روت عايشة قالت
كان رسول الله صلى الله عليه يقسم بيننا فيعدل في القسم ويقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني فيما تملك
ولا املك وروى ابو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه قال من كانت له امراتان فمال الى احديهما دون
الاخرى جا يوم القيامة وشقه مايل ۞ ويستوي في القسم المسلمة والكتابية لانهما لا تختلفان
في احكام النكاح ولانهما يستويان في السبب الذي اوجب القسم وهو النكاح الا ترى ان الذمي يجمع بين اربع
كالحر المسلم ولما كانت الحرة والامة لا يستويان في السبب الموجب للقسم لان العبد لا يتزوج الثنتين تلين
لم يستويا في القسم ۞ قال وللحرة يومان وللامة يوم لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال وللحرة الثلثان
من القسم وللامة الثلث ۞ واذا سافر فلا قسم عليه وذلك لان الرجل لا يلزمه استصحاب المراة في سفره فلا
قسم لها ۞ والذي روي ان النبي صلى الله عليه كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسايه انما كان يفعل ليطيب قلوبهن
حتى لا يظن به الميل الى احديهن واذا لم يثبت لها استحقاق السفر لم تقسم كمن لا يسافر بها ۞ وقد قال الشافعي
ان سافر بها بغير قرعة قسم للباقيات وهذا غلط لان من ثبت حقها في القسم لم يختلف بالقرعة وغيرها
كحال الاقامة ۞ والمريض في القسم كالصحيح لان النبي صلى الله عليه استاذن نساه في مرض موته ان يكون في
بيت عايشة رضي الله عنها فدل على ثبوت حقهن ۞ والبكر والثيب في القسم سوا وكذلك المنكوحة
ابتدا وغيرها لانهن تساوين في حال البقا فتساوين في حال الابتدا كما لو تزوجهن في عقد واحد وهن ابكار ۞

وان اصطلح النساء في ذلك على شي جاز وان رضيت امراه بترك قسمها جاز لما روي ان سوده لما اسنّت
وخافت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه جعلت يومها لعايشه فنزلت وان امراه خافت من بعلها نشوزا
او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا ۞ فان رجعت بعد ذلك وطلبت القسم فلها ذلك لانها
اسقطت حقا لم يجب فلم يسقط باسقاطها كالديون التي لم تجب ۞

آخر النكاح ولله الحمد والمنة والصلوه على رسوله

كتاب الطلاق

بسم الله الرحمن الرحيم قال الشيخ رضي الله عنه الطلاق في اللغه عباره عن ازاله القيد وهو ماخوذ من الاطلاق يقول
اطلقت ابلي واسيري وطلقت امراتي والجميع باب واحد وانما فصلوا بين اللفظين لاختلاف المعنى فقالوا في المراه طالق
وفي غيرها طالق وهذا كقولهم حصان وحصان وكلاهما ماخوذ من المنع الا انهم قالوا حصان في الفرس وحصان في المراه وكذلك
عدل وعديل كلاهما ماخوذ من المعادله الا انهم خصوا احد الاسمين بالادمي والاخر بما سواه ۞ والطلاق في الشرع عباره
عن المعنى الموضوع لحل النكاح ۞ والدليل على وقوعه قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقوله عز وجل الطلاق مرتان وقال
صلى الله عليه كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان المستباحه ملك للزوج لا حق لاحد فيه والمالك الصحيح
القول يملك ازاله ملكه كساير الاملاك ۞ وقد قال اصحابنا ان الطلاق موضوع لحل عقد النكاح وزوال الملك يتعقبه
اذا كان طلاقا قبل الدخول او باينا وان كان طلاقا رجعيا وقف على انقضا العده والدليل على ذلك ما قالوا فيمن قال
لامراته قبل الدخول بها لا بينه انت طالق انه لا حد عليه ولا لعان ومعلوم ان اللعان يسقط بزوال الملك فلو كان
قوله انت طالق غير مزيل للملك لوجب به الحد لان اللعان متى تعذر بفعل الزوج استحق حدا مثل تكذيبه نفسه
فلما لم يجب الحد دل على ان زوال الملك يكون عقيب انحلال الملك واللعان متى سقط من طريق الحكم لم يجب
الحد ۞ والطلاق على ضربين طلاق سنه وطلاق بدعه والسنه على ضربين سنه في العدد وسنه في الوقت
فالسنه في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها والسنه في الوقت تختلف فيها المدخول
بها وغير المدخول بها ۞ فاما السنه في العدد قال اصحابنا احسن الطلاق ان يطلق الرجل امراته واحده
في طهر لم يجامعها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها والاصل في ذلك ما روي بشر بن الوليد قال اخبرنا ابو يوسف
عن عبيده الضبي عن ابرهيم النخعي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه كانوا يستحبون ان لا يطلقوا للسنه الا
واحده ثم لا يطلقون غير ذلك حتى تنقضي العده وبعضهم احد فكان ذلك احسن عندهم من ان يطلق الرجل
المراه ثلثا في ثلثه اطهار ولان هذا الطلاق ابعد من الندم وكلما بعد الطلاق من الندم كان اولى ۞ واما
طلاق السنه فهو ان يطلقها ثلثا في ثلثه اطهار وقال مالك لا اعرف طلاق السنه الا ان يطلقها واحده ثم
يتركها حتى تنقضي عدتها والدليل على ما قلناه قوله تعالى الطلاق مرتان وفي حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
قال ما هكذا امرك ربك يا ابن عمر انما امرك ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقه ۞
وانما قلنا ان هذه السنه يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وروي عن ابن مسعود
وابن عباس وابن عمر ان المراد فيه لقبل عدتهن والايه عامه ۞ فاما السنه في الوقت فهو ان يطلقها طاهرا
من غير جماع او حاملا قد استبان حملها والاصل في ذلك قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن روي عن ابن مسعود وابن عباس
وابن عمر وجماعه من التابعين انهم قالوا طاهرا من غير جماع وروي ان ابن عمر طلق امراته في حال الحيض فقال
صلى الله عليه ما هكذا امرك ربك يا ابن عمر انما امرك ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقه ۞
وروي انه عليه السلم قال لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها فاذا طهرت فليطلقها ان شا طاهرا من غير جماع او
حاملا قد استبان حملها فتلك العده التي امر الله تعالى ان يطلق لها النسا ۞ وانما قلنا ان هذه السنه
تختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها فيجوز ان يطلق من لم يدخل بها في حال الحيض لان المانع من ايقاع
الطلاق عليها في حال الحيض انه يودي الى تطويل العده لان الحيضه التي يوقع الطلاق فيها لا تحتسب بها وهذا
المعنى لا يوجد قبل الدخول لانه لا عده ۞ واما كونها طاهرا من غير جماع فلا يتصور في غير المدخول بها ۞ وقد
قال اصحابنا ان ايقاع الطلاق مجتمعا بدعه وقال الشافعي لا اعرف في عدد الطلاق سنه ولا بدعه وانما هو
مباح لنا قوله تعالى الطلاق مرتان وهذا امر بالتفريق وروي عن عمر رضي الله عنه انه كان لا يوتى برجل طلق امراته
ثلثا الا اوجعه ضربا واجاز ذلك عليه ولانه سبب لتحريم البضع بفعله من غير حاجه فصار كالظهار ۞ وقد
قال اصحابنا ان من طلق امراته ثلثا بكلمه واحده او طلقها في حال الحيض او بعد الجماع فان ذلك يقع ويكون
بدعه ومن الناس من قال لا يقع والدليل على ما قلناه ما روي ابن عمر قال لرسول الله صلى الله عليه ارايت لو طلقتها ثلثا اكان يحل لي

قال لا ويكون معصيه ۞ وروي عن عباده بن الصامت ان بعض ابايه طلق امراته الفا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه فقال
بانت منك بالثلث في معصيه وتسعمايه وسبعه وتسعين فيما لا تملك ۞ وروي عن عمر انه كان لا يوتى برجل
طلق امراته ثلثا الا اوجعه ضربا واجاز ذلك عليه ۞ وعن ابن عباس انه قال لاحدكم يركب الاحموقه ثم ياتي
فيقول يا ابن عباس يا ابن عباس بانت منك امراتك وعصيت ربك ۞ ولان النهي عن ايقاع الطلاق البدعي لمعنى في
غيره كالمنهي عنه من ايقاع الطلاق الثلث حتى يندم ولا يقدر على مراجعتها كذلك الطلاق عقيب الجماع لانها
يجوز ان تحمل من الجماع فيندم ويمنع من ايقاع الطلاق في حال الحيض لتطويل العده والنهي اذا كان لمعنى في غير
المنهي لا يفيد الفساد كالبيع عند اذان الجمعه ۞ ولان الله تعالى لما نهى عن طلاق البدعه دل ذلك على
وقوعه لانه لا يرى ان النهي الا عما يتصور وجوده لا يتحقق ۞ واما فايده النهي ترك المنهي وحظره ۞ وقال زفر
جعل لنا الطلاق على وجه فان طلقها على غيره لم يقع كمن وكل رجلا بطلاق امراته للسنه فطلقها للبدعه لم يقع ۞
والجواب ان الله تعالى ملكنا الطلاق وامرنا ان نتصرف فيه على وجه فاذا اتى بغيره وقع لان ذلك الوجه لا يمنع
وقوع التصرف وان كان محظورا ووزانه من الوكيل ان ملكه الطلاق من امراته ويقول له طلقها للسنه فان
طلقها للبدعه وقع ۞ واذا كانت المراه مدخولا بها لم تحض لصغر او اياس وقت شا وان كان قد جامع في عقيب
الجماع وكذلك الحامل وقال زفر يفصل بين طلاق الايسه والصغيره وبين جماعها بشهر لنا
ان المنع من الطلاق عقيب الجماع لانه لا يامن ان تكون حبلت فيندم وهذا المعنى لا يوجد في الايسه والصغيره
ولان العلوق يرجى بعد الجماع الكثير بعد الحيضه فاذا جاز ايقاع الطلاق عقيب
الحيضه فلان يجوز هاهنا اولى ۞ لزفر ان الشهر اقيم مقام الحيضه فيمن لا تحيض فاذا اوجب
الفصل بين الوطي والطلاق فيمن تحيض بحيضه وجب الفصل فيمن لا تحيض بشهر كالفصل بين تطليقتين ۞
وان طلق الصغيره والايسه تطليقه ثم اراد ان يطلقها اخرى للسنه فصل بين تطليقتين بشهر وذلك
لان الشهر اقيم مقام الحيضه فيها بدلا لانقضا العده فاذا اوجب الفصل بين التطليقات بالحيض فيمن تحيض
وجب الفصل فيمن لا تحيض بالشهر ۞ وقد قال اصحابنا ان الشهر فيمن لا تحيض اقيم مقام حيضه وطهر
لان العده تنقضي بهما ومن اصحابنا ان الشهر اقيم مقام الحيضه لان انقضا العده يقع بالحيض ويقع بالشهور
في مسالتنا فدل على انه قام مقام ما تنقضي به العده وانما تتخلل العده في ذوات الاقرا الاطهار لانه لا يتحقق
وجود الحيض الا بوجود الطهر يتخللها ويمكن وجود العده بالشهور من غير ان يتخللها معنى اخر ۞ قال ابو حنيفه
وابو يوسف اذا اراد ان يطلق الحامل للسنه ثلثا فصل بين كل تطليقتين بشهر وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنه
الا واحده لهما ان عدتها طهر واحد كالصغيره ولانها على صفه لا يتبع فيها ابتدا الحمل كالصغيره والايسه ۞
لمحمد وزفر ان الفصل بين التطليقات يقع بما تنقضي به العده وطهر الحامل لا تنقضي به العده فلا يقع به
الفصل وقد قالوا اصحابنا فيمن قال لامراته الصغيره انت طالق للسنه فوقعت عليها تطليقه في
شهرين ثم حاضت فان الفصل بين التطليقتين قد وقع للسنه بزمان لا تنقضي به العده ۞ قال والحره
والامه والمسلمه والكتابيه في ذلك سوا يعني في محل الطلاق والمنع من جمعه وذلك لقوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن ولم يفصل ولان المنع من جمع الطلاق لخشيه الندم وهذا المعنى موجود في الامه والكتابيه ۞ قال
وطلاق الامه تطليقتان وعدتها حيضتان وقال الشافعي العده بالنسا والطلاق بالرجال لنا حديث عايشه
وابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلم قال طلاق الامه تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الزوج الحر لو ملك من
امراته ثلث تطليقات لملك تفريقهن في اوقات السنه كالحر مع امراته الحره فلما لم يملك تفريقهن دل
على انه لا يملكهن ۞ واما العده فاذا كانت الامه ممن تحيض فعدتها حيضتان للخبر الذي ذكرناه ولانه
حق من حقوق النكاح مقدر بنفسه فكان للرق تاثير فيه كالقسم ولا يلزم اجل العنين لانه لا يتقدر
بنفسه وانما يتقدر بتقدير الحاكم ۞ فان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف وقال مالك عدتها
بالحيض حيضتان وبالشهور ثلثه اشهر لنا ما روي عن عمر انه قال في عده الامه بالشهور شهر ونصف
وبالحيض حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضه ونصف ولانها عده فاثر الرق في نقصانها كالعده بالحيض ۞
قال واذا طلق الرجل امراته الحره ثلثا للسنه وهي ممن تحيض يقع عليها في عدتها حيضه وذلك لانه طلقها ثلثا
في ثلثه اطهار ومضي حيضتان وانقضا العده يكون بالحيض عندنا فبقي عليها حيضه ۞ وان كانت عدتها بالشهور
بقي عليها شهر لانه طلقها التطليقه الثالثه في اول الشهر الثالث وانقضا العده موقوف على مضي جميعه
واما اذا كانت امه فطلقها تطليقتين بقي عليها حيضه وان كانت ممن لا تحيض بقي عليها نصف شهر لانه
اوقع التطليقه الثانيه في ابتدا الشهر الثاني والعده تنقضي بمضي نصفه ۞ وعده الحامل ان تضع حملها
ويستوي في ذلك المطلقه والمتوفى عنها زوجها وقال علي رضي الله عنه في المطلقه مثل قولنا وفي المتوفى
عنها زوجها ابعد الاجلين لنا قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهذا عام وروي ان
سبيعه بنت الحرث الاسلميه مات عنها زوجها فوضعت حملها فقال لها ابو السنابل بن بعكك انما
اجلك اربعه اشهر وعشرا فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه فقال كذب ابو السنابل ابتغي الازواج ۞ ولان المقصود

من العدة في ذوات الاقرا العلوق اه الرحم وهذا المعنى يقع بوضع الحمل اكثر مما يقع بمضي المده فوجب ان تنقضي به العده
واما على جمع الاشهر فهذا لا يصح لان مسروقا روى عن عبد الله قال من شا باهلته ان ايه النسا القصوى نزلت بعد
ايه النسا الطولى اربعه اشهر وعشرا واذا تاخرت هذه الايه اوجبت خصوص ما قبلها ❁ واذا طلق الرجل امراته
وهي حامل ثم راجعها في ذلك الطهر بالقول فله ان يطلقها اخرى في ذلك الطهر في قول ابي حنيفه وزفر
وقال ابو يوسف لا يطلقها وهو قول الحسن عن محمد روايتان وجه قولهما انه لما راجعها بطل حكم الطلاق
فصار كطهر لم يطلقها فيه فيجوز له ان يطلقها ولانها عادت الى الحاله الاولى بسبب من جهته فصار كما
لو ابانها في الطهر ثم تزوجها وعلى هذا قالوا اذا راجعها بالقبله واللمس فله ان يطلقها تطليقه اخرى
لما ذكرنا ❁ وليس كذلك اذا راجعها بالجماع لان حكم الطلاق سقط فيصير كطهر جامعها فيه فلا يجوز له ان
يطلقها لابي يوسف انه طهر واحد فلا يجوز ان يوقع فيه طلاقين في نكاح واحد كما لو لم يراجعها ❁ وعلى
هذا الخلاف قالوا اذا امسك الرجل امراته لشهوه وقال لها انت طالق ثلثا للسنه وقع عليها ثلث تطليقات
في الحال اذا كان في طهر لم يجامعها فيه لان التطليقه الاولى تقع ويصير مراجعا بالامساك ثم تقع التطليقه
الاخرى على اصل ابي حنيفه وزفر ويصير مراجعا فتقع الثالثه وعلى اصل ابي يوسف لا تقع الا واحده ❁ فان
طلقها ثم راجعها بالجماع وحملت منه جاز له ان يطلق اخرى في قول ابي حنيفه وزفر ومحمد وقال ابو يوسف لا يطلقها
وجه قولهما ان الرجعه ابطلت حكم الطلاق وانما كان لا يجوز له ان يطلقها عقيب الجماع لجواز ان تكون حبلت
فيندم فاذا علم بالحبل فطلق امن من الندم فجاز طلاقه كما لو لم يكن طلقها في هذا الطهر ولم يجامعها فيه
فحبلت وعلى قول ابي يوسف انه طهر واحد فلا يوقع فيه تطليقتين ❁ واذا طلق الصغيره تطليقه ثم حاضت
وطهرت قبل مضي شهر فله ان يطلقها اخرى في قولهم لان الشهر وضع للفصل بين التطليقتين بدلا عن الحيض فاذا وجد
الحيض سقط حكم بدله مع القدره عليه ❁ واما اذا طلقها وهي حايض ثم ايست فله ان يطلقها اخرى حين تياس في قول ابي حنيفه
وقال ابو يوسف لا يطلقها حتى يمضي شهر وهذا انما يتصور على هذه الروايه التي يقول فيها ان للاياس حدا مقدرا فروي
عنهم خمسين سنه وروي ستين سنه فاذا تمت المده بعد التطليقه جاز ان يطلقها اخرى لان انتقالها من العده
بالحيض الى العده بالشهور تفصل بين التطليقتين كانتقالها من الشهور الى الحيض فاما على قول ابي يوسف فهو طهر
واحد فلا يوقع فيه اكثر من تطليقه ❁ فاما على الروايه التي لم يقدر للاياس قدرا انما علقه بالعاده فلا يتصور هذا
هذا الفرع ❁ وقال اصحابنا اذا طلق الرجل امراته في حال الحيض فالافضل ان يراجعها لما روي ان ابن عمر طلق امراته
في حال الحيض فامره رسول الله صلى الله عليه ان يراجعها ولانه اذا راجعها امكنه ان يطلقها للسنه فتبين منه بطلاق
غير محظور واذا تركها بانت بطلاق محظور فلهذا كانت الرجعه اولى ❁ فاذا راجعها ثم اراد طلاقها فقد
ذكر في الاصل انها اذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها ان شا وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضه
قال ابو الحسن ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفه وجه قول ابي حنيفه انه طهر لم يجامعها فيه ولم يقع فيه طلاق
فجاز ان يطلقها فيه كالطهر الثاني وجه ما ذكر في الاصل ما روي ان النبي عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها فاذا
طهرت ثم حاضت ثم طهرت فان شا امسكها وان شا طلقها ولان الطلاق الموقع في الحيض كالموقع في الطهر
الذي بعده بدلالة ان تلك الحيضه لا يعتد بها ولو طلق في الطهر لم يجز له ان يطلق اخرى فكذلك اذا طلق في الحيض ثم طهرت ❁

باب اللفظ الذي يقع به طلاق السنه ❁

قال ابو الحسن رحمه الله اذا قال الرجل لامراته وهي مدخول بها ممن تحيض انت طالق للسنه وقعت التطليقه ان كانت
طاهرا من غير جماع فان كانت حايضا او في طهر قد جامعها فيه لم تقع الساعه فاذا حاضت وطهرت وقع بها تطليقه ❁❁
واما اذا قال لها انت طالق ثلثا للسنه او ثلثا للسنه وقع على الشرط الذي قلنا حتى يستوفي العده وذلك لان
اللام في قوله للسنه كنايه عن اوقات السنه فكانه قال انت طالق في اوقات السنه فتقع عليها في الاطهار
التي لم يجامعها فيها ❁ قال بشر عن ابي يوسف اذا قال لامراته انت طالق طلاق السنه ولا نيه له او
طلاق العده او طلاق العدل او طلاق الدين او طلاق الاسلام فهذا كله للسنه وكذلك لو قال طلاقا عدلا
او طلاق سنه او طلاق عده او سنيه او عدله او عدليه فهذا كله للسنه يقع اذا كانت المراه طاهرا من
غير جماع او حاملا استبان حملها ❁ وقد ذكر بشر عن ابي يوسف هذا النوع على اقسام فذكر القسم الاول
منها ما يحمل على اوقات السنه من غير نيه وهو ان يقول للسنه او للعده او طلاق العدل او طلاق الدين او
الاسلام او طلاقا عدلا او طلاق سنه او طلاق عده او احسن الطلاق او اجمل الطلاق او طلاق الحق او طلاق
القران او طلاق الكتاب او انت طالق للسنه او في السنه او بالسنه او مع السنه او عند السنه او على
السنه ❁ وذلك لان طلاق العدل والدين والاسلام هو ما اقتضاه الدين والسنه وذلك لا يكون الا في
الماموريه واذا قال طلاقا عدلا او طلاق سنه فقد جعل هذا صفه للطلاق واذا قال احسن الطلاق
او اجمل الطلاق فلفظه افعل تستعمل للمبالغه وذلك لا يكون الا في الماموريه ❁ فاما النوع الثاني
فقال اذا قال انت طالق في كتاب الله او بكتاب الله او مع كتاب الله فان نوى به طلاق السنه وقع في اوقاتها
وان لم ينو وقع في الحال لان كتاب الله تعالى يدل على وقوع الطلاق للسنه والبدعه فلما احتمل كلا الامرين وقع على

والثالث اذا قال انت طالق على الكتاب او بالكتاب او على قول القضاه او على قول الفقها او طلاق القضاه
او طلاق الفقها فان نوى بذلك السنه وقع فيما بينه وبين الله في اوقاتها ووقع في القضا الطلاق في الحال لان
قول القضاه يقتضي وقوع الطلاق على كل واحد من الامرين فاذا خصص عموم لفظه صدق فيما بينه وبين الله ولم
يصدق في القضا لانه غير الظاهر ❁ واما اذا قال انت طالق عدله او عدليه او سنه او سنيه وقع عند
ابي يوسف للسنه فان قال حسنه او جميله وقع في الحال ❁ قال محمد في الجامع الكبير اذا قال تطليقه
سنيه او عدليه او حسنه او جميله فالطلاق واقع عليها في الحال فاعتبر ابو يوسف ما كان في الغالب
من صفات الطلاق كالعدليه والسنيه فجعله صفه للطلاق فلم يقع الا على تلك الصفه فاما حسنه وجميله
فهي من صفات المراه فلم يجعلها صفه للطلاق بالشك فاما محمد فقال في هذه الصفات عدليه وسنيه
لما جاز ان توصف بها المراه وجاز ان يوصف بها الطلاق لم يجعلها صفه للطلاق فيتاخر ايقاعه من غير تعيين
فاوقع الطلاق في الحال ❁

باب ما يقع من ذلك مجتمعا ومتفرقا

قال ابو الحسن اذا قال الرجل لامراته انت طالق ثلثا للسنه فان نوى ان يقعن ساعه تكلم وقعن وقال زفر نيته باطله
وجه قولهم ان قوله للسنه كنايه عن اوقات السنه والكنايات تنصرف بالنيه من وجه الى وجه كساير الكنايات
ولان وقوع الطلاق المجتمع سنه عند بعض الفقها فيجوز ان يكون اراد ذلك ويجوز ان يريد بذلك جواز
الوقوع خلاف الروافض ❁ ولان الاقتصار على ثلث تطليقات سنه لان الجاهليه كانت تطلق عدد نجوم
السما وتطلق الف تطليقه فجاءت الشريعه بالاقتصار على ثلث تطليقات ❁ واذا نوى ما يحتمله كلامه
حمل عليه ❁ لزفر ان الطلاق قوله للسنه يقتضي وقوع التطليقات في الاطهار فكانه قال انت طالق
ثلثا في ثلثه اطهار ونوى وقوعهن معا فلا يتعلق بنيته حكم ❁ ولو قال انت طالق للسنه ونوى
ثلثا كانت ثلثا في قول ابي يوسف ومحمد لان اللام كنايه عن اوقات السنه فكانه قال انت طالق للشهور
او للحيض ونوى ثلثا فتكون ثلثا لانه اضاف الطلاق الى ماله عدد ❁ فان اراد واحده باينه لم تكن باينه
وذلك لان صريح الطلاق لا يصير باينا الا بلفظ يقتضيه والسنه لا تقتضي وقوع البينونه وانما تمنعها
فلم يجز ان تصير باينه بلفظ مضاد للبينونه ❁ قال ابن سماعه عن محمد ان اراد اثنتين لم تكن ثنتين
وذلك لان اوقات السنه ثلثه اطهار فاذا قال انت طالق للسنه فاما ان يحمل كلامه على اول وقت
للسنه فيقع واحده او ينوي اوقات السنه فيقع ثلثا فاما الثنتين فليست بمقتضى اطلاق اللفظ
ولا بمقتضى اوقات السنه فلم يقع ❁ قال محمد ولو اراد بقوله طالق واحده وبقوله للسنه اخرى
لم يقع لان رجلا لو قال لامراته انت للسنه واراد الطلاق لم يقع فكذلك اذا نوى به لا يقع ❁ قال ابن سماعه
عن محمد اذا قال انت طالق للبدعه ونوى ثلثا فهي ثلث لما بينا ان ايقاع الثلث المجتمعه بدعه فاذا نوى
مقتضى لفظه وقع ❁ وروى هشام عن محمد انها واحده يملك الرجعه وذلك لان البدعه لم يجعل لها وقت
بالشرع ينصرف الاضافه اليه فيلغوا قوله للبدعه ويبقى قوله انت طالق فيقع به تطليقه واحده ❁ قال
ابن سماعه عن محمد اذا قال لامراته وهي لا تحيض انت طالق للشهور فهي طالق عند كل شهر واحده وذلك لان
الشهور التي تضاف اليها الطلاق شهور العده فكانه قال انت طالق للعده ❁ ولو قال للحيض وهي
تحيض وقع عند كل حيضه تطليقه لان الحيض التي تضاف اليها الطلاق هي العده فكانه قال للعده ❁ ولو قال
انت طالق للحيض وهي ممن لا تحيض لم يقع عليها شي لانه اضاف الطلاق الى ما ليس بموجود فصار كانه علقه بشرط
لم يوجد ❁

باب طلاق غير المدخول بها ❁

قال ابو الحسن رحمه الله اذا قال الرجل لامراته ولم يدخل بها انت طالق بانت منه ولا عدة عليها ❁ وانما لم يلزمها العده لقوله تعالى يا ايها
الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عده تعتدونها ولان العده
موضوعه للاستبرا وقبل الدخول لا استبرا فلا معنى للعده ولا يلزم المتوفى عنها زوجها قبل الدخول لان
عدة الوفاه لم توضع للاستبرا وانما وضعت على وجه العباده بدلاله انها تجب بالشهور مع القدره على الحيض ❁
ولان الموت اجري مجرى الدخول في كمال المهر فهو كالخلوه التي اجريت مجرى الدخول واذا ثبت انه لا عده
عليها والرجعه انما تثبت مع بقا العده فوجدنا مسلما عقيب طلاق المدخول بها اذا انقضت عدتها ولانه
لم يبق حق من حقوق الملك والرجعه انما تثبت مع بقا حقوق الملك ❁ ولا تحل له الا بنكاح مستقبل لان
النكاح قد زال واحكامه وصارت اجنبيه فلا تحل له الا بعقد جديد ❁ قال وما جا بعد قوله طالق مما هو تفسير
نحو له انت طالق ثلثا او ثنتين فتقع عندنا الطلاق والعدد وقال الحسن البصري تبين بقوله طالق ويلغوا قوله
ثلثا والوجه في ذلك ان الكلام موقوف على اخره لجواز ان يعلقه بشرط او يدخل عليه استثنا واذا وقف
على اخره صار جمله واحده فلا يقع بعضه دون بعض ❁ ولان قوله انت طالق ثلثا كلمه واحده الا ترى انه لا
يقدر ان يتكلم بها الا على هذا الوجه والكلمه الواحده لا تتبعض في الايقاع ❁ وجه قول الحسن ان قوله
انت طالق تقع به البينونه لانه يستوفي اللفظ فيستوفي الوقوع فما بعده لا يقع لانها غير مدخول بها

كقوله انت طالق طالق ۞ واما الصفه فكقوله انت طالق بائن او حرام وذلك لان الصفه مع الموصوف كلام
واحد فلا ينفرد بعضه عن بعض ۞ وهذا لا يتبين له فائده بمجرده لان الطلاق يقع بائنا سواء وصفه بالبينونه او لم يصفه
الا ما نبين فائدته اذا علقت الصفه بشرط تعلق الطلاق به ولم يفصل الصفه بين الايقاع والشرط ۞ فان كرر
الطلاق بحرف عطف او بغير حرف عطف وقع الاول قبل الثاني اذا لم تدخل على الكلام شرطا في قولهم
وهذا مثل ان يقول انت طالق طالق او انت طالق انت طالق او انت طالق وطالق او فطالق او ثم طالق وذلك
لان الطلاق اذا لم يعلقه بشرط يقف عليه سبق الاول في الوقوع فبانت به فيصادفها الثاني وهي اجنبيه فلا
يقع ۞ وقد اختلف ابو يوسف ومحمد متى يقع الاول قال ابو يوسف يقع قبل الفراغ من الثاني لانه اذا لم يدخل
عليه شرطا سبق في الوقوع كما سبق في اللفظ وقال محمد لا يقع الا بعد الفراغ من الثاني لانه يجوز ان يدخل عليه حرف
شرط فاذا قطع الكلام عن الشرط وقع الطلاق الاول وهذا الخلاف منصوص فيما فيه حرف عطف فاما ما لا عطف
فيه فلا يقف اللفظ الاول لانه لو جاء بالشرط لم يتعلق به ۞ فان ادخل الشرط على الكلام وهو غير معطوف فهو
كذلك وهذا مثل قوله انت طالق طالق ان دخلت الدار لان الكلام الثاني غير متعلق بالاول فسبق الاول في الوقوع
فبانت ثم عقد اليمين عليها بعد البينونه فلم تنعقد ۞ وان كان معطوفا تعلق الكلام بالشرط ولم يقع منه شيء
الا بوجود الشرط اذا كان الشرط لا يفيد التراخي في قولهم جميعا وهذا مثل قوله انت طالق وطالق ان دخلت الدار او
فطالق ان دخلت الدار لان حرف العطف يعلق الثاني بالاول فيجعلهما كلاما واحدا فاذا جاء بالشرط تعلقا به ووقف
كل واحد منهما عليه فلم يقع قبل وجوده ۞ واما ما يفيد التراخي فهو قوله انت طالق ثم طالق ان دخلت الدار قال ابو حنيفه
تقع عليها في الحال واحده تبين بها ويبطل ما بعدها من الكلام وقال ابو يوسف ومحمد يقف الطلاق على الشرط فان دخلت
الدار قبل ان يدخل بها وقع عليها تطليقه واحده وان كان قد دخل بها وقعت اثنتان لابي حنيفه ان ثم تفيد
المهله فكانه قال لها انت طالق وسكت ثم قال ان دخلت الدار لهما ان ثم حرف عطف فهو كالواو والفا
الا انهما قالا اذا دخلت الدار قبل ان يدخل بها لم تقع عليها الا واحده لان ثم تقتضي التراخي فيسبق التطليقه الاولى
فتبين بها ويصادفها الثاني وهي اجنبيه فكانهما جعلا ثم كالواو في العطف ولم يجعلاها كهي في الوقوع ۞ فان قدم
الشرط وعطف الكلام بالواو او بالفا فقال ان دخلت الدار فانت طالق وطالق او فطالق تعلق الكلام بالشرط فاذا
وجد وقع الطلاق الاول فان كانت مدخولا بها وقع الثاني بعده وان كان غير مدخول بها بطل ما بعد الاولى وقال
ابو يوسف ومحمد يقع ذلك كله مدخولا بها كانت او غير مدخول بها لابي حنيفه ان الطلاق المعلق بالشرط كالمذكور
عند وجود الشرط فكانه قال لها بعد الدخول انت طالق وطالق وليس كذلك اذا اخر الشرط لان التطليقات لما وقعت
عليه تعلقت كل واحده به كتعلق الاخرى فوقعن معا فصار كما لو كرر حرف الشرط عند كل تطليقه لهما ان الواو
للجمع فكانه قال انت طالق ثنتين ان دخلت الدار ۞ ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق
الطلاق الاول بالدخول خاصه ووقع الذي بعده فان كان قد دخل بها وقعت الثانيه والثالثه الساعه فان دخلت
الدار وهي في العده او بعد ان راجعها طلقت الاولى وان لم يكن دخل بها تعلق الطلاق الاول بالدخول ووقعت
الثانيه حين تكلم بها وبطلت الثالثه لانه تكلم بها وهي بائنه ۞ فان تزوجها ودخلت الدار ولم تكن قد دخلت قبل
ذلك الدار بانت بالتطليقه الاولى وقال ابو يوسف ومحمد ان كان قد دخل بها وقعت ثلث تطليقات بالدخول الاول
وان لم يكن دخل بها وقعت واحده لابي حنيفه ان ثم للتراخي فاذا قال ان دخلت الدار فانت طالق فهذه يمين منعقده
فلما قال ثم طالق تراخى الكلام الثاني عن الاول فكانه سكت ثم قال لها انت طالق فيقع في الحال ولا يتعلق بالشرط واما
هما فقالا ان ثم حرف عطف كالواو فتعلق الطلاق كله بالشرط وان كانت تترتب في الوقوع على ما بيناه ۞ وروى
بشر عن ابي يوسف اذا قال لامراته انت طالق استغفر الله ان دخلت الدار او سبحان الله او الحمد لله دين فيما بينه
وبين الله ووقعت في القضاء في الحال لانه قطع الكلام فلا يتعلق لما بالطلاق فيفصل بين الشرط والجزا وكذلك ان
تنحنح او تثاءب من غير سعال او غشيه لانه قطع الكلام بالسكوت ۞

نوع اخر

۞ واذا قال الرجل لامراته
قبل الدخول انت طالق واحده وعشرين او واحده وثلثين او واحده واربعين وقعت ثلثا وقال زفر واحده وجه
قولهم ان احد وعشرين كلمه واحده الا ترى انه لا يمكن ان يتكلم بهذا الا على هذه الصفه والكلمه الواحده لا يقع
بعضها دون بعض كقوله انت طالق ثلثا لزفر انه عدد معطوف على عدد قبل الدخول فيسبق الاول بالوقوع
قبل الثاني كقوله انت طالق وطالق ۞ وعلى هذا الخلاف اذا قال اثنتين وعشرين او اثنين وثلثين قال اصحابنا هي
ثلث لما قدمنا وقال زفر يقع ثنتان لما قدمنا لانه يوقع المعطوف عليه دون العطف والمعطوف عليه اثنتان
فاما اذا قال انت طالق احدى عشره او اثني عشره وقع ثلثا في قولهم جميعا لانه كلام واحد غير معطوف فيصير كالجمله
الواحده ۞ واما اذا قال واحده وعشره وقعت واحده في قولهم لانه كان يمكن ان يتكلم به على غير هذا الوجه
ويأتي باللفظ المعتاد ۞ وذكر في الكتاب عن ابي يوسف في واحده وعشره انه ثلث لانه يقصد ما يفيد
قولنا احد عشر فكان مثله ۞ ولو قال انت طالق واحده ومايه او واحده والف كانت واحده روى ذلك الحسن عن
ابي حنيفه لانه كان يمكن ان يتكلم به على غير هذا الوجه الا ترى ان العاده جرت بانهم يقولون مايه وواحده
والف وواحده فلما قدم الواحده وخالف المعتاد لم يقع الا واحده ۞ وقال ابو يوسف اذا قال واحده ومايه

وقعت ثلثا لان هذا يذكر على هذا الوجه الا ترى انهم يقولون في العاده مايه وواحده وواحده ومايه على وجه واحد
واذا قال واحده ونصف وقعت اثنتان في قولهم لان هذه جمله واحده الا ترى انه لا يمكن ان يتكلم بها الا على هذا
الوجه ووقوع نصف تطليقه يقتضي وقوع باقيها ۞ ثم اذا طلق نصف تطليقه وقعت تطليقه وقال ربيعه
لا يقع شيء لنا ان الطلاق لا يتبعض وما لا يتبعض ثبت جميعه بثبوت بعضه ولهذا قال عمر رضي الله عنه في عده الامه
لو استطعت لجعلتها حيضه ونصفا ولان الطلاق يقتضي الايقاع والموقع عليه ولو طلق جزءا من امراته طلقت
فكذلك اذا طلق جزءا من تطليقه وقعت ۞ ولو قال انت طالق نصفا وواحده وقعت عليها اثنتان عند ابي يوسف
وقال محمد واحده والصحيح ما قال محمد لانه يعتاد اللفظ على غير هذا الوجه فلما عدل عن المعتاد صار احد اللفظين
غير الاخر واما ابو يوسف فقال ان في العاده يقال واحده ونصف ونصف وواحده على وجه واحد ۞

نوع اخر

فان قال لغير المدخول بها انت طالق واحده قبل واحده او قبلها واحده او بعد واحده
او بعدها واحده او مع واحده او معها واحده فانه يقع في ذلك كله اثنتان الا في قوله واحده قبل واحده وفي
قوله واحده بعدها واحده فانه يقع واحده وهذه المسائل تنبني على اصلين احدهما ان كل موضع كان الملفوظ به اولا
موقعا اولا وقعت واحده وان كان موقعا اخرا وقعت اثنتان وذلك لان الملفوظ به اولا اذا سبق في الوقوع
بانت منه فيصادفها الثانيه وهي اجنبيه واذا كان الملفوظ به اولا موقعا اخرا لم يسبق في الوقوع فوقع
الطلاقان معا ۞ والاصل الثاني ان الانسان لا يملك ايقاع الطلاق في زمان ماض لان الطلاق وضع
لرفع الاستباحه وما مضى من الاستباحه معدوم فلا معنى لرفعه واذا لم يملك ايقاع الطلاق فيما مضى
فمتى اوقع اعتبر الحال فان كانت المراه في الحال يجوز ان توصف بطلاق اوقعه عليها في ذلك الوقت
وقع عليها في الحال لانه اضاف الطلاق الى ما مضى وهو لا يملك ذلك وهي في الحال ممن توصف بذلك
الطلاق فوقع عليها في الحال وبطلت الاضافه وهذا كمن قال لامراته وقد تزوجها اول من امس انت
طالق امس فان الطلاق يقع عليها في الحال ۞ فاما اذا كانت لا توصف في الحال بطلاق اوقعه عليها
في ذلك الوقت بطل الكلام وهذا كمن قال لامراته انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع عليها
شيء لان اضافه الطلاق الى ما مضى لا يصح وهي في الحال لا توصف بطلاق اوقعه امس فلغا الكلام
فلم يقع ۞ اذا ثبت هذا قلنا اذا قال لها انت طالق واحده قبل واحده فالملفوظ به اولا هو الموقع اولا فوقعت
واحده واذا قال قبلها واحده وقعت ثنتان لان الملفوظ به اولا موقع اخرا فاقتضى الكلام وقوع تطليقه
في الحال ووقوع اخرى قبلها وهو لا يملك ايقاع طلاق متقدم فيقعان معا ۞ واذا قال انت طالق واحده
بعدها واحده وقعت واحده لان الملفوظ به اولا موقع اولا ۞ ولو قال بعد واحده وقعت ثنتان لان
الملفوظ به اولا موقع اخرا ۞ ولو قال مع واحده او معها واحده وقعت اثنتان لان مع للمقارنه فتقتضي
وقوع احد الطلاقين مع الاخر ۞ وقد روي عن ابي يوسف في قوله معها واحده انه يقع واحده لان الكنايه
تقتضي وقوع تطليقه على تطليقه فيقع السابق دون الثاني

الطلاق الرجعي والبائن

قال ابو الحسن رحمه الله الطلاق الرجعي ... والكنايات كلها بوائن الا قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحده ۞ قال هذا ان الطلاق على ضربين رجعي
وبائن فصريح الطلاق رجعي وكل ما يجري مجرى الصريح والكنايات كلها بوائن ۞ فاما صريح الطلاق فقوله انت طالق وانت
الطلاق وانما قلنا انه صريح لان العرف فيه جرى باستعماله في هذا المعنى وانما يرجع فيه الى الاستعمال ولانه مختص بالزوجات
فلا يستعمل في غيرهن فدل على انه صريح ۞ ومن حكمه ان يقع به الطلاق من غير نيه لقوله تعالى الطلاق مرتان ولم
يفصل وطلق ابن عمر امراته في حال الحيض فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ولم يسأله هل نوى الطلاق ام لا ولو
كانت النيه تحتاج اليها في هذا اللفظ المستعمل لبينه [illegible] ولان هذا لا يستعمل
في غير الزوجات فلا يحتاج الى النيه ۞ وقد قال اصحابنا اذا قال لها انت طالق وقال اردت به طلاقا من وثاق القيد
لم يصدق في القضاء وصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه صرف الكلام عن ظاهره [illegible] ۞ وكذلك
[illegible] فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى محتمل لفظه والله تعالى مطلع على نيته ۞
ولو قال انت طالق وقال اردت انها طالق من العمل لم يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ لا يستعمل
في الانطلاق من العمل فقد نوى ما لا يقتضيه لفظه فلم يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ۞ ولو صرح وقال
انت طالق من وثاق لم يقع في القضاء [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

انت مطلقة وخففت انه يقف على النية لان الطلاق هذه اللفظة تقتضي اطلاق الجنس فلم يكن صريحا في الطلاق
وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته كوني طالقا او اطلقي قال اراه واقعا وكذلك لو قال لامته كوني حرة او
اعتقي لانه وصفها بصريح الطلاق في قوله كوني طالقا وامرها بالطلاق بقوله اطلقي وهذا معناه الخبر فيقع
الطلاق ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي لو نوى ثلثا كان ثلثا لنا قوله تعالى الطلاق
مرتان فامساك بمعروف فاثبت الرجعة عقيب التطليقتين وهذا عام فيمن نوى بكل واحدة منهما العدد
او لم ينوه ولان ما تقتضيه صريح الطلاق لا ينصرف عنه بالنية اصله وقوع الطلاق ومن حكم صريح الطلاق الرجعة
ما لم يستوف العدد لقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف فاثبت الرجعة عقيب التطليقتين ولا يقع به
البائن وان نوى لان صريح الطلاق لا ينصرف بالنية من وجه الى وجه واما اذا قال انت طالق الطلاق ونوى
به ثلثا كان ثلثا وذلك لان الطلاق اسم الجنس والالف واللام للاستغراق فيقتضي ذلك استغراق جنس ما
يملكه من الطلاق وهو الثلث فان قال اردت به اثنتين لم يصدق لانه لم يوقع الثلث من حيث العدد وانما
اوقعها لاستغراق جنس ما يملكه فاما الاثنتين فانما تقع من حيث العدد واللفظ لا يقتضي العدد فان قال
اردت بقولي انت طالق واحدة وبقوله الطلاق اخرى صدق لان لفظة الطلاق يقع بها الطلاق اذا قال لامرأته
انت الطلاق فقد اتى بلفظتين كل واحدة منهما تقع به تطليقة فكانه قال انت طالق وطالق وان قال
انت الطلاق تقع به الطلاق لان المفعول يوصف بالمصدر يقال انما هي اقبال وادبار واذا صح وصفها بذلك
وقع به الطلاق كقوله يا مطلقة وان نوى به ثلثا كان ثلثا لما بيناه فان قال انت طالق طلاقا ولا نية له وقعت
واحدة لان المصدر انما يفيد التاكيد تقول قمت قياما واكلت اكلا والتاكيد لا يفيد الا ما افاده المؤكد فان
قال اردت ثلثا كان ثلثا في رواية الاصل والجامع الصغير لان المصدر يفيد معنى الكثرة قال الله تعالى وادعوا
ثبورا كثيرا فاذا كان فيه معنى الكثرة جاز ان ينوي به العدد وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
انه لا يكون الا واحدة ووجهه ما قدمنا ان المصدر للتاكيد والتاكيد لا يفيد الا ما افاده المؤكد واما ما
هو في معنى الصريح فقوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة فهذه الالفاظ الثلثة في حكم الصريح بمعنى ان
الواقع بها طلاق رجعي وهي في حكم الكنايات في افتقارها الى نية او دلالة حال فقال ابو حنيفة القياس في
قوله اعتدي ان يكون بائنا وانما اتبعنا الاثر وقال ابو يوسف القياس ان يكون ملغا وانما تركنا القياس لحديث
جابر ان النبي عليه السلم قال لسودة اعتدي فناشدته ان يدعها لتجعل يومها لعائشة حتى تحشر في جملة ازواجه
فراجعها ورد عليها يومها واما قوله استبرئي رحمك فهو تفسير لقوله اعتدي فتعلق بما تعلق به وقوله
انت واحدة صفة لقوله انت طالق الا ترى انه يقال انت طالق واحدة ولا يقال انت بائن واحدة واذا كان
صفة لصريح الطلاق وقع ما يقع بالصريح وانما قلنا انه يفتقر الى النية لانه يحتمل الطلاق وغير الطلاق
الا ترى انه يقول اعتدي نعمي عليك واستبرئي رحمك لاني طلقتك وانت واحدة في قومك او واحدة في
الشرف وما احتمل الطلاق وغيره لا يحمل على الطلاق الا بدليل وان نوى بهذه الالفاظ الثلث لم يقع لانها
في حكم الصريح فصار كقوله انت طالق ولانه لما وقع به طلاق رجعي صار كقوله انت واحدة ولا اشبهه في
ذلك لاستحالة ان تفسير قوله انت واحدة بالثلث فلا يجوز ان ينويه وقد قال اصحابنا فيمن قال
يا مطلقة وقع عليها الطلاق لانه وصفها بذلك وان قال اردت الشتم صدق فيما بينه وبين الله ولم
يصدق في القضاء لانه وصفها ثم نوى ما ليس بصفة فان كان لها زوج قبله فقال عنيت ذلك الطلاق
دين في القضاء لانه وصفها بطلاق واقع لا يلزمه حكمه والصفة لا تختص بايقاع زوج دون زوج واذا
قال انت طالق طالق او انت طالق انت طالق وقال عنيت الاولى صدق فيما بينه وبين الله وكذلك اذا قال قد
طلقتك قد طلقتك وكذلك اذا قال انت طالق قد طلقتك وكذلك انت طالق وانت طالق لان الطلاق وان
كان لفظه لفظ الخبر فهو ايقاع في الشرع فاذا قال نويت بالثانية الاولى فقد اراد ان يجعلها خبرا فلا يصدق في
القضاء لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى باللفظ الخبر ولذلك وضع في اللغة
فان قال انت طالق فقال له رجل ما قلت فقال طلقتها او قلت هي طالق فهي واحدة في القضاء لان الاستخبار
دليل على انه اراد بالثاني الخبر فيحمل عليه وقد قال اصحابنا في السراح والفراق انه كناية وقال الشافعي
صريح والدليل على ما قلناه انه يستعمل في الطلاق وغير الطلاق على وجه واحد تقول سرحت ابلي الى [illegible]
وفارقت صديقي والصريح ما اختص به الاستعمال ولان ما جاز ان يقع به الثلث لم يكن صريحا كالبائن
واما الطلاق البائن فهو على ضروب احدها ان تصف صريح الطلاق بالبينونة والثاني ان توقع بلفظ
يقتضي البينونة او يجعل [illegible] الطلاق بلفظ تقتضي البينونة فيختار والثالث ان توقع الفرقة من
طريق الحكم فاما القسم الاول فكمن قال انت طالق باين او انت طالق حرام وذلك لانه وصف الطلاق بالبينونة
وهي في ملكه فصار كما لو وصفه بالعدد فيقع وقد قال ابو يوسف اذا قال لها انت طالق للبدعة ونوى واحدة
باينة كانت باينة لان السنة ايقاع الرجعي والبدعة ايقاع البائن والثلث فاذا نوى ذلك وقع وقال ابن سماعة عن
ابي يوسف فيمن قال لامرأته انت طالق افحش الطلاق انه رجعي وقال محمد انه باين لان ابا يوسف يقول افحش يحتمل وقوع الفرقة في

وقت تكون المرأة فيه فيكون افحش من هذا الوجه ويحتمل افحش من حيث الشرع فلا تقع البينونة بالشك ولمحمد
ان افحش جعله صفة للطلاق وذلك لا يكون الا في الطلاق المنهي عنه [illegible] وقد روى هشام
عن محمد فيمن قال انت طالق البدعة كانت واحدة رجعية لان البدعة قد تكون في الباين وقد تكون في الطلاق في الحيض
فلا يقع البينونة بالشك [illegible]
واما الكنايات [illegible]
[illegible]
قال ابو حنيفة اذا قال لست لي بامرأة ينوي الطلاق

كان طلاقا وكذلك اذا قال ما انا بزوجك او سئل فقيل هل لك امراه فقال لا ودين في الرضا والغضب فان نوى به
الطلاق كان طلاقا وقال ابو يوسف ومحمد لا يقع به الطلاق لابي حنيفه ان هذا اللفظ يحتمل الطلاق الا ترى انه
لو قال لست لي بامراه لاني طلقتك وما احتمل الطلاق اذا نوى به الطلاق كان طلاقا وليس كذلك اذا قال والله
ما انت لي بامراه او علي حجه ان كنت لي بامراه انه لا يقع به الطلاق وان نوى لان اليمين على النفي تتناول الماضي
وهو كاذب في ذلك فلا يقع به شي واما ابو يوسف ومحمد فانما اخبر عن الحال فيجوز ان يكون الامر كما قال ولا يلزم اذا قال
لم اتزوجك لان الطلاق حل للنكاح بعد وقوعه وهذا نفي لاصل النكاح فلا يجوز ان يقع به الطلاق ولهما ان
نفي الزوجيه كذب فلا يقع به الطلاق كقوله لم اتزوجك قال ابو حنيفه اذا قال لا حاجه لي فيك ينوي الطلاق
فليس بطلاق لان نفي الحاجه مع الزوجيه يجتمع الا ترى ان الانسان قد يتزوج بمن لا حاجه له فيها فلم ينف ذلك
النكاح قال ابو حنيفه اذا قال افلحي يريد به الطلاق كان طلاقا لان العرب تقول افلحي بخير اي اذهبي
بخير ولو قال اذهبي كان طلاقا وقالوا اذا قال فسخت النكاح بيني وبينك ينوي الطلاق فهو طلاق وذلك
لانه الحق بمعنى الفرقه ولو قال وهبت لك طلاقك وقال اردت ان يكون بيدك لم يصدق في القضا
لان الهبه تفيد زوال ملك الواهب وجعل الطلاق اليها ليس بازاله الملك وانما هو تفويض فلا يصدق فيه
ولان الهبه تفيد الملك وتمليك المراه الطلاق هو ان يجعل اليها ايقاعه وقد روي عن ابي حنيفه في قوله
وهبت لك طلاقك في روايه اخرى انه لا يقع فيه شي لانه يحتمل وهبت لك بمعنى اعرضت عن ايقاعه قالوا
ولو اراد ان يطلقها فقالت له هب لي طلاقي تريد اعرض عنه فقال وهبت لك طلاقك صدق في القضا
لان الظاهر يقتضي انه اراد بالهبه ترك الايقاع قالوا ولو قال اعرضت عن طلاقك وصفحت عن طلاقك
ينوي الطلاق لم تطلق لان الاعراض عن الشي يقتضي ترك التصرف فيه وان قال قد تركت طلاقك او
خليت سبيل طلاقك وهو يريد الطلاق وقع لان تخليه الطلاق وتركه قد يكون باخراجه من ملكه وذلك
ايقاع الطلاق واما الفرقه التي تقع بالخيار اذا اختارت المراه فهي طلاق باين لانه تخيرها بين البقا
على النكاح او تركه ولان الفرقه وقعت بسبب الخيار الطاري على النكاح وذلك الخيار باين كذلك هذا
فاما الفرقه الواقعه من طريق الحكم فجميعها باين وهي منقسمه فمنها ما هو طلاق ومنها ما ليس بطلاق
فكل فرقه اوجبت تحريما موبدا فليست بطلاق وهي فرقه باينه لانها اوجبت التحريم وزياده وهي التابيد
وهذا مثل الرضاع واذا وطي المراه ابن زوجها او ابوه او وطي الزوج امها او ابنتها واما فرقه اللعان
فهي طلاق باين عند ابي حنيفه ومحمد وعند ابي يوسف فرقه باينه ليست بطلاق وانما كانت باينه لان القاضي
يفرق بينهما حتى يخلصها من زوج يقذفها فلو كانت الفرقه رجعيه لم يوجد المقصود بهذا واما الامه
اذا اعتقت فاختارت نفسها فهي فرقه باينه بغير طلاق لان الفرقه انما تقع لانه تبدل بضعها لم يسلم لها
فيتوصل بالفرقه الى نكاح يسلم لها فيه العوض فلو كانت رجعيه لم يوجد هذا المعنى واما فرقه
العنين فهي طلاق في قولهم لان الفرقه يوقعها الحاكم ليخلصها من نكاح لا تستقر فيه مهرها فلو وقع
طلاقا رجعيا لراجعها الزوج فاحتاج الى التفريق ثانيا وهذا لا يجوز واذا بلغ الصغير او الصغيره فاختار فهي
فرقه باينه بغير طلاق لان الفرقه انما تقع لان البضع استحق عليها بتصرف من لم يكمل ولايته فلو كانت رجعيه
لراجعها فلم يوجد الغرض واما اباء الزوج اذا اسلمت امراته فهي طلاق باين عند ابي محمد وعند ابي يوسف
فرقه باينه بغير طلاق وانما كان باينا لان الفرقه تقع لانه لا يصح البقا على النكاح مع كفر احد الزوجين فلو لم
تكن الفرقه باينه كان النكاح باقيا واما ابا المراه فهي فرقه باينه بغير طلاق في قولهم لان المراه لا تملك الطلاق
وانما كان باينا لما ذكرناه واما رده الزوج فليست بطلاق عند ابي حنيفه وابي يوسف وهي فرقه باينه وقال
محمد هي طلاق باين وانما وقعت البينونه لان النكاح لا يبقى مع الرده لانها تنافي الملك فلذلك وقعت البينونه
ورده المراه فرقه باينه بغير طلاق في قولهم وذكر محمد في السير في امراه الحربي اذا اسلمت ثم حاضت ثلث
حيض فهي تطليقه باينه لان الحيض اقيمت مقام ابا الزوج ولو كان الزوج هو المسلم فهي فرقه باينه بغير
طلاق كابا المراه والفرقه الواقعه باختلاف الدارين لا تكون طلاقا وهي فرقه باينه لان اختلاف الدارين
يمنع من ان يلحق الزوج في بضعها قال محمد اذا اسلم الحربي وتحته ثمان نسوه فاختار منهن اربعا وفارق
اربعا فهي فرقه باينه من غير طلاق وانما لم تكن طلاقا لان التحريم عنده سبق الاختيار عقيب الاسلام وانما ميز بالخيار
من حرمت ممن لم تحرم والفرقه وقعت من طريق الحكم وانما كانت باينه لانه لا يجوز البقا على نكاح اكثر من
اربع نسوه وفي الفرقه الرجعيه بقا على النكاح واما ملك احد الزوجين الاخر فهي فرقه باينه بغير
طلاق لانها تقع من طريق الحكم ولا يجوز مع سببها البقا على النكاح واذا مضت مده الايلا بانت المراه
بتطليقه باينه لانا انما نوقع الفرقه لتتخلص من زوج منعها حقها وهذا لا يكون الا في البائن قال
ابو الحسن واذا كتب الرجل طلاق امراته في كتاب او لوح او على حايط او ارض وكان مبينا فهو بمنزله الكلام
المكني لا يقع به الطلاق حتى ينوي والاصل في وقوع الطلاق بالكتابات ان الكتابه حروف منظومه
تدل على معاني مفهومه فهي كالكلام ولان كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم قامت مقام قوله في دعا الى الاسلام

فدل على ان الكتاب يقوم مقام قول الكاتب واذا ثبت هذا قلنا اذا كتب كتابا لا يستبين فلا يقع به
الطلاق وكذلك لو كتب في الهوا فليس بشي لان الكتاب الذي لا يستبين كالطلاق الذي لا يستبين
فلا يقع به الطلاق واما اذا كتب كتابا يستبين فهو على وجهين ان كتبه لا على طريق المخاطبه
مثل ان يكتب امراته طالق وقف على النيه فان قال لم انو به الطلاق صدق وان قال نويت به
الطلاق وقع لان الكتابه تقوم مقام الكلام كالكنايه تقوم مقام الصريح فلا يقع بها الطلاق الا
بظاهر او نيه ولان الانسان قد يكتب ويريد به الايقاع ويكتب لتجويد الخط فلا يحمل على الايقاع الا بدلاله
واما اذا كتب على طريق الخطاب والرساله مثل ان يقول اما بعد يا فلانه فانت طالق او اذا وصل كتابي
اليك فانت طالق فان الطلاق يقع بذلك ولا يصدق انه لم يقصد به الطلاق الا ان يقول نويت
طلاقا من وثاق فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى وذلك لان الكتابه اذا كانت على طريق الخطاب ولها
ظاهر فهي كالكلام الذي له ظاهر فلا يصدق في صرفه عن ظاهره ثم ذلك على وجهين ان كتب
على طريق الخطاب ولم يعلقه بشرط وقع عقيب الكتابه لان قوله انت طالق في الكتاب كتلفظه به
فيقع عقيب الكتابه واما اذا قال اذا وصل كتابي اليك فانت طالق فان الطلاق لا يقع ما لم يصل لانه علق
الوقوع بشرط فلا يقع قبله كما لو علقه بدخول الدار وقد قالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرساله
وقال فيه اذا وصل كتابي اليك فانت طالق ثم محا ذكر الطلاق منه وانفذ الكتاب وسطوره باقيه
وقع الطلاق لان الشرط فيه وجد وهو وصول الكتاب فان محا ما في الكتاب حتى لم يبق فيه
كلام يكون رساله لم يقع الطلاق وان وصل لان ما بقي منه لا يسمى كتابا فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق

باب الرجعه

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله
واذا طلق الرجل امراته طلاقا يملك الرجعه على ما بيناه لك واحده او اثنتين فله ان يراجعها ما دامت في
العده الا ان تغتسل من الحيضه التي هي اخر العده قال رضي الله عنه والاصل في جواز الرجعه قوله تعالى
فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف وقوله عز وجل الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان
وقد قال النبي صلى الله عليه لابن عمر راجعها وطلق سوده وراجعها فدل على جواز الرجعه وانما قلنا ان الرجعه
تكون مع بقا العده لان العده اذا انقضت زال الملك بحقوقه والرجعه لا تصح مع زوال حقوق الملك
واما قوله ما لم تغتسل فهذا على وجهين اذا كان حيضها اكثر الحيض انقطعت الرجعه بمضي المده لانا
تيقنا زوال الحيض وانقضا العده بانقضايه واما اذا كان حيضها اقل من اكثر الحيض فان الرجعه لا تنقطع
ما لم تغتسل او يمضي وقت صلاه او تتيمم وتصلي وقال الشافعي لا اعرف بعد الاقرا معنى معتبرا في انقضا العده
وهذا الذي قاله خلاف الاجماع وروي علقمه عن ابن مسعود قال كنت عند عمر رضي الله عنهما فجا رجل وامراه فقال زوجتي
طلقتها وراجعتها فقالت ما يمنعني ما صنع ان اقول ما كان انه طلقني وتركني حتى حضت الحيضه الثالثه
وانقطع الدم وغلقت بابي ووضعت غسلي وخلعت ثيابي فطرق الباب وقال راجعتك فقال عمر قل فيها
يا ابن ام عبد فقلت اري ان الرجعه قد صحت ما لم تحل لها الصلوه فقال لو قلت غير هذا لم اره صوابا وروي عن
مكحول ان ابا بكر وعمر وعليا وابن مسعود وابا الدردا وعباده بن الصامت وعبد الله بن قيس الاشعري رضي الله عنهم كانوا
يقولون في الرجل يطلق امراته تطليقه او تطليقتين انه احق بها ما لم تغتسل من الحيضه الثالثه ترثه ويرثها
ما دامت في العده واذا اتفقت الصحابه على اعتبار الغسل لم يعتد بخلاف من خالف ولان ايامها اذا
كانت اقل من اكثر الايام لم يتيقن انقطاع الدم لجواز ان يعود فتبقى العده حتى يوجد الغسل المنافي للحيض
في الظاهر والشافعي بنى هذا على ان العده تنقضي بالاطهار فاذا طعنت في اول الحيضه الثالثه انقضت العده
فلا يحتاج الى الغسل واما اذا انقطع دمها ومضى وقت صلوه وقد امكنها الغسل قبل مضيه فقد انقضت
العده لان تلك الصلوه وجبت عليها ووجوب الصلوه ينافي حكم الحيض واما اذا كانت مسافره فتيممت
لم تنقطع الرجعه عند ابي حنيفه وابي يوسف حتى تصلي وقال محمد تنقطع الرجعه لهما ان التيمم لا يرفع
الحدث الا ترى انها لو رات الما بطل فصار كان لم يكن فلم تنقطع الرجعه كما لو غسلت بعض بدنها وليس كذلك
اذا صلت لانه تعلق بالتيمم حكم لا يلحقه الفسخ الا ترى انها لو رات الما لم تبطل تلك الصلوه فصار كالغسل
لمحمد انها اذا تيممت استباحت ما تستبيحه بالغسل فصارت كالمغتسله واما الكتابيه فقد قالوا
ان الرجعه تنقطع عنها اذا انقطع الدم لان فرض الغسل لا يلزمها فصارت كالمسلمه اذا اغتسلت واما
اذا اغتسلت المعتده فبقي من بدنها عضو او اقل كانت له الرجعه في العضو اذا بقي وليس له الرجعه في الاقل
قال ابو يوسف الاستحسان فيما دون العضو وقال محمد الاستحسان في العضو فابو يوسف يقول كان
القياس اذا بقي اقل من عضو ان تبقى الرجعه لان الحدث باق فصار كالعضو وانما استحسنوا لان هذا القدر
يستغفل في العاده فلو بقيت الرجعه لم تنقطع في غالب النسا وهذا لا يصح واما محمد فقال القياس
ان تنقطع الرجعه اذا بقي عضو قياسا على المضمضه وانما استحسنوا فقالوا لا تنقطع لان العضو مجمع على وجوب

وهو مما لا يستغنى فيه كالوارث عليه وأما اذا بقي المضمضه والاستنشاق فقال محمد ابينها من زوجها ولا تحل للازواج واختلفت الروايه عن ابي يوسف فروى الفضل بن غانم عنه انه لا رجعه لزوجها وروى هشام عنه ان له الرجعه
لمحمد ان المضمضه مختلف في وجوبها والرجعه تعتبر فيها الاحتياط فلم يحكم ابانتها بالشك ولا يستبيح الازواج بالشك وأما ابو يوسف فقال المحدث باقي في عضو كامل كسائر الاعضاء واما اذا اغتسلت بسؤر الحمار
وتيممت فلا رجعه عليها ولا تحل للازواج لان سؤر الحمار مشكوك فيه فان كان طاهرا انقطعت الرجعه وحلت للازواج وان كان نجسا بقيت الرجعه ولم تحل للازواج فاعتبروا الاحتياط في الجانبين فقالوا لا تحل للازواج وتنقطع الرجعه
واذا اراد ان يراجعها اشهد على رجعتها شاهدين ويقول لهما اشهدا اني قد راجعت زوجتي فلانه او ما يؤدي الى هذا المعنى من القول لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولانه لا يؤمن ان تنقضي العده فلا تصدقه
في الرجعه فكان الاحتياط ان يشهد على ذلك قال اصحابنا ان الشهاده ليست بشرط في الرجعه وقال الشافعي لا تصح الا بالاشهاد لنا ان الرجعه تصرف في ملك الزوج بحكم العقد فلم يقف على الاشهاد كالظهار
والايلاء واما الايه فمحموله على الاستحباب بدلاله ان الله تعالى جمع بين الفرقه والرجعه وامر بالاشهاد وقد ثبت ان الاشهاد في الفرقه مستحب فكذلك في الرجعه لان اللفظ الواحد لا يحمل في حالة واحده على الوجوب
والندب قال ولا مهر في الرجعه ولا عوض لان الطلاق الرجعي لا يزيل الملك والعوض لا يجب على الانسان في مقابله ملكه ولان الرجعه استدراك للحق كالفيء في الايلاء واسقاط الخيار في البيع فلا يكون في
مقابلته عوض واحسن ذلك ان يعلمها بالرجعه فان لم يعلمها جاز لانه حق ينفرد به لا يسقط به حقا لها
فصار كالاجازه في الخيار فان لم يراجعها حتى جامعها فهو مراجع وقال الشافعي لا تصح الرجعه بالفعل لنا قوله تعالى فامسكوهن بمعروف والامساك في الحقيقه يتناول الفعل ولان الطلاق اثبت له استدراك الحق
في مدة فجاز ان يستدركه بالفعل كالخيار في البيع ولا يلزم اذا اعتق احدى امتيه لان الاستدراك هناك لا يتقدر بمده ولان العده مده تفضي الى البينونه فجعل له ابطالها بالوطء كمدة الايلاء وكذلك ان جامعته
وهو نايم او مجنون لان جماعها له على هذا الوجه يتعلق به من الحكم ما يتعلق بجماعه لها في باب المحرم والحد وان لمسها لشهوه او نظر الى فرجها لشهوه فهو مراجع لان هذا الاستمتاع في الحره يختص بالنكاح فهو كالوطء
فاما ان لمس او نظر لغير شهوه لم يكن رجعه لان ما كان لغير شهوه لا يقف على النكاح الا ترى ان القابله والطبيب ينظران الى الفرج ولا يكون النظر الى غير الفرج لشهوه رجعه لان ذلك ليس باستمتاع مقصود وان لمسته لشهوه مختلسه او كان نايما واعترف انه كان لشهوه فهو رجعه عند
ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف ليس برجعه لابي حنيفه ومحمد ان لمسها له يتعلق به من الحكم ما يتعلق بلمسه لها فجرى احدهما مجرى الاخر وهذا الحكم على اصلهما في الجاريه المشتراه اذا لمست بشهوه
واما ابو يوسف فقال في مسيله الخيار انها اذا لمسته بطل خياره وقال ههنا لا يكون رجعه قال لان الخيار يجوز ان يبطل بغير فعل المشتري اذا دخل المبيع نقص والرجعه لا تجوز [illegible] من غير اختيار
الزوج وعلى ان في روايه [illegible] ان فعلها لا يكون رجعه ولا فعل الامه اجازه للبيع فعلى هذه الروايه لا يحتاج
الى الفرق واما محمد فقال اسقاط الخيار ادخال النقص في ملك المشتري والامه لا تملك ذلك فاما الرجعه فالمراه [illegible] فاذا جعلنا فعلها رجعه [illegible] فلذلك صحت الرجعه
وقد قال ابو يوسف اذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها كان ذلك رجعه لانها لما [illegible] على اللمس باختياره صار كانه لمسها قال وكذلك اذا ابتدات اللمس وهو مطاوع لها ولو
صدقها الورثه بعد موته انها لمسته لشهوه كان ذلك رجعه لان الورثه قاموا مقامه فكذا صدقها قبل موته ولو شهد الشهود انها لمسته لشهوه لم تقبل الشهاده لان الشهوه معنى في القلب
لا تشاهد فلا تقبل الشهاده عليها ولو شهدوا على الجماع جازت لان الجماع معنى يشاهد ولا يحتاج فيه الى شرط الشهوه قال ولو نظرت الى فرجه لشهوه فقال ابو يوسف قياس قول ابي حنيفه
انه رجعه وقال ابو يوسف هذا اقبح ولا تكون رجعه وهذا على ما بينا من نظرها الى فرجه كنظره الى فرجها في باب الحرم فكذلك في باب الرجعه قال [illegible] الزيادات اذا نظر الى دبرها موضع الجماع
منه لم يكن ذلك رجعه [illegible] قول ابي حنيفه لان هذا السبيل لا يجري مجرى الفرج الا ترى ان الوطء فيه لا يوجب الحد فصار النظر اليه كالنظر الى سائر البدن قال ابو يوسف ويكره له ان يقبل
لغير شهوه واللمس اذا لم يرد الرجعه وكره ان يراها متجرده لغير شهوه وذلك لانه لا يامن ان يشتهي فيصير مراجعا بغير اشهاد ولانه لا يامن [illegible] فيصير مراجعا ولا يريد امساكها فيطلقها
وتطول العده عليها وقد نهى الله [illegible] عن ذلك بقوله ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا قال ابو يوسف
فالاحسن اذا دخل [illegible] ويسمعها [illegible] لانه لا يامن ان يرى الفرج
بشهوه فيكون رجعه بغير اشهاد وقد قال اصحابنا ان الطلاق الرجعي لا يوجب التحريم وكان
ابو عبد الله البصري يختار انه يوجب التحريم وهو قول الشافعي وزاد الشافعي فقال ان وطئها قبل الرجعه

فعليه المهر وهذه المسئله التي ذكرها ابو يوسف نص في نفي التحريم والدليل على ما قلناه انه يجوز ظهاره منها والايلاء وثبت بينهما [illegible] فلو كان محرما عليه [illegible] الزوجات [illegible] ولانه لفظ طلاق لا يزيل الملك فلا يوجب التحريم كالطلاق المعلق بالشرط وقال اصحابنا [illegible] الا ان يخرج بها [illegible]
فان قال الزوج بعد الطلاق اذا جاء غد فقد راجعتك او اذا دخلت الدار او اذا فعلت كذا فليس ذلك برجعه عندهم جميعا لان الرجعه استدراك حق فلا يتعلق بالشرط كاسقاط الخيار
ولانه تبقيه للملك فهو كابتداء الملك فلا يتعلق بالشرط واذا قال بعد العده قد كنت راجعتك امس
وكذبته فالقول قولها لانه اخبر عما يملكه في الحال فصار كالوكيل قبل العزل اذا قال بعت امس ولان الزوج يملك الرجعه في الحال فاذا لم تصدقه في تقدمها صار كانه راجع في الحال واذا قال بعد انقضاء العده قد
كنت راجعتك وكذبته فالقول قولها لانه اخبر عن الرجعه في حال لا يملكها كالوكيل بعد العزل اذا قال
كنت بعته ولا يمين عند ابي حنيفه عليها وهي احدى المسائل المعدوده لا يستحلف فيها وقد
بيناها في كتاب النكاح فان اقام بينه على ذلك صحت الرجعه لان الشهود ينقلون رجعته في العده
فكان القاضي سمع ذلك فان قال لها قد راجعتك فقالت مجيبه قد انقضت عدتي فالقول قولها
عند ابي حنيفه مع يمينها وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الزوج لابي حنيفه ان المراه في العاده
لا تخبر عن انقضاء عدتها مع انقطاع الدم حين انقضائها فاذا اخبرت بذلك مجيبه له فالظاهر
ان الانقطاع تقدم على قوله فصار كانها قالت انقضت عدتي وقال الزوج قد راجعتك ولانها امينه
فيما تخبر فما امكن حمل قولها على الصحه كان اولى ويمكن حمل ذلك على الصحه لان الانقطاع يجوز ان يكون
مع قوله وليس كذلك الموكل اذا قال للوكيل قد عزلتك فقال مجيبا له قد كنت بعت لان البيع لا يجوز ان
يوجد مع قوله عزلتك ولو تقدم على الحال لاظهره لهما ان رجعه الزوج لا تقف على قبولها فلما
قال قد راجعتك صحت الرجعه فقولها انقضت عدتي ولا عده لا يلتفت اليه كما لو سكتت ثم قالت ذلك
والقول قولها عند ابي حنيفه مع يمينها لانها بنكولها تبذل الامتناع من الازواج والكون في منزل الزوج
وهذا المعنى يصح بذله فان قيل اذا نكلت صحت رجعه الزوج والرجعه لا يصح بذلها قلنا انما يثبت
بنكولها العده والرجعه يملكها الزوج من طريق الحكم لا بقولها فصار كالنسب الذي يثبت بالفراش عند
شهاده المراه بالولاده وان لم يثبت بشهادتها

باب تشبيه الطلاق بما له عدد ولا عدد له

قال ابو الحسن اذا قال الرجل لامراته انت طالق كالف فان نوى ثلثا فهو ثلث وان نوى واحده بائنه فهي واحده بائنه وان لم يكن له نيه فواحده بائنه في قول ابي حنيفه وهو قول ابي يوسف الاخر وقال محمد هي ثلث وان نوى واحده دينته فيما بينه وبين الله ولم ادينه في القضاء وجه قولهما ان تشبيه الشيء بالشيء يقتضي اجتماعهما في صفه واحده ولا يوجب اشتراكهما من كل وجه فاذا شبه الطلاق بالالف احتمل ان يكون التشبيه في العدد واحتمل في الشده فان نوى ثلثا فقد نوى ما يحتمله لفظه وان نوى واحده فقد نوى التشبيه في الشده وذلك يحتمله كلامه وان لم يكن له نيه وجب حمل الامر على المتيقن وهو الادون وجه قول محمد ان قوله كالف تشبيه من حيث العدد فصار كقوله كعدد الف
ولو قال انت طالق واحده كالف فهي واحده بائنه في قولهم لانه لما صرح بالواحده علم انه اراد بالتشبيه الشده دون العدد فحمل على ذلك قال ولا يكون ثلثا وان نوى لان الواحده لا تحتمل الثلث ومن نوى ما لا يحتمله كلامه لا يقع
وروى ابن سماعه عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه قال انت طالق كعدد الف او كعدد ثلث او مثل عدد الثلث او مثل عدد الف فهي ثلث في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وان نوى غير ذلك فنيته باطله لانه شبه الطلاق بالالف من حيث العدد فصار كمن قال انت طالق ثلثا ينوي واحده ولو قال انت طالق مثل عدد كذا او اشار الى شيء ليس له عدد فهو في قول ابي يوسف واحده يملك الرجعه وفي قياس قول ابي حنيفه بائن لابي حنيفه انه وصف الطلاق بضرب من الزياده فاذا لم يرد العدد لم يبق الا البينونه لابي يوسف انه لما شبهها بعدد ما لا عدد له لغا ذكر العدد فكانه قال انت طالق وقد قال ابو يوسف اذا قال لامراته انت طالق عدد شعر راسي او عدد ما على ظهر كفي من الشعر وقد حلق ظهر كفه طلقت واحده لانه شبهها بما لا عدد له ولو قال عدد شعر ظهر كفي او عدد شعر راسي وقد حلقه طلقت ثلثا لان شعر راسه له عدد وان لم يكن موجودا في الحال فقد شبهها بما له عدد فوقع قال ابو حنيفه اذا قال انت طالق مثل الجبل او مثل حبه الخردل فانها طالق واحده بائنه وقال ابو يوسف يملك الرجعه لابي حنيفه انه وصف الطلاق بضرب من الزياده والزياده اما ان يكون في عدده او في صفته فوجب ايقاع المتيقن وهو زياده الصفه لابي يوسف ان الجبل لا عدد له فاحتمل ان يكون التشبيه في توحد الجبل فلا يقتضي البينونه
ولو قال مثل عظم الجبل او مثل عظم كذا واضاف ذلك الى صغير او كبير فان ابا حنيفه قال هذا واحده بائنه فان لم ينو واحده ونوى ثلثا فهو ثلث وهو قول ابي يوسف وذلك لانه شبهها بالجبل في عظمه

تامنقض هذا زيادة على ما تقتضيه الطلاق فان كان سمى واحدة فالزيادة فيها لا تكون الا بالبينونة فان لم يكن سمى واحدة احتملت الزيادة الثلث والبينونة فحملت على ما نوى ﻫ قال ابو حنيفة اذا قال انت طالق هكذا واشار باصبع واحدة فهي واحدة تملك الرجعة وان اشار بثلث فهي ثلث وان اومى باثنتين فهي اثنتان وذلك لان الاشارة تعتبر في العدد بدلالة قوله صلى الله عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا واشار باصابعه واذا اقترنت الاشارة العدد صار كانه قال انت طالق ثلثا ﻫ والاصل ان الاشارة يعتبر فيها عدد ما ارسله من اصابعه دون ما قبضه الا ترى انه عليه السلام قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض احدى اصابعه في الثالثة ولو اعتبر المقبوض كان الشهر احدى وعشرين يوما فدل على ان الاشارة يعتبر فيها ما ارسله ﻫ وان قال انت طالق مثل هذا او هكذا واشار بثلث اصابع فان نوى ثلثا فثلث وان نوى واحدة فواحدة باينة لانه شبهها بما له عدد فصار كقوله انت طالق كالف فاذا نوى به الواحدة كان التشبيه من حيث الشدة ﻫ

باب المطلقة تطلق في العدة

قال ابو الحسن رحمه الله الطلاق الصريح يقع على المطلقة ما دامت في العدة سوا كانت العدة من طلاق رجعي او باين اما المطلقة الرجعية فهي زوجة بدلالة انه يصح منها ظهاره وايلاوه ويثبت اللعان بينها فصار كغير المطلقة ﻫ فاما المبتوتة فيلحقها صريح الطلاق عندنا وقال الشافعي لا يلحقها لنا انها معتدة من طلاق فمن كان احق بنكاحها وقع طلاقه عليها كالرجعية ولا يلزم المعتدة من وطي بشبهة لانها ليست معتدة من طلاق ولا يلزم اذا اشترى زوجته لانه ليس احق بنكاحها ولانها ليست بمطلقة ﻫ وقالوا ان المبتوتة يلحقها صريح الطلاق وما هو في حكم الصريح وقال ابو يوسف اذا قال لها اعتدي لم يقع عليها شي اما الصريح فلانه موضوع لنقصان العدد والعدد في ملكه فلذلك ملك ايقاعه ﻫ واما ما هو في حكم الصريح فلان مقتضاه الطلاق الرجعي فصار كالصريح لابي يوسف ان قوله اعتدي كناية فصار كقوله انت حرام ﻫ واما الفاظ الكنايات التي تقتضي البينونة فانها لا تقع على المبتوتة وذلك لان الطلاق لا يقع بها الا بالنية وهو اذا نوى ابانتها او تحريمها فقد نوى ان يفعل ما هو مفعول فتلغو النية ويبقى مجرد الكناية من غير نية فلا يقع بها شي ﻫ قال اصحابنا اذا قال الرجل لزوجته ان دخلت الدار فانت باين او حرام ثم ابانها ثم دخلت الدار وقعت عليها تطليقة بالشرط ان كانت في عدتها وقال زفر لا يقع وجه قولهم انه لما عقد اليمين وهي زوجته فقد نوى الابانة وليست موجودة فعملت نيته وصحت يمينه فاذا ابانها ثم وجد الشرط وقع الطلاق بلفظ قد صح وضعه للطلاق وليس كذلك اذا ابتدا الابانة لان نيته لا تصح الا ترى انه نوى ابانة البائن فتلغو النية ويبقى كناية بغير نية فلا يقع فان قيل اليس لو ابتدا الظهار في حال العدة لا يقع ولو علقه بشرط قبل الطلاق ثم ابانها ووجد الشرط لم يصح فهلا قلتم في الكناية مثله والجواب ان الظهار انما لا يصح في المبتوتة لانه يقتضي تحريما موقتا يرتفع بالكفارة والبينونة اوجبت تحريما لا يرتفع الا بنكاح فلم يدخل اضعف التحريمين على اقواهما وهذا المعنى موجود في الظهار المبتدا والمعلق بالشرط فان قيل اليس لو قال لها بعد البينونة اختاري فاختارت في العدة لم يقع شي ولو قال لها قبل البينونة اذا جاء غد فاختاري ثم ابانها فاختارت في العدة لم يقع شي فاستوى الاختيار المبتدا والمعلق بالشرط والجواب ان الاختيار يعتبر فيه اختيارها دون تخييره والطلاق المعلق بالشرط يعتبر فيه اليمين دون الشرط ولهذا قالوا لو شهد شاهدان باليمين وشاهدان بالدخول ثم رجعوا ضمن شاهدا اليمين دون شاهدي الدخول ولو شهد شاهدان بالتخيير وشاهدان بالاختيار ثم رجعوا ضمن شاهدا الاختيار دون شاهدي التخيير فاذا كان المعتبر بالاختيار وقد حصل بعد البينونة في الوجهين لم يقع وجه قول زفر ان ما لا يصح ان يبتديه في العدة لم يقع وان تعلق بالشرط كالظهار ﻫ ولا يقع على باين ظهار ولا ايلا ولا لعان اما الظهار فقد بينا ان تحريمه اوقع من تحريم الطلاق فلا يدخل اخف التحريمين على اغلظهما واما الايلا فانه يثبت عقوبة للزوج حين قصد الى منع حقها من الوطي ولا حق للمبتوتة في الوطي ﻫ فاما اللعان فلانه موضوع لقطع الفراش وقد انقطع الفراش بالبينونة ﻫ وكذلك ان علق الظهار او الايلا بشرط ثم ابانها فوجد الشرط لما بيناه ﻫ فان الى منها ثم ابانها وانقضت مدة الايلا وهي في العدة وقع الطلاق عليها لان تقدير المولي عندنا كمن قال انت طالق بمضي اربعة اشهر لا افي فيها ومن علق طلاق امراته بمضي المدة فمضت في عدة من طلاق باين وقع الطلاق ﻫ وكل فرقة توجب تحريما موبدا فان الطلاق لا يلحق المراة بعدها لان الطلاق يوجب تحريما موقتا والموقت اضعف من المؤبد فلا يدخل اضعف التحريمين على اكبرهما ﻫ وكذلك ان اشترى امراته وذلك لانها صارت بحيث لا يلحقها الطلاق بحال ما دامت على هذه الصفة فهي كالمحرمة تحريما موبدا ﻫ واما اذا قال لامراته وهي امة انت طالق للسنة ثم اشتراها وجا وقت السنة لم يقع عليها شي لانها غير معتدة والطلاق المعلق بالشرط انما يقع معتبرا بالعدة ﻫ فان قال العبد لامراته وهي حرة انت طالق للسنة ثم ابانها ثم جا وقت السنة وقع عليها الطلاق لانها معتدة منه فهذا يفارق الفصل الاول اذا اشترى امراته فاعتقها ثم جا وقت السنة وقع الطلاق عليها لانها معتدة ﻫ واذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع طلاقه على المراة وذلك لان العصمة انقطعت بلحاقه فلا يقع طلاقه كما لا يقع بعد العدة ﻫ فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع طلاقه عليها وذلك لان المانع من الطلاق اختلاف الدارين وقد زال ﻫ فان ارتدت المراة ولحقت

بدار الحرب لم يقع عليها طلاق الزوج لان العصمة قد انقطعت بلحاقها فصارت كالمنقضية العدة ﻫ فان عادت قبل الحيض لم يقع طلاق زوجها عليها عند ابي حنيفة لان العدة سقطت عنها باختلاف الدارين فلا تعود الا بعود سببها وعلى قول ابي يوسف العدة باقية وانما كان لا يقع الطلاق بالاختلاف فاذا رجعت وقع عليها الطلاق ﻫ

باب الطلاق بالفارسية

الاصل الذي يعتبر في هذا الباب ان الفارسية اذا كان فيها لفظ مستعمل في الطلاق لا يستعمل في غيره فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق بغير نية لان هذه العلة الموجبة لوقوع صريح الطلاق من غير نية والصريح لا يختلف باللغات فان لم يكن فيها لفظ صريح وانما فيها لفظ مستعمل في الطلاق وغيره فهي كالكنايات العربية لا يقع به الطلاق الا بمعنى النية وهذه الجملة هي المعتبرة وما اجاب به اصحابنا فانما سالوا عن معنى الصريح بالفارسية فوجدوها خالية فحملوها على لفظ العربية وليس يمتنع ان يكون التخلية كناية في العربية وصريحا في غيرها ونحن نتكلم على ما ذكروه ﻫ قال ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في فارسي قال لامراته بهشتم او بهشتم ازني او بدا ازني او يقول بهشتم ان اباحنيفة قال في ذلك لا يكون طلاقا الا ان ينوي الطلاق لان تفسير هذه الكلمة بالعربية التخلية والتخلية لا يقع بها الطلاق الا بالنية فان كان ذلك في غضب او جواب فهو باطل الا ان ينوي الطلاق وذلك لان هذه اللفظة اقيمت مقام لفظ التخلية فهي اضعف منها فلا يؤثر فيها دلالة الحال ﻫ فان نوى الطلاق بغير نية باين ولا عدد فهي واحدة تملك الرجعة وان نوى باينا فباين وان نوى ثلثا فثلث وذلك لانه لما لم ينو الا الطلاق احتمل ان تكون هذه اللفظة صريحا فتقتضي الرجعة واحتمل ان يكون كناية فلم يوقع بها البينونة بالشك ﻫ وان نوى البائن كان باينا لان لفظ التخلية يحتمل ذلك وكذلك اذا نوى الثلث كالعربي اذا قال خليتك ينوي ثلثا ﻫ وان نوى اثنتين فهي واحدة تملك الرجعة وذلك لان لفظ التخلية لا تفيد العدد فاذا نواه لغاه ﻫ قال وقال ابو يوسف خلاف ذلك فقال اذا قال بهشتم ازني او قال ازني بهشتم فهو طلاق نوى الطلاق او لم ينو اذا كان في جواب طلاق او كان في حال غضب او رضا فهي تطليقة رجعية وذلك لان ابا يوسف خالط العجم ورحل الى جرجان فعرف ان هذه اللفظة صريح في لغتهم فاوقع به ما يقع بالصريح ﻫ وان قال بهشتم ولم يقل ازني فان كانت سالته الطلاق فاجابها بذلك او كان في حال الغضب فهي واحدة تملك الرجعة ولا يدين في القضاء وان قال عنيت الترك لها في الخروج او في النفقة دين فيما بينه وبين الله ولا يدين في القضاء وذلك لان بهشتم معناه خليت وليس لهذا التخصيص بالنكاح ولا بالزوجية فلا يحمل عليه الا بدلالة حال او نية فاذا وجد الدليل صار صريحا فلم يصدق في صرفه عن ظاهره في القضاء فان نوى به باينا فباين وان نوى ثلثا فثلث وذلك لان هذا الصريح اذا كان معناه التخلية وهو يفيد البينونة والعدد جاز ان يحمل عليه بالنية وليس يمتنع ان يختلف صريح العربية والفارسية فيما يتضمن من المعاني ﻫ وان قال بهشتم من غير غضب ولا جواب ولم ينو طلاقا فالقول قوله في القضاء وفيما بينه وبين الله وهذا لما قدمناه ﻫ قال ابن رستم عن محمد هذا كلام ضيق يجري على هذا كله اذا قال بهشتم في حال الغضب ومذاكرة الطلاق ولم يكن جوابا لانه في تفسير العربية بمنزلة قوله انت مخلاة وقد خليتك ﻫ واما الطلاق الفارسي الذي لا يدين فيه مثل الرجل يقول لامراته ازني بهشتم فهذا عندنا طلاق وقد بينا الوجه في ذلك ﻫ وقال الحسن عن زفر ان قال بهشتم وهو ينوي الطلاق لا ينوي باينا او غيره فقد بانت وان نوى اثنتين فهي اثنتان وان نوى ثلثا فثلث وذلك لانه حمله على معنى التخلية فيقع به الطلاق البائن بغير نية البينونة وان نوى اثنتين او ثلثا وقع على اصله في كنايات العربية ﻫ

باب الرجل يجعل امر امراته بيدها ﻫ

قال ابو الحسين رحمه الله اذا قال الرجل لامراته امرك بيدك وهو يريد الطلاق وهي تسمع فامرها بيدها فان لم تسمع او كانت غايبة فامرها بيدها اذا علمت او بلغها ذلك في المجلس الذي علمت فيه بالخيار والاصل في ذلك ان الزوج يملك ايقاع الطلاق فيملك ان يفوضه الى غيره كالبيع والشرى وساير التصرفات ﻫ وانما وقف على علمها لانه ما طريقه الاقوال يقف على العلم كامر صاحب الشريعة ﻫ فان كانت تسمع فالامر اليها في مجلسها لانه تمليك الطلاق والتمليك موقت بالمجلس كخيار القبول ﻫ وان كانت غايبة فهو على وجهين ان اطلق الكلام فلها الخيار في المجلس الذي بلغها لانه لم يخصص التفويض بوقت فاذا علمت صار كانه فوض اليها الان فيقف على المجلس ﻫ واما ان جعل الامر اليها موقتا بوقت فان بلغها مع بقاء شيء من الوقت فلها الخيار في بقية الوقت وان مضى الوقت قبل ان تعلم ثم علمت فلا خيار لها لانه خص التفويض بزمان فاذا مضى بطل علمت او لم تعلم ﻫ قال واذا علمت وقالت قد اخترت نفسي انت بواحدة ولا تحل له الا بنكاح مستقبل وذلك لان الاختيار يفيد البينونة قياسا على الخيار الطاري على النكاح وهو خيار المعتقة ﻫ فان كان الزوج اراد ثلثا بقوله امرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي فهي ثلث لان تفويض الامر عام في الواحدة والثلث فاذا نوى ثلثا حمل اختيارها على ما نوى ﻫ فان اراد اثنتين او واحدة او لم تكن له نية في عدد فهي واحدة وذلك لان قوله جعلت امرك بيدك يقتضي

كنايات الطلاق بدلالة وقوفه على النية والكناية تحمل على الواحدة إلا أن ينوي ثلاثا ولا تحمل على الاثنين وإن نوى
قال وليس للزوج بعد قوله أمرك بيدك أن يرجع عن ذلك ولا ينهى المرأة عما جعل إليها ولا يفسخ وذلك
لأن الطلاق إذا تم لم يلحقه الفسخ فما جابه تأكد بحسب تأكيد جملته فلا يصح الرجوع عنه ولما كان البيع يلحقه الفسخ
بعد تمامه ضعف إيجابه فجاز الرجوع عنه لأنه لما علق الطلاق باختيارها صار كمن علق الطلاق بشرط لم يرجع
عنه ۞ قال وكذلك إذا قام هو عن مجلسه فالأمر في يدها ما دامت في مجلسها لأن قيامه إعراض عما هو فيه
فإذا كان لا يبطل بإبطاله لم يبطل بإعراضه وليس كذلك الموجب للبيع إذا قام لأن الإيجاب يبطل بإبطاله فيبطل
بإعراضه ۞ قال والأمر إليها ما دامت في مجلسها وإن تطاول لأن الحكم المتعلق بالمجلس يبقى ببقاء المجلس وإن
طال ما لم يحصل إعراض عنه كقبول البيع ۞ فإن قامت بطل لأن القيام يستدل به على الإعراض وكذلك
إن كان منها كلام أو فعل يكون خارجا للجواب وإعراضا عنه مثل أن تدعو بطعام أو تنام وكذلك تنتقي أو
تقبل على رجل تخاطبه ببيع أو شرى وذلك لأن هذه الأفعال تدل على الإعراض عما جعل إليها فكانت كقيامها ۞
وكذلك إن كانت قاعدة فقامت لأن القاعد تجتمع رأيه فلو أرادت الفكر لم تقم ولهذا قالوا لو كانت قائمة فقعدت
لم يبطل خيارها لأن القعود لتجتمع رأيها وفكرها فلا يدل ذلك على الإعراض ۞ وكذلك إن كانت على دابة
فانتقلت إلى دابة أخرى فإن كانت سائرة أو في محمل واحد فاختارت على الفور ولا يبطل خيارها لأن السير
عمل فهو في حكم المجلسين ۞ فإن ابتدأت الصلاة بطل خيارها لأنها تشاغلت بغير الخيار ۞ فإن كانت في صلاة
فريضة فمضت فيها لم يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة لأنها ممنوعة من قطع الفرض فلا يستدل بإتمامه على الإعراض ۞
فإن كانت في تطوع لم يبطل خيارها حتى تتم ركعتين لأنها ممنوعة من قطعها ۞ فإن زادت على الركعتين بطل خيارها
لأن الشاغل بما زاد على الركعتين في النفل كالدخول في صلاة أخرى ۞ وكذلك إن امتشطت أو اغتسلت لأنه
عمل يدل على الإعراض ۞ وكذلك إن أخذ الزوج بيدها فأقامها لأنها تقدر أن تمتنع منه ولو لم تقدر لأمكنها
أن تقول اخترت نفسي ۞ وكذلك إن وطئها الزوج لأن تمكينها له من الوطء دلالة على أنها لم تختر الفرقة ۞
فإن لبست ثوبا أو أكلت شيئا يسيرا من غير أن تدعو بطعام لم يبطل خيارها وذلك لأن اللبس تحتاج إليه للتستر
عمن يحضرها من الشهود والأكل اليسير لا يدل على الإعراض ۞ فإن كانت متكئة فقعدت لم يبطل خيارها لأن المتكئ
إنما يجلس ليجمع فكره ۞ ولو كانت جالسة فاتكأت بطل خيارها في إحدى الروايتين لأن المتكئ إذا كان متكئا يجلس
قائما أن ينتهي فلا ۞ وعلى الرواية الأخرى يقول لا يبطل خيارها لأن المتكئ تارة ينتقل من الاتكاء إلى القعود وتارة من
القعود إلى الاتكاء مجرى واحدا ۞ فإن سبحت أو قرأت شيئا قليلا لم يبطل خيارها وإن طال بطل لأن التسبيح
اليسير والقراءة القليلة لا يخلو الإنسان منها وقد يفعلها عند الاستخارة فلا يدل على الإعراض فإن طال ذلك
دل على الإعراض فبطل خيارها ۞ ولو قالت ادعو إلى شهود أشهدهم لم يبطل خيارها لأن هذا عمل الخيار
ألا ترى أنها تحتاج إلى الشهود حتى لا يجحد الزوج اختيارها فالأخذ في عمل الخيار ليس بإعراض وعلى
هذا قالوا إذا قالت ادعو إلي أبي لأستشيره ليس بإعراض لأن المشورة من عمل الخيار وقد روي أن رسول الله
صلى الله عليه لما خير نساءه قال لعائشة قبل ذلك إني أعرض عليك أمرا فلا تعجلي حتى تستشيري أباك
فدل على أن المشورة لا تبطل الخيار ۞ فإن قامت من مجلسها أو قطعت المجلس بكلام لم يعد الأمر في
يدها بعد ذلك أبدا وذلك لأنه ملكها الطلاق فإذا أعرضت عنه فقد ردت التمليك فيصير كالإيجاب في
البيع إذا رد ۞ قال وليس لها أن تختار إلا مرة واحدة لأن الأمر لا يقتضي التكرار ۞ فإن قال لها
أمرك بيدك كلما شئت فأمرها بيدها في ذلك المجلس ولها أن تطلق نفسها في كل مجلس واحدة حتى تبين بثلاث
وذلك لأن كلما تقتضي تكرار الأفعال فيتكرر التمليك بتكرر المشيئة ۞ إلا أنها لا تطلق نفسها في مجلس
واحد أكثر من تطليقة واحدة لأنه في كل مجلس كأنه قال لها أمرك بيدك فإذا اختارت فقد استوفت
موجب ذلك وإنما يتجدد لها الملك في مجلس ثان بمشيئة مستقبلة ۞ وإذا استوفت ثلاث
تطليقات ثم تزوجها بعد زوج فلا خيار لها لأنها استوفت طلاق ذلك الملك والزوج إنما ملكها ما كان تملك
فما لا يملك لا يجوز أن تملك بتمليكه ۞ وإن قال لها أمرك بيدك إذا شئت أو متى شئت أو إذا ما شئت
أو متى ما شئت فلها في المجلس وغير المجلس أن تختار مرة واحدة ولا يتكرر لها في هذا الخيار وذلك لأن
إذا ومتى تفيد الوقت فكأنه قال لها اختاري أي وقت شئت فلا يختص بزمان دون زمان إلا أنه لا تفيد
التكرار فإذا استوفت ما جعل إليها لم يكن لها بعد ذلك خيار ۞ فإن اختارت في المجلس زوجها خرج الأمر من
يدها فيه كلها وفي غيره وذلك لأن اختيارها للزوج رد لتمليكه فيبطل ما جعل إليها في جميع الأوقات ۞ وقد
قال أبو حنيفة ومحمد إذا قال لامرأته أمرك بيدك هذا الشهر فقالت قد اخترت زوجي ولا أختار الطلاق خرج
الأمر من يدها في جميع الشهر لأنه تمليك واحد فيبطل بردها كتمليك البيع ۞ وقال أبو يوسف يبطل
خيارها في ذلك المجلس ولا يبطل في مجلس آخر لأن ردها كقيامها فإذا لم يبطل قيامها اختيارها في المجلس
الثاني كذلك الرد ۞ وإذا قال لها أمرك بيدك فقالت أنت علي حرام أو أنت مني بائن أو أنا عليك حرام
أو أنا منك بائن فهو جواب وهو طلاق وهذه رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف في الإملاء لأن هذه الألفاظ

كلها تفيد الطلاق فكأنها قالت طلقت نفسي ۞ وكذلك لو قالت أنا حرام أو بائن لأن لفظ الطلاق المضاف
إليها جواب عما جعل فيقع الطلاق ۞ فإن قالت أنت بائن أو حرام ولم تقل مني فهو باطل لأن الزوج قد يوصف
بهذه الصفة مع غيرها فلا يختص ذلك بطلاقها ۞ قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة فإن قالت أنت مني طالق
لا يقع شيء لأن الزوج لا يوصف بهذه الصفة وإضافة الطلاق إلى من لا يوصف بهذه الصفة لا يتعلق به حكم
كإضافته إلى الأجنبي ۞ ولو قالت أنا طالق ولم تقل منك أو قالت منك فهي طالق لأن المرأة توصف بالطلاق فيتعلق
بوصفها به حكمه ۞ فإن لم يرد الزوج بأمرك بيدك طلاقا فليس بشيء إلا أن يكون في ذكر طلاق أو غضب فإنه يدين
فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لأنه لفظ محتمل ألا ترى أنه يقول أمرك بيدك في الخروج والانتقال والمحتمل
لا يقع به الطلاق إلا بنية ودلالة الحال تقوم مقام النية فلا يصدق معها في القضاء ۞ فإن ادعت المرأة أنه
أراد الطلاق أو كان ذلك في غضب أو في ذكر طلاق فالقول قوله مع يمينه لأنها تدعي عليه الطلاق وهو يجحد
فإن أقامت البينة أن ذلك كان في ذكر طلاق أو غضب قبلت بينتها لأنها أقامت البينة على معنى يشاهده
الشهود ۞ فإن أقامت البينة أنه نوى لم تقبل لأن النية معنى لا يشاهده الشهود فلا يصح أن يرجع اليمين فيه ۞

باب الخيار

قال أبو الحسن إذا قال الرجل لامرأته اختاري
فهو مثل أمرك بيدك في جميع ما ذكرت لك إلا وجها واحدا لا يقع به الثلاث وإن أرادها الزوج والأصل في هذا
أن القياس عندهم أن لا يقع بقوله اختاري شيء وإن اختارت لأن الزوج لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يجوز أن
يفوض إليها ۞ وإنما تركوا القياس لأن الرسول عليه السلام خير نساءه ولو لم يقع بالتخيير الفرقة لم يكن لتخييره معنى ۞
ولأن الصحابة أجمعت على أن المخيرة إذا اختارت في مجلسها وقع الطلاق لأنهم شبهوا التخيير بالخيار الطارئ
على النكاح وهو خيار امرأة العنين والمعتقة ۞ وإذا ثبت هذا فاختيارها على المجلس روي ذلك عن عمر
وعلي وعثمان وابن مسعود وجابر وعبد الله بن عمر وعائشة رضي الله عنهم ۞ وإذا اختارت زوجها فليس بشيء روي
ذلك عن عمر وابن مسعود وأخوين وكان أبو الدرداء يقضي بذلك بالشام وعن علي أنها تطليقة رجعية ۞
لنا ما روي عن عائشة أنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه فاخترناه فلم يكن ذلك طلاقا ولأن التخيير إنما هو
مفارقة الزوج أو البقاء على النكاح فاختيارها يدل على التمسك بالنكاح ۞ وأما إذا اختارت نفسها فهي
تطليقة بائنة وقال الشافعي رجعية وقال زيد ثلاث تطليقات لنا أنه خيار طارئ على النكاح فصار كخيار
المعتقة فلا يستوفي العدد وتفيد البينونة ۞ ولأن القياس أن لا يقع به شيء وإنما تركوا القياس للإجماع على
وقوع الواحدة ۞ فما زاد عليها على أصل القياس ۞ وإذا قال الزوج اختاري نفسك فقالت قد اخترت
أو قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي وقع الطلاق لأنه لا بد أن يكون النفس مذكورة في كلام الزوج أو جواب
المرأة أو يكون في كلام الزوج كناية عن تطليقه أو عن اختياره أو يكون ذلك في كلاميهما ۞ فإن قال اختاري فقالت
قد اخترت لم يكن شيئا وذلك لأنه إذا قال اختاري فقالت اخترت فليس للتخيير ولا للاختيار تخصيص بها فلا يقع
بها طلاق وإذا كانت النفس مذكورة في لفظ الزوج أو لفظها تخصص الاختيار بها ۞ وكذلك لفظ الطلاق مثل
أن يقول اختاري الطلاق أو اختاري اختياره وتقول هي اخترت الطلاق لأن ذلك يتخصص بها ۞ وقد قالوا
إذا قالت اخترت أبي أو أمي أو أهلي أو الأزواج أن القياس أن لا يقع بذلك شيء لأنه ليس في لفظه ولا في لفظها
ما يخصص الاختيار بها وإنما استحسنوا فقالوا إن المرأة عند الطلاق تلحق بأبويها وأهلها وتختار الأزواج
فصار اختيارها لذلك دلالة على الطلاق فكأنها قالت اخترت الطلاق ۞

باب الطلاق بالمشيئة

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شئت فهذا مثل الخيار في جميع ما ذكرت لك إلا أن الطلاق
واحدة رجعية ۞ والأصل في هذا أن الطلاق إذا علق بفعل من أفعال القلب مثل قوله أنت طالق إن شئت أو أحببت
أو هويت أو رضيت أو أردت فهذا كله على المجلس لأنه علقه بفعل من أفعال القلب فهو كالخيار ۞ وقالوا إذا
قال لها إن كنت تحبيني أو تبغضيني فأنت طالق فقالت أنا أحبك وقع الطلاق استحسانا وكان القياس أن لا يقع
لأنه علقه بشرط لا يعلم وجوده وجه الاستحسان أن المحبة لما لم تعلم إلا من جهتها صار كأنه قال إن قلت
إني أحبك ۞ وعلى هذا الأصل إذا قال لها إن كنت تحبين أن يعذبك الله في النار أو تكرهين دخول الجنة
فأنت طالق فقالت إني أحب العذاب وأكره الجنة وقع الطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن المحبة لما لم
تعلم إلا من جهتها تعلق بقولها فصار الشرط ما تظهره دون ما في قلبها ۞ وكذلك لو قال إن كنت تحبيني بقلبك
فأنت طالق فقالت أنا أحبك وفي قلبها غير ذلك وقع الطلاق عندهما لأن ما في قلبها لما لم يتوصل إلى معرفته
إلا بإظهارها صار كأنه قال إن قلت إني أحبك بقلبي ۞ وقال محمد لا يقع لأنه جعل الشرط ما في قلبها وما في
قلبها خلاف ما أظهرت وكذلك جعل شرط الطلاق محبتها للنار ونحن نعلم أنها كاذبة في قولها أنا أحب
النار ۞ وأما قوله إنه يقع رجعيا لأنه صريح ومن صريح الطلاق رجعي وليس كذلك الخيار لأنه ليس بصريح
ولا في معناه فلذلك كان بائنا ۞ ولو قال لها طلقي نفسك إن شئت فقالت قد شئت لم يقع عليها شيء لأنه

[illegible]

اختاري الا ترى ان امراة لو قالت اخترت نفسي فاجاز الزوج لم يقع والطلاق يجوز ان يكون طلاقا لا على وجه الجواب الا ترى انها لو طلقت نفسها فاجاز وقع فكذلك جاز ان يكون جوابا للاختيار ۞ وان قال امرك بيدك في تطليقه او اختاري تطليقه فهي تطليقه رجعيه لانه جعل اليها صريح الطلاق فكان رجعيا ۞

باب الرجل يجعل امر امراته موقتا

واذا قال لامراته امرك بيدك يوما او اليوم او قال شهرا او هذا الشهر او قال سنة او هذه السنه فلها الامر في الوقت كله تختار نفسها متى شاءت فيه ولا يكون تركها الجواب في شي من ذلك او تشاغلها بغير الجواب ابطالا للخيار ما بقي من الوقت شي وذلك لان الطلاق بيده فيملك ان يفوضه اليها في زمان دون زمان كالوكيل بالتصرف فاذا اثبت لها الخيار في المدة لم يكن تشاغلها مسقطا للخيار لانه لو سقط باعراضها لم يكن للتوقيت فايده ولصار الموقت وغير الموقت سوا وهذا لا يجوز ۞ الا ان التوقيت على وجهين اذا نكر

[illegible]

في الطلاق الذي جعل اليها فخرج الامر من يدها كالموكل اذا باع ما وكل ببيعه وهذا ليس بصحيح لان الزوج يملك ثلث تطليقات ملكها واحده منها فاذا اوقع واحده فلم يتصرف في غير ما جعل اليها وصار كمن وكل رجلا ببيع ثوب من ثيابه ثم باع الموكل واحدا منها لم تبطل الوكاله ۞

باب الطلاق الذي يوقع او يعقد عليه في ملك او في غير ملك ۞

قال اصحابنا جميعا اذا اوقع الطلاق على [illegible] قبل التزويج بها فالطلاق باطل لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولان الطلاق موضوع لرفع الاستباحه والاستباحه لم توجد فلم يصح الرفع ۞ فان عقد عليها الطلاق قبل ان يتزوجها ولم يضف وقوعه الى ملك فهو باطل وهذا مثل من قال لاجنبيه ان دخلت الدار فانت طالق فتزوجها فدخلت الدار لم يقع عليها شي عندنا وقال ابن ابي ليلى وقع لنا انه عقد الطلاق في غير ملك ولم يضفه الى ملك

[illegible]

بالعقد كما لو خلوه من الملك في الطرفين ۞ وابن ابي ليلى يقول ما علقه بالشرط فالموقع عقيب الشرط فصار كانه قال حين دخلت الدار انت طالق وهذا لا يصح لان المعلق بالشرط انما يكون كالموقع عقيبه اذا صح التعليق والخلاف بيننا في صحة الانعقاد وان اضافه وقوعه الى ملك صح وهذا كمن قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وقال الشافعي لا يصح اضافة الطلاق الى الملك اذا لم يكن الملك موجودا عقيب العقد لنا انه اضاف الطلاق الى حال يملك ايقاعه فيها فصحت الاضافة وان لم يملك في الحال كمن قال لامرأته الحائض انت طالق للسنة ۞ ولان ما جاز ان يتعلق بالاخطار جاز ان يضاف الى الملك كالنذر ولا حجة لهم في قوله صلى الله عليه لا طلاق قبل النكاح لان الزهري ومكحولا تاولاه على رجل اراد ان يتزوج امرأة فقال لها انت طالق ثم تزوجها وهذا تاويل صحيح لان الطلاق هو الايقاع فاما المعلق بالشرط فلا يتناوله حقيقة الاسم ولا يجوز صرف الاسم الى المجاز الا بدليل ولهذا المعنى قال صلى الله عليه لا طلاق قبل النكاح فان قيل وقوع الطلاق قبل التزويج لا يشكل فلا يحمل الخبر على بيان ما لا يشكل قلنا انما لا يشكل عند استقرار الشرع وقد كان مشكلا قبل ذلك الا ترى انه لا يشكل الآن ان الصلوة لا تجوز بغير طهارة وان بين ذلك النبي صلى الله عليه بقوله لا صلوة الا بطهور لانه كان يشكل اذ ذاك ۞ فان عقد طلاقا على امرأته فالعقد صحيح وان لم يضفه الى الملك لان الملك موجود عند العقد والظاهر بقاؤه فصح الارسال ولا يحتاج الى الاضافة ۞ واذا عقد في الملك واضافه الى غير الملك لم يصح لان المعقود عليه يعتبر فيه حال الاضافة فاذا اضافه الى غير ذلك فكانه ارسله في غير ملك فلا يتعلق به حكم ۞ واذا عقد في الملك فاعتبر حال الوقوع فان كانت المرأة في حال لو ابتدأ الطلاق عليها وقع طلاقه لزمه طلاق الحنث بذلك العقد وان كان في حال لا يجوز طلاقه عليها لو ابتداه لم يلزمه طلاق الحنث وهذا كمن قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها وانقضت عدتها ودخلت الدار انحلت اليمين بوجود الشرط ولم يقع عليها طلاق لان المعلق بالشرط كالمتكلم بالجواب في ذلك الوقت من طريق الحكم فان قيل اليس لو قال الصحيح لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم جن فدخلت الدار وقع الطلاق وان كان لو ابتدأ لم يقع قلنا انما اعتبر بالوقوع حكما والمجنون يقع الطلاق على امرأته من طريق الحكم الا ترى ان العنين لو اجل فمضت المدة وقد جن فرق القاضي بينهما وكان طلاقا ۞ وان علق الطلاق بشرطين فقال بعد النكاح ان كلمت زيدا وعمرا فانت طالق فاعتبر كلام آخرهما فان كان في ملكه وقع الطلاق ولا يعتبر ان كان الكلام الاول في غير الملك وان كان الكلام الاول في الملك والثاني في غير الملك لم يقع الطلاق وانحل اليمين وهذه المسألة في الجامع الصغير اذا قال ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق وهي مبنية على اصول منها ان الطلاق اذا تعلق بشرط اعتبر وجود الملك عند الشرط لانها حالة الوقوع والطلاق لا يقع الا في الملك ۞ واذا تعلق بشرطين اعتبر الملك عند آخرهما لان الوقوع يكون عند تمام الشرط فان وجد الشرط الاول في غير الملك لم يضر لانه لا يخرج من ان يكون شرطا والملك انما يحتاج اليه للوقوع وتلك الحالة ليست حالة الوقوع فاذا ثبت هذا قلنا اذا كلمت الاول في غير الملك ثم كلمت الثاني في الملك فقد وجد تمام الشرط فوقع الطلاق واذا كلمت الاول في الملك والثاني في غير الملك فقد وجد تمام الشرط وهي اجنبية والاجنبية لا يقع عليها الطلاق الا ان اليمين تنحل لانه علق الحنث بوجود الشرط وقد وجد ولو تعلق بتكرار الشرط حنث ليتعلق به على وجه لم يتضمنه اليمين وهذا لا يصح فلذلك انحلت اليمين ۞ قال وكذلك ما حلف به من ظهار او ايلاء فهو مثل الطلاق فيما يلزم فيه وذلك لان الظهار والايلاء من احكام النكاح ويتعلق بالشرط فلا يصح الا في ملك او مضاف الى ملك كالطلاق ۞ فان حلف عليها بعد النكاح وجعل جواب شرطها يمينا اعتبر الشرط الاول فان وجد في حال يجوز عقد اليمين المبتدأ صح لزوم اليمين التي هي الجواب وان كان في حال لا يجوز اليمين عليها لو ابتداها لم يلزمه اليمين بالحنث وذلك ان تقول لها اذا دخلت الدار فانت طالق ان كلمت عمرا لانه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين فصار عند الدخول كانه قال لها انت طالق ان كلمت عمرا فان كانت في ملكه صحت اليمين المتعلقة بالشرط وان لم يكن في ملكه عند دخول الدار لم يصح التعليق ۞ فان كان طلقها قبل الدخول ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت عمرا في العدة طلقت لان المعتدة يلحقها الطلاق فينعقد عليها اليمين بالطلاق كالزوجة واذا انعقد ووجد الشرط في الملك او في العدة وقع به ۞

باب الرجل يطلق امرأته بعض تطليقة او يوقع الطلاق على بعضها

قال اصحابنا اذا اضاف الطلاق الى بعض اعضاء المرأة فهي على ثلثة اوجه منها ان تضيفه الى ما يعبر به عن جميع البدن فيقع الطلاق وهذا مثل قوله نفسك طالق او روحك طالق او بدنك او جسدك او رقبتك او عنقك او وجهك او راسك او فرجك روى ذلك هشام عن ابي حنيفة وابي يوسف وذلك لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع الجملة يقال عند فلان كذا كذا راسا من الرقيق ويقول كذا كذا فرجا وفي الدار كذا كذا انفس وقال الله تعالى فتحرير رقبة واذا كان ذكر هذه الاشياء كذكر الجملة صار كانه قال انت طالق ۞ والنوع الثاني اذا اضاف الطلاق الى جزء شايع منها مثل الثلث او الربع او النصف او الجزء فانه يقع على جميعها لان التحريم يقع بجزء شايع ويسري الى الجميع كمن باع بعض الجارية ۞ والنوع الثالث اذا اضيف الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل والاصبع فلا يقع الطلاق عندنا وقال زفر يقع وبه قال الشافعي لنا ان النكاح لا ينعقد اذا اضيف الى عضو معين فلا ينحل اذا اضيف الحل اليه كالبيع ولما لم ينعقد بالاضافة الى جزء معين لم ينفسخ باضافة الاقالة الى ذلك الجزء ۞ ولانه لا ينعقد البيع اذا اضيف

اليه لا يقع الطلاق اذا اضيف اليه كالحمل وعكسه ما يعبر به عن جميع البدن وجه قول زفر انه اضاف الطلاق الى جزء منها متصل فصار كالجزء الشايع ۞ واما اذا اوقع بعض تطليقة وقعت تطليقة كاملة وقد بيناها فيما مضى وذكرنا ان الطلاق لا يتبعض فذكر بعضه كذكر كله كالعفو عن بعض القود ۞ فان قال انت طالق واحدة وربع او واحدة وثلث طلقت اثنتين لان الجزء من التطليقة تطليقة وليس كذلك اذا قال انت طالق واحدة ونصفها انه لا يقع الا واحدة لانه اضاف النصف الى الواحدة الموقعة وقد وقع ذلك في جملتها وفي مسئلتنا ذكر نصفا منكرا فاقتضى تطليقة ثانية ۞ واما اذا قسم الطلاق بين نسائه فقال لاربع نسوة بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة لان الواحدة اذا انقسمت اصاب كل واحدة ربعها وربع تطليقة تطليقة ۞ وكذلك اذا قال بينكن تطليقتين او ثلثا او اربعا لان التطليقتين اذا قسمتا بين الاربع اصاب كل واحدة نصف تطليقة ۞ ولا يجوز ان تقسم كل تطليقة على حيالها لان القسمة في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت يقع على جملته وانما يقسم الاحاد اذا كانت متفاوتة ۞ فان قال الزوج اردت قسمة كل واحدة على حيالها فقد شدد على نفسه فيقع على ما نوى فان قال بينكن خمس تطليقات فكل واحدة طالق اثنتين لان الخمسة اذا قسمت على الاربع اصاب كل واحدة تطليقة وربع وربع تطليقة تطليقة ۞ وعلى هذا ما زاد على الخمس الى الثمانية ۞ فاما اذا قال بينكن تسع تطليقات اصاب كل واحدة تطليقتان وربع فيقع عليها ثلث تطليقات ۞ وعلى هذا اذا قال اشركتكن في اربع تطليقات لانه لا فرق في المعنى بين ان ياتي بلفظ الشركة او ياتي بلفظ بين وليس كذلك اذا طلق امرأته تطليقتين ثم قال لاخرى اشركتك في طلاقها لان الشركة في الموقع لا بد ان تكون شركة في كل واحدة الا انه لا يمكن رفع تطليقة عنها وايقاعها على الاخرى فلم يبق الا الشركة في كل واحدة من التطليقتين على الانفراد فوقعت عليها تطليقتان ۞

باب الاستثناء في الطلاق وغيره

قال ابو الحسن رحمه الله الاستثناء في الطلاق والعتاق والايمان والنذور كلها جائز اذا كان موصولا بالكلام ولم يقطع المتكلم بين الاستثناء وما قبله بسكوت وذلك لان الاستثناء مع جملته عبارة عن الباقي قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما فهم من ذلك تسعمائة وخمسون واذا ثبت هذا فاذا قال انت طالق ثلثا الا واحدة فكانه قال انت طالق اثنتين ولا فرق عندنا بين استثناء الاقل والاكثر وقال الفراء لا يصح استثناء الاكثر لنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه قال الشاعر ادوا التي نقصت سبعين من مائة ثم ابعثوا حكما بالعدل حكاما ۞ ومن للتمييز كالاستثناء الذي هو للتمييز فاذا جاز ان يميز الاكثر جاز ان يميز الاكثر بالاستثناء ولان الاستثناء يخرج من الكلام ما لولاه لدخل فيه فصار كدليل التخصيص فيجوز ان يخرج الاكثر ۞ واما الفراء فانه قال ان العرب لم تتكلم بذلك وهذا لا دليل فيه لان ما كان على طريقة كلامهم صحيح وان لم يتكلموا به الا ترى انهم لم يتكلموا باستثناء الكسور [illegible]

قبل كلامه او بعده فهو استثنا وقال ابو يوسف اذا قال ان شا الله انت طالق او فانت طالق او وانت طالق فهذا كله
استثنا وقال محمد اذا قال ان شا الله انت طالق فهو منقطع والطلاق واقع في القضا وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى ان
كان اراد الاستثنا اما اذا قال ان شا الله فانت طالق فهو استثنا في قولهم لان الفا تعلق ما قبلها بما بعدها واذا تعلق
الطلاق بالاستثنا لم يقع وكذلك الواو لانها للجمع فتجعل الجملة كلاما واحدا ﻩ واما اذا لم يذكر حرف عطف فوجه
قول ابي حنيفة وابي يوسف ان الشرط معتبر في الكلام فاذا نطق بها صحت وجه قول محمد انه ليس بين الاستثنا
والطلاق تعلق بحرف فسقط حكمه وصار كالمنقطع فوقع الطلاق ﻩ واما اذا اخر الطلاق فقال انت طالق ان شا الله
او انت طالق فان شا الله لم يكن مستثنيا عند ابي يوسف حتى يقول انت طالق ان شا الله وذلك لان ان شا الله حرف
شرط فاذا وصله بالكلام تعلق به فان ادخل بينهما حرفا فصل بينه وبين الكلام بما لا تاثير له فيه فلم يتعلق به حكم فوقع الطلاق
قال ابو يوسف اذا قال انت طالق ما شا الله فهو استثنا لان ما عبارة عن العدد فكانه قال انت طالق الذي يشا الله ﻩ
وكذلك اذا قال الا ان يشا الله لان معناه الا ان يشا ان لا يقع ولا يعلم هذه المشية فهو كقوله الا ان يشا زيد ولا يعلم
مشيته ﻩ قال ابو الحسن وكذلك لو ضم مع مشية الله مشية غيره فقال انت طالق ان شا الله وشا زيد فشا زيد
لم يقع الطلاق لانه علق بشرطين لا يعلم وجود احدهما فهو كقوله ان شا زيد وعمرو ﻩ فان قال انت طالق ان شا زيد
فالطلاق موقوف على مشيته في المجلس الذي يعلم فيه بالمشية وهذا معناه لانه تمليك للطلاق فيقف على المجلس
وان شرط مشية من لا يجوز ان يعرف مشيته بطل الكلام وصار بمنزلة قوله ان شا الله وذلك مثل ان يقول ان شا جبريل
او الملائكة او الجن او الشياطين فان الكلام باطل لانه علقه بمشية لا يتوصل الى العلم بها فصار كقوله ان شا الله ﻩ
واذا قال الرجل لامراته انت طالق ثلثا وثلثا ان شا الله وقع عليها ثلثا وقال ابو يوسف ومحمد الاستثنا جائز وعلى هذا الخلاف
اذا قال انت طالق ثلثا وواحدة ان شا الله لابي حنيفة ان العدد الثاني لغو فلا يتعلق به حكم الا ترى ان الزوج لا يملك
اكثر من ثلث تطليقات واللغو حشو يفصل بين الايقاع والاستثنا كالسكوت ﻩ لهما انه كلام واحد دخل عليه
الاستثنا فعمل فيه ولان الواو للجمع فكانه قال انت طالق ستا ان شا الله واذا قال انت طالق واحدة وثلثا ان شا الله
فالاستثنا جائز لان الكلام الثاني ليس بلغو الا ترى انه جملة يتعلق الحكم بها فلم يفصل بين الطلاق المتقدم عليها وبين الاستثنا ﻩ

باب الرجل يوقع من الطلاق عددا ثم يستثني

قال ابو الحسن اذا قال الرجل لامراته انت طالق ثلثا الا واحدة او الا اثنتين فالاستثنا صحيح وهذا على ما قدمنا من
جواز استثنا الاقل من الاكثر ﻩ فان قال الا ثلثا بطل الاستثنا لانه يجري مجرى التخصيص ودليل التخصيص لا يرد
على كل الكلام وكذلك الاستثنا لانه للتمييز والتمييز لا يكون بالجملة ﻩ ومن اصحابنا من يقول ان استثنا الجميع
رجوع لانه يبطل كل الكلام والصحيح انه استثنا فاسد وليس برجوع لانهم قالوا في الموصي اذا استثنى
جميع الموصى به بطل الاستثنا وقال ابو يوسف استثنا الاول والثاني جائز ويبطل استثنا الثالث ويلزمها
واحدة لابي حنيفة ان حكم الكلام موقوف على اخره فاذا تم الاستثنا باسقاط الجملة لم يصح وكانه قال الا ثلثا
ولان الواو للجمع فاذا قال الا واحدة وواحدة وواحدة فكانه قال الا ثلثا لابي يوسف ان استثنا الواحدة والثانية
صح الا ترى انه لو سكت عليه جاز فاذا ذكر الثالثة فقد استثنى ما لا يصح فبطل وصح استثنا ما سواه ﻩ وان
قال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلثا بطل الاستثنا في قولهم لانه استثنى الجملة الموقعة فلم يصح ﻩ
وكذلك ان قال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة الا واحدة وواحدة وواحدة لان كل واحدة جملة على حيالها وقد
استثناها فلا يصح ﻩ قال ابو يوسف ومحمد اذا قال انت طالق اثنتين واثنتين الا اثنتين وقعت اثنتان فجعل الاستثنا
من كل واحدة وقال زفر يقع ثلثا وجه قولهما ان الاستثنا ما امكن حمله على الصحة كان اولى من حمله على الفساد
ومتى جعلناه مما يليه بطل فوجب ان يعود الى الجملتين ليصح ﻩ واما زفر فقال ان الاستثنا يرجع الى ما
يليه ولا يرجع الى غيره الا بدليل ومتى رجع الى ما قبله كان استثنا احدى الجملتين فلا يصح ﻩ وروى هشام عن محمد
فيمن قال لامراته انت طالق اثنتين واثنتين الا ثلثا قال هي ثلث وذلك لانه لا يمكن ان تجعل الاستثنا من الجملتين لانه
يرفعها ولا يجوز ان يستثني بعض الاستثنا لان الاستثنا اما ان يصح او يبطل ﻩ وقال بشر عن ابي يوسف
فيمن قال لامراته انت طالق واحدة واثنتين الا اثنتين قال هي ثلث وهو قول محمد لانا ان رددنا الاثنتين الى كل واحدة
من الجملتين ابطلناها وان رددنا بعضه الى هذه وبعضه الى هذه ابطلناها ولا يجوز تصحيح بعضه دون بعض فلم يبق
الا بطلان الاستثنا ﻩ وروى هشام عن محمد فيمن قال انت طالق اثنتين واربعا الا اثنتين فهي طالق ثلثا لان
الاستثنا لا يصح ان يرجع الى كل واحدة من الجملتين ولا يصح اثبات بعض الاستثنا دون بعض فبطل ﻩ

باب الرجل يطلق اكثر من ثلث ثم يستثني منه

قال ابو الحسن واذا اوقع الرجل اكثر من ثلثه ثم يستثني يجعل الاستثنا مما ادخل على الثلث والكلام كله صحيح والاستثنا
عامل في جملة الكلام ولا يكون مستثنى من جملة الثلث التي يصح وقوعها فيقع الاستثنا من جملة الكلام ويوقع ما
بقي ان كان ثلثا او اقل وذلك مثل ان يقول انت طالق عشرا الا تسعا فتقع واحدة او الا ثمانيا فيقع اثنتان
او الا سبعا فيقع ثلث وذلك لان الاستثنا يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم والجملة قد تلفظ بها على وجه واحد
فيدخل الاستثنا عليها ويسقط ما تضمنه الاستثنا ويقع بقية الجملة ان كان مما يصح وقوعه ﻩ

باب الاستثنا من الاستثنا

قال ابو الحسن اذا قال الرجل
لامراته انت طالق ثلثا الا ثلثا الا واحدة وقعت واحدة وذلك لانه يجعل كل استثنا مما يليه واذا استثنى الواحدة
من الثلث بقي اثنتان ويستثنيهما من الثلث فيبقى واحدة فكانه قال انت طالق ثلثا الا اثنتين فيبقى واحدة يستثنيها
من الثلث فيبقى اثنتان يستثنيهما من الثلث فيقع واحدة ﻩ وكذلك ان قال انت طالق عشرا الا تسعا الا
ثمانيا فاستثنى ثمانية من تسعة فيبقى واحدة واستثناها من العشرة فكانه قال انت طالق تسعا فتطلق ثلثا ﻩ
فان قال انت طالق عشرا الا تسعا الا واحدة فاستثنى الواحدة من التسعة فيبقى ثمانية يستثنيها من العشرة
فيبقى اثنتان وعلى هذا اجمع هذا الوجه تستثني كل عدد مما يليه وان شئت اعتبرته لضرب من التقريب
فتعقد الاول بيمينك والثاني بيسارك والثالث بيمينك والرابع بيسارك ثم اسقط ما اجتمع في يسارك مما في يمينك
فما بقي فهو الموقع ﻩ

باب طلاق الغاية والظرف

قال ابو الحسن واذا قال الرجل لامراته انت طالق ما بين واحدة الى ثلث او من واحدة الى ثلث فهي طالق اثنتين
في قول ابي حنيفة يدخل الابتدا ولا يدخل الغاية وقال زفر لا يدخلان جميعا وهو القياس وقال ابو يوسف يدخلان
لابي حنيفة ان الابتدا اصل الكلام الا ترى انه لو سقط بقي الكلام بلا ابتدا وصار ما بعده ابتدا فوجب اسقاطه
فلا يبقى شي فلم يبق الا دخول الابتدا واما الغاية فتارة تدخل في الكلام وتارة لا تدخل فلا نجوز دخولها بالشك ﻩ لزفر
ان الابتدا احدى الغايتين فلا يدخل كالانتها ولانه لو قال بعتك ما بين هذا الحايط الى هذا الحايط لم يدخل الحايطان
فدل على ان الابتدا والغاية يتساويان وجه قولهما ان الغاية احد الطرفين كالابتدا ولان ما وجد معه لفظ
الايقاع وقع الا ان يخرجه بالاستثنا ولان الغاية تدخل فيما جعلت غاية كالمرفق ﻩ وقد روي عن ابي يوسف
اذا قال انت طالق ما بين واحدة وثلث فهي واحدة لانه لم يجعل الثلث غاية وانما اوقع ما بين العددين فيقع واحدة
قال ابو حنيفة ان نوى واحدة دين فيما بينه وبين الله تعالى في قوله من واحدة الى واحدة فهي واحدة اما على اصل
ابي حنيفة فالابتدا يدخل والغاية تسقط فتقع واحدة واما على قولهما فيدخلان جميعا الا انه يحتمل ان يكون قوله
من واحدة الى واحدة يعني منها واليها فلا يقع اكثر من واحدة وقال زفر لا يقع شي لان من اصله اسقاط الابتدا
والغاية واذا اسقطهما لم يبق بينهما شي ﻩ واما اذا قال من واحدة الى ثنتين وقعت واحدة عند ابي حنيفة لانه
يسقط الغاية وقال ابو يوسف ومحمد ثنتان لانه يحتمل ان يكون الواحدة داخلة في الثنتين ويحتمل ان يكون غيرها فلا
يقع ما زاد على الثنتين بالشك ﻩ وقال بشر سمعت ابا يوسف يقول في رجل قال لامراته انت طالق ثنتين
الى ثنتين قال هما ثنتان لانه يحتمل ان يكون جعل الابتدا هو الغاية فكانه قال انت طالق من اثنتين اليهما وقال
اصحابنا اذا قال لامراته انت طالق واحدة في ثنتين فهي واحدة ويقع المضروب ولا يقع المضروب فيه وقال
زفر يقع ما تقتضيه الضرب من العدد لنا ان العدد لا يصح فيه الضرب حقيقة وانما يصح ذلك فيما له مساحة
وانما تقدير الضرب كانه قال اسقط ثلث مرات وهذا يكون ستة تضعيف عدد لو ذكره لا يجوز ايقاع الطلاق به ﻩ
ولان ما دخل عليه حرف الظرف في الطلاق اما ان يكون شرطا او لغوا اصله قوله انت طالق في الدار يلغو ذكر
الدار او انت طالق في دخولك الدار فيقع الطلاق بالدخول وقد بطل ان يكون المضروب فيه شرطا بقي ان
يكون لغوا ﻩ لزفر ان الاربعة لها عبارتان احداهما اثنتين في اثنتين والاخرى اربعة فذكر احداهما كذكر
الاخرى ﻩ فاما اذا اراد في مع وقع العددان جميعا ان كان ثلثا فما دونها وكان مدخولا بها لان احد الحرفين
يقوم مقام الاخر قال الله تعالى ادخلي في عبادي اي مع عبادي فكانه قال انت طالق ثنتين مع ثنتين ﻩ

باب طلاق المكره وما في معناه

قال اصحابنا
جميعا طلاق المكره واقع وقال الشافعي لا يقع لنا ما ذكره محمد باسناده ان امراة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها
مشفر وقالت لتطلقني ثلثا او لانفذنه فناشدها الله ان تفعل فابت فطلقها ثلثا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه فقال
لا قيلولة في الطلاق ﻩ ولانه قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالهازل ومن شرط الخيار ولانه معنى تقع به
الفرقة فاستوى فيه الاكراه والطوع كالرضاع ﻩ واذا ثبت هذا قال اصحابنا كل ما يصح فيه شرط الخيار فالاكراه
يوثر فيه كالبيع والاجارة وما لا يوثر فيه شرط الخيار فالاكراه لا يوثر فيه كالنكاح والطلاق والعتاق ﻩ قال اصحابنا
طلاق السكران من الخمر والنبيذ واقع وكان ابو الحسن يختار انه لا يقع وهو قول الطحاوي واحد قولي الشافعي لنا
ان السكران مكلف بدلالة انه يلزمه الحد بالقذف والقود بالقتل وطلاق المكلف يقع كغير السكران ﻩ واما ابو الحسن
فقال بان زوال العقل بالنبيذ كزواله بالبنج والدوا وقد قالوا ان ذلك يمنع من وقوع الطلاق وفرق اصحابنا بينهما
بان البنج ليس بحكم التغليظ والسكران بحكم التغليظ ولان الغالب ان الانسان يشرب الشراب ويظهر انه سكران
وليس بسكران فلذلك فرقوا بين احدهما دون الاخر ولان السكر يحصل بسبب في الغالب معصية فعوقب بجريان ا

وليس الغالب من شرب البنج قصده المعصية فلذلك لا يبقى التكليف ه وقد قالوا في المكره على الشرب ومن شرب الخمر عند الضرورة ان طلاقه يقع لان زوال العقل حصل بلذة فهو لمن شرب طائعا ه وقد قال محمد فيمن شرب النبيذ فلم يزل عقله منه ولكن صدع فزال عقله بالصداع ان طلاقه لا يقع لان ذلك لم يحصل بسبب هو لذة ه قال وكذلك اللاعب بالطلاق والهازل به وذلك [illegible] في زيادته كتاب الطلاق قال وقد جاء عن النبي عليه السلام انه قال من طلق لاعبا جاز عليه ه واحتج ابو يوسف في هذا فقال حدثنا محمد بن اسحق عن يزيد بن عبد الله عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب اربع مقفلات الجد والهزل فيهن سواء الطلاق والعتاق والنكاح ه وقال ابو يوسف عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن ابي الدرداء انه قال من لعب بطلاق او عتاق لزمه قال وان هذه الاية نزلت في ذلك ولا تتخذوا آيات الله هزوا ه قال وكذلك الرجل يريد غير الطلاق فيسبقه لسانه بالطلاق فالطلاق له لازم وكذلك العتاق وذلك لان القصد اذا لم يعتبر فيه ويسبق اللسان انما عدم فيه القصد فيقع ه قال ابو الحسن في سبق اللسان اختلاف رواية في العتاق والذي هاهنا احب الي وانما عنى بذلك ان هشاما روى عن محمد عن ابي حنيفة ان من اراد ان يقول لامراته اسقيني ماء فقال انت طالق وقع الطلاق ولو اراد ذلك في العبد فقال انت حر لم يقع وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انهما يستويان وهو الصحيح وجه رواية هشام ان المراة تملك بضعها بسبب يستوي فيه القصد وعدم القصد فزوال الملك عنه لا يختلف فيه القصد وعدم القصد فاما العبد فالسبب الذي يملك يختلف فيه القصد وعدم القصد فجاز ان يختلف في زوال الملك عنه القصد وعدم القصد ه

باب الرجل يطلق احدى امراته بغير عينها

قال ابو الحسن رحمه الله واذا قال الرجل لنسوة له احديكن طالق طلقت واحدة منهن بغير عينها اذا لم يكن له نية في واحدة بعينها والاصل في جواز الطلاق في المجهول خلاف ما قاله نفاة القياس قول النبي عليه السلام كل طلاق جائز ولان الطلاق يتعلق بالاخطار والخطر والجهالة اخوان يجريان مجرى واحدا في العقود انهما يفسدان البيع فاذا لم يمنع احدهما الطلاق كذلك الاخر ولان البيع مع ضعفه يصح مع هذا الضرب من الجهالة الا ترى ان من باع قفيزا من صبرة غير معين انعقد البيع فلان يصح ذلك في الطلاق اولى ه ثم اختلف ابو يوسف ومحمد فقال ابو يوسف يقال له اوقع وقال محمد في بعض المواضع يقال له بين فكان عند ابي يوسف الطلاق والعتاق تعلقا بالذمة ولزمه ايقاعه في احديهن وعند محمد الطلاق تعلق باحديهن بغير عينها ويلزمه البيان ه لابي يوسف ان الاحكام الموقعة اما ان تتعلق بعين او ذمة ولم تتعلق بالعين فلم يبق الا ان تتعلق بالذمة ه ولانه اذا عين لزم التي عين فيها الطلاق العدة من يوم البيان ولا تعتد بما تقدم من الحيض ولو كان الطلاق يقع عليها عند الايقاع لاعتدت بما تقدم من الحيض ه لمحمد انه اوقع الطلاق على واحدة من الجملة فلا يتعلق بذمته كمن باع قفيزا من صبرة ه ولان الطلاق لا يجب عليه بالنذر ولو صح تعليقه بالذمة للزمه بالنذر ولانه لو طلق واحدة من اربع لم يدخل بهن ثم تزوج خامسة قبل البيان صح النكاح ولو كان الطلاق تعلق بالذمة لكانت الاربع في ملكه ولا يجوز له تزوج الخامسة فاما ما احتج به ابو يوسف من العدة فلا حجة له فيه لان الزوج متهم فيجوز ان يكون عنى بالطلاق غير الذي عين فيها فيقصد التعيين ايقاعا مبتدا فلذلك يلزمها العدة من حال البيان ه قال وللنساء ان يخاصمنه ويستعدين عليه الى القاضي حتى يبين ذلك لان الطلاق اذا كان بائنا او ثلاثا فلكل واحدة منهن حق في استيفاء احكام النكاح او التوصل الى الزوج الاخر فكان على الزوج البيان ه وانما قلنا انه يقبل قوله في البيان لان الطلاق صح منه في المجهول فالبيان اليه كمن باع قفيزا من صبرة وكمن اقر بشي غير معين ه قال ويجبره الحاكم على ان يوقع الطلاق على احديهن بعينها وذلك لما بينا ان البيان حق لهن فكان للقاضي استيفاء ذلك ه قال وعليها العدة حتى يبين فان كن اربعا فتزوج اخرى قبل البيان ولم يكن دخل بهن جاز وقد بينا وجه ذلك اما على اصل ابي يوسف فالطلاق يقع بالبيان فالعدة عقيب الوقوع وعلى اصل محمد انما تجب عقيب البيان للتهمة ه واما تزويج الخامسة فظاهر على قول محمد لان احديهن بائنة فلم يكن جامعا بين اكثر من اربع نسوة ه واما ابو يوسف فانه يجعل استحقاق الطلاق عليه كوقوعه فلم يمتنع من الجمع ه وان كان قد دخل بهن لم يجز نكاح الخامسة حتى تنقضي عدة التي وقع الطلاق عليها وذلك لان العدة تحرم الجمع كما تحرم النكاح ه فان لم يبين حتى ماتت احداهن والقول كان لامراتين طلقت الباقية وذلك لانه لم يبق من يستحق الطلاق غيرها ومن خير بين امرين ففات احدهما تعين الاخر وليس هذا كمن باع احد عبديه على ان المشتري بالخيار فمات احدهما ان البيع يتعين في الميت لانه صار معيبا قبل الموت وبطل الخيار فيه ودخل في ملك المشتري وليس كذلك الطلاق لان العيب لا يوجب تعين الطلاق فبقي خياره حتى مات [illegible] فتعين في الباقية ه وكذلك لو لم تمت ولكنه جامعها لان الجماع يستدل به على تعين الطلاق في الاخرى لا يستحل ان يطا المطلقة ه وكذلك لو قبلها او حلف بطلاقها او ظاهر منها او طلقها تعين الطلاق في الاخرى لان هذه الاحكام تصرف في المراة بمنفعة الطلاق فصار كالجماع ه فان قال اردت الطلاق فلانة فالقول قوله لان البيان اليه [illegible] ه فان ماتت احديهما قبل ان يبين فقال اردت اياها بالطلاق

لم ترثها وطلقت الباقية لما بينا ان موت احديهما يوجب تعين الطلاق في الاخرى من طريق الحكم فاذا قال عنيت الميتة صدق على نفسه في استحقاق الميراث [illegible] في صرف الطلاق عن الباقية ه وكذلك [illegible]

[illegible]

ان الرجل لا يصح وقوع الطلاق عليه بحال فصار كالبهيمة ه

باب الرجل يطلق امراة من نسائه ثم ينساها

قال ابو الحسن واذا طلق الرجل امراة من نسائه بعينها ثم نسيها لم يحل له ان يطا واحدة منهن حتى يعلم التي طلق فيجتنبها وذلك لان احديهن حرمت عليه وكل واحدة منهن يجوز ان تكون محرمة فلا يحل له وطيها ه وقد قال اصحابنا كل ما لا يحل عند الضرورة لا يجوز التحري فيه والفروج لا تستباح بالضرورة فلا يتحرى فيها ولهذا قالوا في الشاة الذكية اذا اختلطت بالميتة بحيث انه يتحرى لان الضرورة تبيح الميتة ه قال فان ادعت كل واحدة منهن ان تكون هي المطلقة فاستعدت عليه الحاكم في النفقة والجماع اعدي عليه وحبسه حتى يبين التي طلق منهن والزمه النفقة لهن وذلك لان لكل واحدة حق المطالبة باحكام النكاح فكان على الحاكم الزامه ايفا النكاح فان لم يفعل فقد امتنع من حق عليه يقدر على ادائه فيحبسه كالممتنع من الدين ويقضي عليه بنفقتهن لان النفقة تجب للمعتدة والزوجة وكل واحدة منهن اما ان تكون زوجة او معتدة ه فان ادعت كل واحدة منهن انها هي المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج فعليه اليمين لكل واحدة منهن وذلك لان الطلاق يصح بذله ويصح الاقرار به فيستحلف فيه ه فان ابى ان يحلف فرق بينه وبينهن لانه بذل الطلاق لكل واحدة منهن ه فان حلف لهن فلا بد ان يبين لان الطلاق لا يرتفع باليمين فبقي على ما كان عليه ه قال ابن سماعة سمعت محمدا قال في رجل له امراتان طلق واحدة منهما بعينها وقال لا ادري ايتهما هي فادعت كل واحدة منهما انها هي المطلقة فاني احلفه لكل واحدة منهما فان حلف للاولى طلقت التي لم يحلف لها لانه لما حلف للاولى سقطت خصومتها في الطلاق فتعين في الاخرى من طريق الحكم ه وان لم يحلف للاولى طلقت لانه بذل الطلاق لها وهو مما يصح بذله ه فان تشاحتا في اليمين حلفته لهما جميعا بالله ما طلق واحدة منهما لان لهما المشاحة في الابتداء اذ لا يجوز ان يبتدي للاولى وقد تساويا في الدعوى ويمكن استحلافه لهما جميعا ه فان حلف لهما تجنبهما حتى يبين وذلك لان الطلاق لم يرتفع باليمين واحديهما محرمة فلم يمكن منهما الا ان يبين ه فان وطي احديهما

فالتي لم يطأها مطلقة وذلك لان فعله محمول على الصحة وانه لم يطأ وطيا حراما ه قال وينبغي له فيما بينه
وبين الله ان يطلق كل واحدة منهن واحدة ويتركهن حتى يبن لان الوطي لا يجوز فيه التحري على ما بينا ولا يجوز له
امساكهن فيضر بهن ولو تركهن بغير طلاق لم يحل لهن التزويج لان كل واحدة منهن يجوز ان تكون غير مطلقة
فوجب ان يوقع على كل واحدة واحدة فيرفع فيها حقها ه قال والاحسن ان لا يتزوج واحدة منهن الا ان يتزوجن
لان كل واحدة منهن يجوز ان تكون مطلقة ثلثا فلا تحل له قبل التزويج فان تزوجن حصلت الاباحة بيقين ه
فان تزوج واحدة منهن قبل ان يتزوجن جاز نكاحها وكانت الاخرى في الحكم هي المطلقة ثلثا لان عقده محمول
على الصحة ولا يمكن حمل ذلك على الصحة الا ان يكون الطلاق البائن وقع على الاخرى فيتعين فيها من طريق
الحكم وان كان لا يتعين باليقين

باب ما يجب للمطلقة قبل الدخول

قال ابو الحسن رحمه الله واذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول وقد سمى لها مهرا اما عينا او دينا فلها نصف ما سمى لها اذا كان ذلك
عشرة دراهم فصاعدا او قيمتها والاصل في هذا ان البدل في النكاح على ضربين احدهما ما يثبت بالتسمية فيجب بالعقد ويستقر
بالدخول او الخلوة او موت احد الزوجين والثاني ما يجب من طريق الحكم وهو مهر المثل فيجب بالعقد ويستقر بما ذكرناه

[illegible]

وانما هو عوض عنه فاذا فارقها كان له نصف ما تناوله العقد وذلك متحيل غير معين ه فاما زفر فمن اصله
ان الدراهم والدنانير تتعين بالعقد فلذلك تبطل بالفسخ فاذا طلقها وقد كان المهر دراهم معينة وجب عليها نصف العين
واما اذا كان المهر عبدا او ثيابا فسلمه اليها وجب له نصفه ولا يملكه حتى يقضي القاضي له به او يسلمه
وذلك لان العبد لا مثل له فلما كان نصف العين اعدل من ايجاب نصف المثل او القيمة فلذلك وجب تسليم
نصف العين ه قال وان سمى الف درهم ثم زادها بعد العقد مائة ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف الالف
وبطلت الزيادة وروي عن ابي يوسف ان لها نصف الالف ونصف الزيادة وجه قولهم المشهور ان الزيادة
لم تسم في العقد فلا تتبعض بالطلاق كمهر المثل ووجه قول ابي يوسف ان الزيادة تلحق بالعقد وتصير كالموجود
فيه فيتبعض بالطلاق ه واذا لم يسم في العقد شيئا وفرض لها بعد العقد شيئا مسمى او فرضه الحاكم ثم طلقها قبل
الدخول فلها المتعة وقال ابو يوسف نصف الفريضة لنا انه بدل لم يسم في العقد فلا يتبعض كمهر المثل ه
لابي يوسف قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولم يفصل والدليل على ان الزيادة في المهر تلحق بالعقد وتستقر بالدخول
خلاف زفر والشافعي قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ولا يجوز ان يكون المراد به الهبة لانه
لا تعلق لها بالفريضة ه ولا يجوز ان يكون المراد به الحط لان ذلك لا يختص بما بعد الفريضة بل يجوز قبلها فلم
يبق الا الزيادة ولانه تغيير لصفة الثمن ويتعلق به الاستحقاق كالحط ه وعلى الشافعي ان حال المجلس
حال تلحق الزيادة فيها بالثمن ويتعلق بها الاستحقاق وكذلك في المهر كحال العقد لم فرق ان الاستباحة في ملك
الزوج فلا يصح ان يبذل لها عوضا عن ملكه ه فاما اذا طلقها قبل الدخول وقد سمى لها عوضا فاسدا او لم يسم فلها
المتعة والكلام في المتعة يقع في مواضع منها انها واجبة عندنا للمطلقة قبل الدخول والتسمية وقال مالك
مستحبة لنا قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهذا امر والامر على الوجوب ثم قال حقا على
المتقين والحق يقتضي الوجوب وعلى من الفاظ الوجوب ه ولانه نكاح بين مسلمين فلا يخلو من عوض كالتي سمي
لها مهرا ه ومنها ان المتعة لا تجب عندنا الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول والتسمية في
العقد وقال الشافعي لكل مطلقة المتعة الا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا ويتعين الخلاف في المدخول
بها فالدليل على انه لا تجب المتعة لها انها استحقت كمال المهر كالمتوفى عنها زوجها ه ولان المطلقة قبل
الدخول تستحق نصف المسمى ولا متعة لها فالمطلقة التي استحقت جميع المسمى اولى ان لا يكون لها المتعة ه
وانما قلنا ان المطلقة قبل الدخول اذا سمى لها مهرا فلا متعة لها لما روي عن ابن عباس وابن عمر وشريح وابرهيم
ومجاهد وعلي انهم قالوا ذلك ولا مخالف لهم ه ولان المتعة انما تجب من طريق الحكم كالقيمة التي تجب في البيع
الفاسد ومعلوم ان القيمة لا تجتمع مع المسمى ولا مع جزء منه فكذلك المتعة ه والمتعة عندنا على وجهين
متعة واجبة ومتعة مستحبة فالواجبة لمطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة
مستحبة لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا والدليل على استحباب المتعة للمدخول
بها قوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وكن مدخولات ه وروي عن شريح ان رجلا طلق امرأته بعد
الدخول فقال له متعها فامتنع فقال له شريح ان كنت من المتقين او المحسنين فمتعها ولم يجبره على ذلك وقال
تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين وهذا عام ه قال ابو الحسن المتعة الواجبة على قدر حال
المرأة والمستحبة على قدر حال الرجل وكان ابو بكر الرازي يقول المتعة على قدر حال الرجل ومهر المثل على
قدر حال الزوجة والصحيح ما قاله ابو بكر لقوله تعالى وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره وجه قول ابي الحسن
ان المتعة المستحبة على قدر حال الرجل فلا معنى له لان ما لا يجب لا يتقدر وانما يرجع فيه الى اختياره ه وقد
قال ابو حنيفة وابو يوسف ان المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم وذلك لان مهر
المثل عوض في العقد فكان يجب ان يتنصف بالطلاق كالمسمى وانما اوجبوا المتعة تخفيفا على الزوج فلا يجوز
ان يزاد على ما اسقط على جهة التخفيف ه ولا ينقص عن خمسة لانها تجب على طريق العوض واقل العوض
الذي يثبت نصف العشرة ه وقد قال اصحابنا ان المتعة ثلثة اثواب درع وخمار وملحفة وقال الشافعي ثلثون
درهما وقد روي ثلثة اثواب عن سعيد بن المسيب وعطا والحسن والشعبي وقال ابن عباس ارفع المتعة الخادم ثم دون
ذلك الكسوة ثم دون ذلك النفقة والدليل على ما قلناه قوله تعالى متاعا بالمعروف وهذا اسم للعروض ولان
الاعتبار بنظيره في النكاح وهو الكسوة التي تجب لها وليس لايجاب الثلثين نظير فكان ايجاب ماله نظير في النكاح اولى
قال ابو الحسن وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فلها المتعة والاصل في ذلك ان كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول
والتسمية بطلاق او لعان او ايلا او فرقة غير ذلك فلها المتعة لان هذه الفرقة يجب معها نصف المسمى والمتعة
عوض عن ذلك عند عدم التسمية وكل فرقة جاءت من قبل المرأة قبل الدخول فلا مهر لها ولا متعة لان هذه الفرقة تمنع من
وجوب شيء من المسمى فكذلك المتعة التي هي بدل منه ه واما اذا اختار الزوج المرأة فالخيار فهذه فرقة من جهة
الزوج قامت المرأة مقامه فيجب لها المتعة قال وكل فرقة من جهته بعد الدخول يستحب فيها المتعة الا ان ترتد او
تأبى الاسلام لان الاستحباب يثبت لطلب الفضيلة والكافر لا يثبت له الفضيلة ه

باب ما يستحق به جميع المهر

قال ابو الحسن رحمه الله اذا دخل الرجل بامراته او خلا بها خلوة صحيحة ليس معها مانع من الجماع فقد وجب لها جميع الصداق والاصل في
هذا ما قدمنا ان المهر يجب بالعقد ويستقر بمعاني تنضم الى العقد فمنها الدخول لانه استيفا للمعقود عليه فيستقر
به البدل كالقبض في البيع ۞ ومنها الخلوة الصحيحة وهو ان يخلو بها وليس هناك مانع من الوطي وقال الشافعي
لا يستقر المهر بالخلوة لنا ما روي عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال قال رسول الله صلى الله عليه من كشف خمار امراة ونظر
اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل ۞ وروى زرارة بن اوفى قال قضى الخلفا الراشدون المهديون انه اذا ارخى
الستر واغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال ذنبهن اذا جا العجز من قبلكم
وعن علي رضي الله عنه انه قال اذا اغلق الباب وارخي الستر فقد وجب الصداق وعن معاذ وزيد بن ثابت مثل ذلك ۞
ولانه عقد على المنافع فاذا وجدت التخلية جاز ان يستقر البدل كالاجارة ۞ فاما الخلوة الصحيحة التي يستقر
بها المهر فهي ان تسلم نفسها وليس هناك مانع ۞ والمانع على ضربين مانع من طريق المشاهدة مثل ان يكون هناك
ثالث او يكون احدهما مريضا مرضا يمنع الجماع والضرب الثاني من طريق الحكم وهو ان يكون احدهما صايما في
رمضان او محرما بحجة فريضة او غير فريضة او تكون حايضا ۞ اما المانع من طريق المشاهدة فلان التسليم المستحق
بالعقد لم يوجد الا ترى انه لم يرض من جانبه هذا العقد بتسليم على غير هذا الوجه واذا لم يوجد التسليم المستحق صار
كالبايع اذا خلى بين المشتري وبين السلعة وهناك مانع يمنع المشتري منها وعلى هذا المريض لانه لم يرض به فلم يوجد
التسليم الذي يمكن معه الوطي ۞ واما الحيض والاحرام والصوم فهو مانع من جهة الدين والمنع من جهة الدين
اقوى من المنع من جهة الادمي فهو اولى ان يمنع استقرار البدل ۞ واختلفت الروايات في صوم غير رمضان
فقال في الرواية الصحيحة ان صوم التطوع وقضا رمضان والنذور والكفارات لا يمنع صحة الخلوة رواه بشر عن ابي يوسف
لان الضرر بالفطر فيه يسير الا ترى انه يلزمه القضا وليس كذلك صوم رمضان لانه يجب القضا والكفارة ولهذا
سوى بين الفرض والنفل لان الكفارة تجب فيهما والقضا وفيه ضرر كبير ۞ واما الرواية الاخرى وهي رواية
المنتقى قال في صوم الفرض انه كرمضان لانه منهي عن الفطر فيه بغير عذر فصار كالنفل ۞ وقد قالوا ان خلا
بامراته في مسجد او طريق او صحرا فليس ذلك بخلوة لانه يجوز ان يحصل هناك ثالث ۞ وقالوا اذا خلا بها في محمل
او قبة وارخي الستر فهي خلوة لانها في حكم البيت ۞ وقالوا لو خلا بها على سطح لا حجر عليه فليس بخلوة لانه
لا يامن ان يطلع عليه مطلع فصار كالصحرا ۞ واما اذا كان معها في البيت اعمى او نايم فليس بخلوة لان الاعمى
يحس والنايم يجوز ان يستيقظ ۞ ولو خلا بها ومعه امراة اجنبية فليس بخلوة لانه لا يحل له النظر اليها ۞
فان تزوج باختين فخلا بهما فليس بخلوة قالوا لانه لا يحل للرجل ان يجامع امراته بمشهد من امراة اخرى ۞ وكان
قول محمد بن الحسن الاول انه لو خلا بها وهناك جارية له كانت خلوة ثم رجع فقال لا يكون خلوة ووجه قوله الاول
ان الامة يجوز لها النظر اليه وليس لها حرمة كحرمة الحرة ووجه قوله الاخر ان الامة لا يجوز له النظر اليها فلا يجوز له الوطي
بمشهد منها ووطيها له حلال كالزوجة ۞ والصبي الذي يعقل كالرجل لان الانسان يمتنع عن الوطي بحضرته ۞ وان
كان لا يعقل فهي خلوة صحيحة لانه لا يمتنع عن الوطي بحضرته ۞ والمجنون والمعتوه كالصبي وان كانا لا يعقلان
فليس بخلوة وان كانا يعقلان فهي خلوة ۞ وقال ابو يوسف سالت ابن ابي ليلى عمن خلا بامراته الحايض والمحرمة والمريضة
فقال عليه المهر كاملا وهذا ليس بصحيح لان الزوج ممنوع من الوطي لحق الله تعالى فهو كالممنوع من جهة الادمي ۞
واما اذا ماتت المراة او مات الزوج استقر المهر والدليل على ذلك الاجماع ۞ ولان العدة وجبت عليها لاجل وجه
الاحتياط فاستقر المهر كما لو دخل بها وقد دل على ذلك ايضا ما روي ان النبي صلى الله عليه قضى لبروع بنت واشق وقد
مات زوجها قبل ان يدخل بها بمهر المثل فدل على ان الموت كالدخول في استقرار المهر ۞ وان قتلت الحرة
نفسها فلها المهر وقال الشافعي لنا ان المهر دين لها فلا يسقط بقتلها نفسها كساير الديون ولان قتل الادمي
نفسه لا يتعلق به حكم من احكام الدنيا فصار كموته ولا يلزم قتل المولى امته لانه يتعلق به الكفارة ۞ فان
كانت امة فقتلها مولاها فلا مهر لها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لها المهر وجه قول ابي حنيفة ان
المستحق للبدل منع المبدل قبل التسليم فقام ذلك مقام البراة من البدل كالبايع اذا اتلف المبيع ولانه عقد
على منافعها فاذا قتلها قبل التسليم سقط البدل كالاجارة ووجه قولهما ان هذه الفرقة تعلق بها الارث
الا ترى ان المولى لو زوجها ثم اعتقها واكتسبت اكسابا ثم ماتت ورثها الزوج وكل فرقة تعلق بها الارث
يستقر بها البدل كالموت ۞ واما اذا قتلت امة نفسها فقد روى هشام عن محمد عن ابي حنيفة انه لا مهر لها
وقال بشر عن ابي يوسف قياس قول ابي حنيفة ان لا مهر لها وروي عن ابي حنيفة ان لها المهر وهو قولهما وجه
الرواية التي قال لا مهر لها ان قتلها نفسها كقتل المولى بدلالة ان جنايتها كجنايته في باب الضمان وجه الرواية
الاخرى ان جنايتها على نفسها هدر فصارت كالموت واما هما فقالا انها فرقة يتعلق بها الارث كالموت ۞ قال
واذا وجب المهر بما ذكرنا لم يسقط وان جات الفرقة من قبلها لان استقرار البدل يمنع من سقوطه بعد ذلك
كاستقرار الثمن بقبض المبيع ۞ وقال في الخلوة الفاسدة ان عليها العدة لانها تتهم في الوطي والعدة
تجب بالاحتياط ۞ قال ولو خلا بالرتقا فلها نصف المهر ولا عدة عليها وذلك لان الرتق معنى يعجز الزوج الا ان
الطبيب يشقه فلم يوجد التسليم المستحق بالعقد فلم يستقر البدل ۞ ولا تجب العدة لان الوطي متعذر فيها

تجب العدة على وجه الاحتياط ۞ وكذلك قالوا في خلوة المريض لهذا المعنى ۞ فان خلا بها وهو مجبوب او خصي
او عنين ثم طلقها فلها المهر كاملا وعليها العدة وهذا قول ابي يوسف ومحمد الا في المجبوب فان لها نصف الصداق
اما العنين والخصي فيوجد منهما الوطي فخلوتهما كخلوة غيرهما واما المجبوب فوجه قول ابي حنيفة ان عقد النكاح
يوجب التسليم وليس في هذا العقد تسليم يرجا الا على هذا الوجه فكان هو المستحق بالعقد فاستقر به البدل ۞
فان قيل فما تقولون في الصحيح اذا تزوج ثم جب فخلا بها قلنا العقد انما اوجب التسليم الذي لا يمكن ان يوجد
اكثر منه فاذا طرا الجب تبقى معه عدم الوطي كما يبقى مع المرض فاذا امنع المرض الخلوة فالجب اولى ۞ واما
العدة فقد ذكر ابو الحسن عن قولهما ان عليها العدة وقال ابو يوسف في المجبوب اذا كان ينزل فعليها العدة
وانما وجبت العدة لان المجبوب قد تنقذف بالماء ويثبت نسب ولده وقد بينا ان العدة تجب على وجه الاحتياط ۞
قال ابو الحسن فان جات بولد ما بينها وبين سنتين لزمه ووجب لها جميع الصداق لانا لما حكمنا بثبوت النسب
قام ذلك مقام الدخول في استقرار المهر ۞ وقد قال ابو يوسف في المجبوب الذي لا ينزل انه لا عدة عليها
فان جات بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه والا لم يثبت كما نقول في المطلقة قبل الدخول او المعتدة اذا اقرت
بانقضا العدة ثم جات بولد ۞

باب الرجل يطلق امراته قبل الدخول وقد وهبت له الصداق قبل قبضه او بعده

قال وجملة هذا الباب ان المراة اذا وهبت لزوجها مهرها قبل قبضه
وهو عين او دين ثم طلقها قبل الدخول فلا شي له عليها وقال زفر يرجع عليها بنصف المهر وهو قول الشافعي لنا
ان الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول عاد اليه من جهتها بسبب لا يقتضي الضمان فلو ضمناها لضمناها
لاجل الهبة والهبة لا توجب على واهبها ضمانا لاجلها ۞ ولان نصف الصداق الذي يستحقه عاد اليه من جهتها
بسبب لا يوجب الضمان فلم يكن له الرجوع عليها كالنصف الاخر ۞ لزفر انها لما وهبت فقد تصرفت في البدل
فصار كما لو وهبت لاجنبي ۞ واما اذا وهبته لاجنبي فقبضه رجع عليها الزوج لان قبض الاجنبي قام مقام قبضها
فكانها قبضت ووهبت ۞ واما اذا قبضت المهر ثم وهبته للزوج فهو على وجهين كل ما تعين بالقبض اذا قبضته
ووهبته لم يرجع عليها لان الذي يستحقه بالطلاق هو نصف الموهوب بعينه وقد رجع ذلك اليه بسبب لا
يقتضي الضمان ۞ وكذلك اذا تزوجها على حيوان في الذمة او عرض في الذمة لان الذي يستحقه نصف
ذلك الشي بعينه فصار كانه تعين بالعقد ۞ واما اذا كان المهر دراهم او دنانير معينة او غير معينة او
مكيلا او موزونا في الذمة فقبضته ووهبته ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بمثل نصفه ۞ لان المستحق بالطلاق
ليس هو الذي وهبته الا ترى انها كانت مخيرة ان شات دفعت ذلك وان شات دفعت غيره فلم يعد اليه ما
يستحقه بالطلاق فكانها وهبت مالا اخر ۞ وقد روي عن زفر انه قال في الدراهم والدنانير اذا تزوجت
عليها بعينها ثم قبضتها ووهبتها انه لا رجوع للزوج عليها لانها تعينت بالعقد عنده فتتعين بالفسخ كالعروض
وهذه الرواية عن زفر مخالفة في المسالة لما حكي عنه في الباب الذي ذكرناه فان صحت هذه الرواية فلا بد ان
يكون عنه روايتان في تلك المسالة ۞ واما اذا قبضت نصف مهرها ثم وهبت النصف الباقي ثم طلقها قبل
الدخول فقال ابو حنيفة لا يرجع عليها بشي وذلك لان الذي يستحقه بالطلاق قبل الدخول ما في ذمته الا ترى
انها لو لم تكن وهبت لم يرجع عليها بشي وقد عاد اليه ما كان في ذمته بسبب لا يوجب الضمان ۞ وقال ابو يوسف
ومحمد يرجع عليها بربع المهر لان الذي يستحقه بالطلاق نصف المهر مشاعا فيما بذمته وفيما قبضت الا انها اذا لم تكن
وهبته صار ما في ذمته قصاصا بما لها عليها فاذا وهبت بقي حقه في نصف ما بيدها فرجع به عليها ۞ وقد قالوا
في المراة اذا قبضت المهر وهي جارية فولدت او جني عليها فوجب الارش او كان نخلا او شجرا فاثمر او دخله عيب ثم
وهبته ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بمثل نصفه ان كان له مثل وذلك لان حق الزوج لم يكن متعلقا به الا ترى
انه لا يجوز اخذه مع الزيادة ويجوز تركه مع العيب فاذا لم يتعلق حقه به فلم يرجع اليه بالهبة ما استحقه
بالطلاق فكان له تضمينها ۞ واما اذا زاد المهر في بدنه فوهبته له ثم طلقها ضمنتها عند ابي حنيفة وابي يوسف
على اصلهما ان الزيادة المتصلة تمنع من الفسخ ولم تضمنها عند محمد على اصله ان هذه الزيادة لا تمنع من الفسخ ۞
قال ابو الحسن فان باعته المهر او وهبته على عوض او تصدقت به على عوض ثم طلقها رجع عليها بمثل نصفه
ونصف قيمته فيما لا مثل له وذلك لان المهر عاد الى الزوج بسبب يتعلق به الضمان فاذا وجب له الرجوع ضمنها
كما لو باعت من اجنبي ثم اشتراه الزوج من الاجنبي ۞ فان كانت باعت قبل القبض فعليها نصف القيمة يوم البيع
لانه دخل في ضمانها بالبيع ۞ وان كانت قبضته ثم باعت فعليها نصف القيمة يوم القبض لانه دخل في ضمانها بالقبض ۞

باب الخلع

الاصل في جواز الخلع قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله ۞ وروي عن عكرمة عن ابن عباس ان جميلة
بنت سلول اتت النبي صلى الله عليه فقالت والله ما اعيب على ثابت بن قيس في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام
لا اطيقه بغضا فقال لها النبي صلى الله عليه اتردين عليه حديقته قالت نعم فامره النبي صلى الله عليه ان ياخذ منها ما ساق اليها ولا يزداد

قال ابن جريج فيهما انزلت ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيا الى قوله فلا تعتدوها يقول لا تاخذوا لكم مما اعطيتموهن والخلع
عندنا طلاق وقال الشافعي فسخ وفايدة الخلاف انه لو خالعها ثم تزوجها عادت اليه بتطليقتين عندنا وقال الشافعي تعود بثلث
لنا انها فرقة بعوض كالطلاق على مال ولا حجة لهم في قوله تعالى الطلاق مرتان ثم قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك
حدود الله ثم قال فان طلقها فلو كان الخلع طلاقا كان في الاية اربع تطليقات وذلك لان الله تعالى ذكر تطليقتين بغير عوض
ثم ذكرها بعوض ثم ذكر الثالثة فلا يكون في الاية اكثر من ثلث ولهذا المعنى قال اصحابنا اذا قال لها خالعتك ونوى الطلاق ولم
يذكر عوضا كانت طالقا لانه من كنايات الطلاق ولو نوى به ثلثا كان ثلثا كقوله انت باين   قال الخلع عندنا عبارة عن
عقد الطلاق بعوض والدليل عليه ما قالوا في الرجل يقول لاخر اخلع امراتي فخلعها بغير عوض لم يصح   وقالوا لو قال
لامراته اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي بالف جنيه وقف على اجازة الزوج فدل على ان الخلع عبارة عما كان فيه عوض
قال اذا قال الزوج خالعتك ونوى به الطلاق لم يكن خلعا في الحقيقة وانما هو كناية من الطلاق   وقد قال اصحابنا
ان الرجل اذا قال لامراته خالعتك على الف فقبلت وقال لم انو به الطلاق لم يصدق لان ذكر العوض تصير كدلالة
الحال   ولان الخلع لا يكون الا عقدا والخلع يفتقر الى الايجاب والقبول ليقع به الفرقة من جهة الزوج ويستحق
العوض من جهة المراة ويختلف حكم الايجاب والقبول فيه   فان ابتدا الزوج فقال خالعتك على الف درهم لم يصح
رجوعه عن ذلك ولم يبطل بقيامه من المجلس قبل قبولها ولم يقف على حضورها بل المجلس يجوز ان كانت غايبة فاذا
بلغها فلها القبول في مجلسها ويجوز ان يعلق ذلك بشرط او بوقت فيقول اذا جاء غد فقد خالعتك على الف درهم واذا قدم
زيد فقد خالعتك على الف درهم فالقبول اليها بعد مجي الوقت وقدوم زيد فان قبلت ذلك لم يجز   وانما كان كذلك
لان الزوج من جهته الطلاق وايجاب الطلاق لا يصح الرجوع عنه ويجوز تعليقه بالشرط   فاما اذا ابتدات المراة فقالت
خلعت نفسي منك بالف درهم فذلك كايجاب البيع يجوز ان ترجع عنه قبل قبوله ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه
ولا يقف على غايب ولا يجوز ان يتعلق بشرط ولا وقت لان الذي من جهتها المال والايجاب في المال [illegible] يبطل
بالافتراق ولا يتعلق بالشرط كالبيع وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة اذا خالعها وشرطت لنفسها الخيار جاز وقالا
لا يجوز لابي حنيفة ان الذي من جهتها تمليك المال وشرط الخيار يجوز في تمليك المال بعوض كالبيع لهما
انه عقد لا يحتمل الفسخ وخيار الشرط مشروط للفسخ   وقد قال اصحابنا ان النشوز والكراهة اذا كان من الرجل
لم يحل له اخذ العوض ويكره له اخذ ما زاد على ما اعطاها لما روي عن النبي عليه السلام انه قال لثابت بن قيس خذ ما سقت
اليها ولا تزدد   ولانه اذا اخذ اكثر مما اعطاها فقد اضر بها وهو ممنوع من الاضرار   وان كان النشوز من قبله
فلا ياخذ عوضا وان كان من قبلها فاخذ اكثر مما اعطاها جاز ذلك في الحكم ولزمه وهو مكروه في الدين وقال نفاة القياس لا يجوز
لنا ما روي ان امراة نشزت من زوجها في عهد عمر رضي الله عنه فامر بها فحبست في بيت الزبل ثلث ليال ثم دعاها فقال كيف وجدت مبيتك
فقالت ما بت منذ كنت عنده اقر لعيني منهن فقال لزوجها اخلعها ولو بقرطها   قال قتادة يعني بمالها كلها
وروي ان مولاة لصفية بنت ابي عبيد زوجة ابن عمر اختلعت بجميع مالها فلم ينكر ذلك ابن عمر   ولان كل عقد
جاز فيه العوض القليل جاز فيه العوض الكثير كساير العقود   قال ابو الحسن وكل ما جاز ان يكون
مهرا في عقد النكاح فالخلع عليه جايز وهو لازم للمراة في الحكم وذلك لان الخلع عقد على البضع كالنكاح فما جاز ان يثبت
في احد العقدين جاز ان يثبت في الاخر   فان كان مما يثبت الا ان الزوج بالخيار بين ان يعطيه او قيمته فكذلك
المراة تكون بالخيار وهذا مثل الحيوان المطلق وذلك لما بينا ان احد العقدين معتبر بالاخر فاذا كان الحيوان اذا سمي
في احدهما ثبت الخيار بينه وبين قيمته فكذلك الاخر   قال وان كان محرما لا يجوز عليه عقد النكاح مثل الخمر والخنزير
والميتة والدم فان قبل الزوج ذلك منها وقعت الفرقة بينهما ولا شي على المراة من الجعل ولا ترد من مهرها شيئا وذلك
لان هذه الاشيا لا يجوز ان تكون عوضا في حق المسلمين ولا يملكونها بالعقود فلا تصح تسميتها   ولا يجب للزوج
شي لانه رضي بما لا قيمة له وخروج البضع عن ملكه ليس له قيمة فلا يرجع بشي   وليس كذلك النكاح لان العوض
لا يسقط فيه برضاها فاذا سمي ما لا قيمة له صار كسكوتها عن العوض ودخول البضع في ملك الزوج متقوم فلذلك
وجب مهر مثلها   وان خالعها على شي اشارت اليه مجهول مثل ان تقول على ما في بطن غنمي او نخلي او جاريتي من ولد او
على ما في ضروعها من لبن او من نخلي او شجري من ثمر فان كان هناك شي فهو له وان لم يكن هناك شي ردت عليه ما
استحقت عليه بعقد النكاح   والاصل في جواز تسمية الحمل واللبن والثمر في الخلع خلاف ما قال الشافعي انها
عين يجوز استحقاقها بالوصية فجاز تسميتها في الخلع كساير الاعيان   ولهذا فرقوا بين النكاح والخلع في باب
تسمية هذه الاشيا لان الخلع رفع للعقد ورفع العقد قد يسوغ فيه من باب التسمية ما لا يتسامح في العقد الا ترى
ان الاقالة تجوز بغير ذكر عوض وان كان البيع لا يصح الا بعوض مذكور واذا لم يكن هناك شي فقد غرته بتسمية
شي له قيمة فلا يجوز ان يزول ملكه بغير عوض ولا يمكن الرجوع الى قيمة هذه الاشيا لانها مجهولة في نفسها
ولا الى قيمة البضع لانه لا يتقوم في خروجه من ملك الزوج فوجب الرجوع الى ما تقوم في ملك الزوج وهو ما استحقته
المراة من المسمى او مهر المثل   وكذلك ان قالت على ما في يدي او بيتي من متاع وذلك لانها اشارت الى عين معلومة
مجهولة فهي كالثمر والحمل   فان كان هناك متاع استحقه وان لم يكن فقد غرته بتسمية ما له قيمة فيرجع عليها بالمهر
فان قالت على ما في بطون غنمي او ضروعها او على ما في نخلي او شجري او بيتي ولم تزد على ذلك فان كان الخلع به

وان لم يكن فلا شي له   وذلك لانها لم تسم ما هو متقوم الا ترى انه قد يكون في البطن ما له قيمة وما لا قيمة له وكذلك في اليد والبيت
فاذا لم تغره والرجوع بحكم الغرور لم يرجع عليها بشي   وان قالت قد اختلعت منك على ما تلد غنمي او تحلب او تثمر شجري او نخلي
او ما ربحت العام او على ما استغل من عقاري فقبل وقعت الفرقة وعليها ان ترد ما استحقت من المهر ان تم النخل والشجر
او لم يثمر   وذلك لانها سمت مجهولا وخطرا يجوز ان يكون ويجوز ان لا يكون وكل واحد من الامرين يوثر في العقود فاذا
سومح باحدهما لم يتسامح بهما واذا لم يصح التسمية فلا معتبر بالعين لانها قد سمت ما له قيمة فوجب الرجوع بالمهر   فان
قالت له اخلعني على ما في يدي من دراهم او دنانير او فلوس فان كان في يدها شي فهو له وان لم يكن في يدها ذلك فعليها من كل
صنف سمت ثلثة من الدراهم والدنانير عددا او من الفلوس وذلك لانها لما سمت الدراهم باسم الجمع تعلق العقد بالتسمية فان كان
في يدها ثلثة فصاعدا استحقها لان العقد وقع عليها والجهالة لا توثر وان لم يكن في يدها شي او كان في يدها اقل من ثلثة
فله ثلثة لانها اقل الجمع   والمستحق اقل ما يتناوله الاسم لانه متيقن   والخلع عندنا جايز عند السلطان وغير
السلطان وذلك لانها فرقة لا تقف سببها على الحاكم فلا تقف على الحاكم كساير الفرق   وعلى المراة من العدة ما عليها
في الطلاق وذلك لما بينا ان الخلع طلاق   ولان العدة تجب في الفرق طلاقا كانت او غير طلاق   واما الطلاق على مال
فهو في احكامه كالخلع وذلك لانها فرقة بعوض فما يعتبر في احدهما يعتبر في الاخر   الا انهما يختلفان في جهة وهو
ان الخلع اذا وقع على عوض لا قيمة له بطل العوض وبقي الطلاق باينا لانه لفظ كناية والفرقة الواقعة بالكنايات
التي لم تجر مجرى الصريح باينة   واما الطلاق اذا سميا فيه ما لا قيمة له بطل والطلاق رجعي لان صريح الطلاق يقتضي
الرجعة وانما تثبت البينونة باستحقاق العوض فاذا بطل العوض بقي مجرد الطلاق الصريح فتثبت الرجعة
وانما قلنا ان الطلاق على مال يكون باينا لان الزوج ملك عليها العوض فوجب ان تملك ما في مقابلته كساير الا
عواض   ولان غرضها في بذل العوض ان تتخلص من الزوج فلو كان رجعيا لراجعها فذهب مالها بغير شي وهذا
لا يجوز   فان خالعها على حكمه او حكمها او حكم اجنبي الى اخر ما ذكره فجملة هذا ان الخلع على الحكم خلع
على تسمية فاسدة لانها تجمع جهالة كثيرة وخطرا والواجب في التسمية اذا دخلتها الجهالة والخطر ان يرد المهر الذي
استحقته كما بينا وانما وجب المهر لان التسمية لما بطلت ما تقع في الحكم والحكم لا يقع الا بمعلوم فقد غرته حين
سمت ما يتقوم الا انه لا يتحصل فوجب الرجوع الى مهرها   ثم لا يخلو اما ان يكون الحكم الى الزوج فان حكم
بمقدار المهر او اقل اجبرت على تسليم ذلك لانه حكم بالمستحق او حط بعضه وهو يملك حط بعضه   فان
حكم باكثر من المهر لم يلزمها الزيادة لانه اوجب لنفسه اكثر من المستحق فلا يصح الا برضاها   وان كان
الحكم اليها فان حكمت بمثل المهر او اكثر جاز ذلك واجبر الزوج على القبول لانها قضت بالمستحق او زادت
عليه وهي تملك بذل الزيادة   وان حكمت باقل من المهر لم يجز الا برضا الزوج وذلك لانها حطت بعض ما عليها وهي
لا تملك الحط   وان كان الحكم الى الاجنبي فان حكم بمهر المثل جاز وان حكم بزيادة او نقصان لم يجز الزيادة
الا برضا المراة والنقصان الا برضا الزوج لان الاجنبي لا يملك اسقاط حق كل واحد منهما   قال ابو حنيفة اذا
خالعها او باراها اسقط كل حق تعلق بعقد النكاح عنهما فان كان ذلك قبل الدخول لم يتبع المهر اليها لم يكن
لها المطالبة بنصفه وان لم يذكر ذلك في الخلع وان كانت قبضت المهر فلا رجوع للزوج عليها بشي   وقال ابو يوسف
في المباراة مثل قول ابي حنيفة وقال في الخلع لا يسقط الا ما سمياه   وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه   لابي حنيفة
ان المباراة مفاعلة من البراءة يقتضي اسقاط كل واحد منهما الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه امثاله
المتجاحدان في الديون اذا اصطلحا على مال سقط بالصلح كل ما تنازعا فيه   فاما الخلع فهو ماخوذ من انخلاع
الشي من الشي وذلك يقتضي سقوط الحقوق فحل محل البراءة   لابي يوسف ان المباراة صريح في البراءة والخلع
ليس في لفظه ما يقتضي البراءة فيسقط به ما سمياه دون غيره   لمحمد انه طلاق بعوض فلا يسقط فيه ما لم
يشترط اسقاطه كالطلاق على مال   ولانه لا يسقط الديون التي لم تتعلق بالنكاح لانهما لم يسمياها فكذلك ما
يتعلق بالنكاح   ولانه لا يسقط النفقة وهي من احكام النكاح فكذلك المهر   الجواب اما الديون
التي لا تتعلق بالعقد فلم تقع المنازعة فيها ولا في سببها فلا تسقط بالعقد الذي مسلمنا في المنازعة انما تقع في حقوق
هذا العقد وهما يقصدان بالخلع ازالة العقد بينهما وذلك لا يكون الا باسقاط حقه   واما النفقة فلانها حق لم
يجب والبراءة انما تسقط ما وجب من الحقوق وما يجب بعدها لا يوثر فيه   قال ابو حنيفة اذا قالت لزوجها
طلقني ثلثا على الف درهم فطلقها واحدة وقعت بغير عوض وقالا يقع بثلث الالف لابي حنيفة انها علقت فيها معنى الشرط فقد
جعلت ايقاع الثلث شرطا في استحقاق العوض فلا يستحق ببعض الشرط ولهما ان فيها معنى العوض فانقسمت الالف على التطليقات
فكان في مقابلة كل واحدة من الثلث الثلث   الا ترى انه اذا قال لها طلقي نفسك ثلثا بالف فطلقت واحدة لم يعوض
بالبينونة الا بكل الالف فلم يجز وقوع البينونة ببعضها واذا امر بالطلاق فقد طلبت البينونة بالالف فاذا اوقع
واحدة فقد ابانها وذلك فعل ما طلبت وزيادة فلذلك جاز   ولا يلزم اذا قال له امراتين طلقنا على الف
فطلق احديهما لانه لا غرض لكل واحدة منهما في الطلاق الاخرى فلم يعتبر معنى الشرط ولهما غرض في اجتماع تطليقتين
لان ذلك اقرب الى التحريم وابعد من الرجوع فلذلك اعتبر معنى الشرط   لهما انه جعل الالف في مقابلة التطليقات
الثلث فانقسمت عليها كما لو قالت طلقني ثلثا بالف   فاما اذا قالت له طلقني واحدة بالف فقال انت طالق ثلثا

وتقع عند أبي حنيفة بغير شيء لأنه عدل عما سألته إذ الثلث لا تعتبر بإزاء الواحدة فصار كالمبتدئ للطلاق فتقع الثلث بغير شيء ✽ وقالا يقع الثلث واحدة منها بالألف لأن الواحدة في مضمون الثلث فقد أوقع ما سألته وزيادة فكأنه قال أنت واحدة وواحدة وواحدة ✽ وأما إذا قالت له طلقني واحدة بألف فقال أنت طالق ثلاثا بألف وقف ذلك عند أبي حنيفة فإن قبلت جاز وإلا بطلت لأنه عدل عما سألته وابتدأ طلاقا بعوض فيقف على قبولها وعلى قولهما تقع الثلث واحدة منها بالألف كما سألت واثنتان بغير شيء ✽ وحكى أبو بكر عن أبي الحسن أنه قال رجع أبو يوسف في هذه المسألة إلى قول أبي حنيفة وذلك لأن الزوج جعل الألف في مقابلة ثلث تطليقات وهذا غير ما سألت فصار ذلك كابتداء كلام فيقف على قبولها ✽ وقد ذكر أبو يوسف في الأمالي أن الثلث تقع واحدة منها بثلث الألف واثنتان تقف على قبول المرأة وهذا صحيح لأنها جعلت في مقابلة الواحدة ألفا فإذا أوقعها بثلثها فقد زادها خيرا فأما التطليقتان بثلثي الألف فوقف ذلك على قبولها ✽ قال أبو حنيفة إذا قالت له طلقني ثلثا ولك الألف فطلقها فلا شيء له وقالا له الألف لأبي حنيفة أنها ذكرت الألف غير متعلقة بالطلاق ألا ترى أن من قال لامرأته أنت طالق وزينب في الدار لم يقف الطلاق على الشرط وإذا لم يتعلق التطليقات بالعوض لم يستحق شيئا لهما أنه لا فرق في الأعواض بين الواو والباء ألا ترى أن من قال احمل هذا بدرهم أو احمله ولك درهم استحق العوض في الوجهين فكذلك في مسألتنا ✽ الجواب أن الطلاق لا يقف وقوعه على عوض فإذا لم يذكر لفظ العوض وقع بغير شيء والإجارة لا تصح إلا بعوض فحمل اللفظ على العوض تصحيحا للعقد ولأن في الإجارات قد جرت العادة باستعمال هذا اللفظ ولم تجر مثله في الطلاق ✽

باب الإيلاء

قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والإيلاء في اللغة اليمين والألاء قليل الألا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت وقد صار في الشريعة عبارة عن اليمين على ترك الوطء في الزوجة مدة مخصوصة وهذا التخصيص لا تعرفه العرب فالاسم شرعي فيه معنى اللغة ✽ وقد كان الإيلاء طلاق أهل الجاهلية فجعلته الشريعة طلاقا مؤجلا يتعلق بمضي المدة إذا عدم الفيء فيها والأصل في انعقاده الآية ✽ وقد قال أصحابنا أن الإيلاء لا يكون إلا بالحلف على ترك الوطء في الفرج أربعة أشهر فصاعدا في الحرة وقال نفاة القياس يصح وإن حلف على ترك الوطء ساعة والدليل على ما قلناه قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فخص التربص بهذه المدة فلو صحت اليمين على ما دونها لم يكن لهذا التخصيص معنى ✽ ولأنه إذا عقد على ما دونها فمضت المدة فهو ممتنع من وطئها بغير يمين فلا يقع عليها الطلاق كمن ترك وطء امرأته ✽ وقد قال أصحابنا أنه إذا حلف على أربعة أشهر كان موليا وقال الشافعي لا يكون موليا حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر لنا قوله تعالى تربص أربعة أشهر والمدة المذكورة في القرآن للتربص لا تجوز الزيادة عليها كمدة العدة والفيء المذكور هو الوطء في المدة مع القدرة على الوطء وقال الشافعي الوطء بعد المدة لنا ما روي في قراءة ابن مسعود فإن فاءوا فيهن ✽ ولأن الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم ثم قال فإن فاءوا ثم قال وإن عزموا الطلاق فهذه الفاء للتقسيم وأحد القسمين يكون في المدة والآخر بعدها كقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف لما ذكر المدة جاء بالفاء للتقسيم كانت الرجعة في المدة والبينونة بعدها ✽ قال وعزيمة الطلاق عندنا ترك جماعها باليمين أربعة أشهر فإن مضت قبل أن يجامعها بانت وقال الشافعي إذا مضت المدة وقفه الحاكم وقال له إما أن تطلق أو تطأ ✽ وقد ذكر أبو الحسن مثل قولنا عن علي وابن مسعود وزيد وعثمان وابن عمر وابن عباس ومسروق وشريح والحسن وابن سيرين وابن الحنفية وابن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول ومجاهد رضي الله عنهم والدليل على ما قلناه أن الإيلاء كان طلاقا معجلا في الجاهلية فأجلته الشريعة والطلاق المؤجل يقع بمضي المدة من غير إيقاع أصله إذا أجله الزوج فقال لها أنت طالق رأس الشهر ✽ قال أبو الحسن وكل يمين منعت جماع حرة أربعة أشهر فصاعدا إلا بحنث يوجب الكفارة فهو مولي وهذا الذي ذكره ليس بحد الإيلاء لأنه لا يشتمل على جميعه وإنما ذكر جملة ما يوجد الإيلاء فأما الحد فقد قال أصحابنا كل يمين في زوجة منعت جماع المدة المشروطة إلا بمعنى يلزمه متعلق باليمين أو بتعيين إيلاء وإنما كان ما ذكره أبو الحسن إيلاء لوجود هذا الحد فيه وإن كان ما ذكره غير عام ✽ قال أبو الحسن وكذلك الأمة إذا كانت اليمين تمنع جماعها شهرين فصاعدا وقال الشافعي مدة إيلاء الأمة كمدة إيلاء الحرة لنا أنها مدة وردها القرآن بلفظ التربص فكان للرق تأثير في نقصانها كمدة العدة ✽ قال أبو الحسن وسبيل الأمة في الفيء وعزيمة الطلاق في مدة إيلائها كالحرة لأن حكم الإيلاء إنما ثبت في الحرة لأنه قصد الإضرار بها فعوقب بترك المدة وهذا المعنى موجود في الزوجة الأمة ✽ قال ولا يكون اليمين إيلاء إلا وأن يحلف على الجماع في الفرج خاصة وذلك لأن الإيلاء ثبت حكمه لأنه قصد منع حقها وحق المرأة الجماع في الفرج دون غيره ✽ قال وكل يمين يلزمه بها معنى غير الكفارة فهو على ضربين منها ما يكون موليا ومنها ما لا يكون فيه موليا وفي ذلك خلاف سنبينه بعد هذا ✽ وكأن أبا الحسن لما لم يستتم له الحد الذي يطرد وينعكس ذكر الطرد ثم فسر العكس ليبين أن الكلام الأول لا يستغرق استغراق الحدود ✽ قال محمد في رجل حلف وقال والله لا يمس جلدي جلدك إنه ليس بمولي وذلك لأنه يحنث بغير جماع والإيلاء ما يقف الحنث فيه على الجماع ولأنه يقدر على جماعها بغير مماسة الجلد إذا لف ذكره بحريرة ✽ قال أبو الحسن وإذا وقعت تطليقة

مضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر أخرى وهي في العدة لم يقع طلاق آخر والأصل في هذا أن الفرقة التي تقع بمضي المدة طلاق بائن وذلك لأنه يقع من طريق الحكم والفرقة الحكمية بائنة ولأنا نوقع الفرقة لتخليصها من زوج يمنعها حقها لتتوصل إلى تزوج لا يمنعها حقها فلو جعلناها رجعية لراجعها فلم يكن يحصل الغرض ✽ وإذا ثبت أن الفرقة بائنة وابتداء المدة الثانية عقيب الأولى يحصل ابتداؤها وهي بائنة لا حق لها في الوطء فلا يتعلق بالإيلاء فرقة ✽ قال فإن تزوجها بعد مضي الأربعة الأشهر ثم مضت أربعة أشهر منذ تزوج بانت بأخرى وكذلك إن تزوجها ثالثة وذلك لأن المولي إذا طلق بالإيلاء فكأنه قال أنت طالق كلما مضى أربعة أشهر لا أطأك فيها فإذا بانت سقط حقها عن الوطء فسقط حكم الإيلاء فإذا تزوجها عاد حقها في الوطء واليمين على حالها لم تنحل فيعود الإيلاء وهذا فرع على أصلنا أن زوال الملك لا يوجب بطلان اليمين وبيان ذلك في كتاب الأيمان ✽ فإن تزوجها بعد وقوع الثلث تطليقات فمضت أربعة أشهر لم يطأها لم يقع عليها شيء عندنا لأنه استوفى طلاق الملك الذي حلف فيه واستفاد طلاقا لم يكن في ملكه يوم اليمين ولا أضاف يمينه إليه ولا هو تابع لما كان في ملكه فلم يقع ✽ وقال زفر يقع عليها وبنى على أصله أن استيفاء طلاق الملك لا يمنع وقوع الطلاق باليمين ✽ وكذا إذا آلى منها ثم أبانها فمضت أربعة أشهر وهي في العدة وقعت أخرى بالإيلاء وذلك لأن ابتداء الإيلاء كان وهي زوجة فصح الإيلاء فإذا أبانها صارت مبتوتة والمبتوتة يلحقها البينونة بعقد سابق وإن كانت لا يلحقها ابتداء على ما بينا في الطلاق ✽

باب اليمين التي يصير الحالف بها موليا

قال رضي الله عنه جملة هذا الباب أن اليمين على ضربين يمين هو قسم وهو ما اقتضى تعظيم المقسم به ويمين هو شرط وجزاء ✽ فالنوع الأول ما كان حالفا باسم من أسماء الله تعالى كقوله والله والرحمن والرحيم والكبير والجليل والقاهر والقادر واللطيف والخبير ✽ والصفة على ضربين ما كان من صفات الذات فهو يمين كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وقدرته وكذلك إذا قال فالله وتالله ✽ فأما قوله وعلم الله فالقياس أن يكون يمينا والاستحسان لا يكون ✽ وصفات الفعل لا يكون بها موليا كقوله وغضب الله وسخطه ورحمته وثوابه وذلك لأن اليمين بالاسم منعقدة فيه لأن الواجب تعظيم المقسم ويحرم عليه هتك حرمته فأما صفات الذات فذكرها كذكر الموصوف لأنها لا تنفرد عنه ✽ وأما صفات الفعل فهي غير الله والحلف بغير الله لا يكون يمينا ✽ وقد كان القياس في علم الله أن يكون يمينا لأن العلم من صفات الذات ولكنهم استحسنوا وقالوا العلم يذكر ويراد به المعلوم فيقول القائل اللهم اغفر لنا علمك فينا يريد معلومك والحلف بمعلوم الله تعالى ليس بيمين ✽ فأما لفظ القسم فهو الباء والواو والتاء وأصلها الباء لأنه أعم الحروف ألا ترى أنه يدخل على القسم بالله وبغيره وبالمضمر والمظهر ✽ والواو أخص منها لأن الواو يدخل على المظهر دون المضمر والتاء أخص منها لأن العادة جرت من العرب بالحلف بذلك فصار قسما ✽ وكذلك لعمر الله لأن العمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقي وكذلك أقسم أو أقسم بالله وقال زفر إذا قال أقسم لا يكون يمينا لقوله تعالى إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون والاستثناء يدخل على الأيمان ولم يقل إذ أقسموا بالله ✽ وأما إذا قال أقسم بالله فقد صرح بالقسم فأولى أن يكون يمينا ✽ وإذا قال أحلف أو أحلف بالله فهو يمين وقال زفر أحلف لا يكون يمينا لنا قوله تعالى يحلفون ما قالوا ✽ وأما إذا قال أشهد أو أشهد بالله فهو يمين لقوله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة ✽ وأما زفر فقال في جميع ذلك إذا لم يذكر اسم الله فليس بيمين لأنه يحتمل أن يكون القسم به أو بغيره ✽ وأما إذا قال علي عهد الله أو ميثاقه أو ذمته فهو يمين لقوله تعالى وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها فدل على أن العهد يمين والميثاق في معنى العهد فأما الذمة فلقوله صلى الله عليه فإن أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تفعلوا فإنكم إن تخفروا ذممكم وذمم آبائكم خير من أن تخفروا ذمة الله ✽ وأما إذا قال أنا بريء من الإسلام أو نصراني أو يهودي أو مجوسي فهذا كله يمين وذلك لقوله عليه السلام من حلف بملة غير ملة الإسلام فهو كما قال فسمى ذلك حلفا ✽ ولأن الكفر محرم على التأبيد لحق الله تعالى فهو كحرمة اسمه التي حرم هتكها على التأبيد ✽ ولذلك إن قال إن قربتك فعلي يمين أو كفارة يمين فإن اليمين إنما يصير بها موليا لأنه لا يتوصل إلى الوطء إلا بالكفارة فإذا التزم الكفارة فهو مثله ✽ وقد قالوا فيمن قال إن قربتك فعلي نحر ولدي فهو مولي وعند محمد لا يكون موليا وهذا فرع على أن النذر به يوجب ذبح شاة وذلك من جملة الكفارات ✽ ولو قال إن قربتك فعلي حجة أو عمرة فهو مول لأن الحج والعمرة من أحكام الأيمان ألا ترى أنها توجب الكفارة لمقتضاها ولا يتوصل إليها إلا بالمال في الغالب ✽ فإن قال فعلي هدي فهو مثله لأن الهدي من جملة الكفارات ✽ فإن قال فعلي صدقة فمثله لأن الصدقة من أحكام الكفارة وهي الإطعام ✽ فإن قال فعلي صيام فهو مولي لأن الصيام من أحكام الكفارة وكذلك الاعتكاف لأنه لا يصح إلا بالصوم ✽ وأما القسم الثاني من الأيمان وهو الشرط والجزاء فيمين لا يعرفها أهل اللغة وإنما يعرفون القسم والشرط والجزاء صار يمينا بعرف أهل الشريعة إذا أتى للامتناع ولم تجر عادة بخلاف ذلك وإذا كان هذا من أيمان

الشرع صار كالقسم واذا قال ان وطيتك فعبدي حر او فلانة طالق او هي كظهر امي فهو مولي لانه لا يتوصل الى الوطي الا بمعنى يلزمه من احكام اليمين. وان قال ان قربتك فعلي ان اصلي ركعتين او اغزو لم يكن موليا في قول ابي حنيفة وابي يوسف وكان موليا عند محمد وزفر والحسن بن زياد وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان الصلوة ليست من احكام الايمان فصار ايجابها كايجاب صلوة الجنازة وسجدة التلاوة. لمحمد ان الصلوة يصح ايجابها بالنذر كالصوم والحج. قال محمد واختلافهما ان الحج فيه معنى المال والصلوة ليس فيها معنى المال لا يقتضي التفرقة بينهما الا ترى انه لو قال لله علي ان اصلي ركعتين في بيت المقدس لم يكن موليا وان كان لا يتوصل الى ذلك الا بالمال واما صلوة الجنازة فلانه لا يصح ايجابها لان فعلها وقعت واجبة بالشرع لا بايجابه وسجدة التلاوة لا تجب الا بالتلاوة. وقد قالوا فيمن قال ان قربتك فلله علي صوم شهر كذا فان كان ذلك الشهر يمضي قبل الاربعة الاشهر فليس بمولي لانه اذا مضى امكنه الوطي في المدة من غير شي يلزمه. وان كان لا يمضي الا بعد الاربعة الاشهر فهو مولي لانه لا يتوصل الى وطيها في المدة الا بصيام يلزمه. وقد قالوا فيمن قال انا منك مولي فان عني الخبر بالكذب فليس بمولي فيما بينه وبين الله لان لفظه لفظ الخبر ولا يصدق في القضا لان الظاهر من كلامه الصفة. فان عني الايجاب فهو مولي فيما بينه وبين الله وفي القضا لانه موقع الايلا بهذا اللفظ وهو يملك ايقاعه. وان قال ان قربتك فانت علي حرام ينوي الطلاق فهو مولي عندهم جميعا لانه لا يتوصل الى وطيها الا بحنث يلزمه. فان نوى اليمين فهو مولي عند ابي حنيفة لانه لا يتوصل الى وطيها الا بمعنى يلزمه وهو التحريم فصار كقوله انت علي كظهر امي. وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون موليا لان الحرام اذا نوى به اليمين فهو ايلا فصار كانه قال ان قربتك فوالله لا اقربك. وان قال فانت علي مثل امراة فلان وقد كان فلان آلى من امراته وان نوى الايلا كان موليا لانه شبهها بها في باب اليمين فتساويا. وان لم ينو اليمين ولا التحريم لم يكن موليا لان التشبيه لا يقتضي الاشتراك في الصفات كلها. ولو آلى من امراته وقال للاخرى قد اشركتك في ايلايها كان باطلا لان الشركة تقتضي ان لا يحنث الا بوطيهما وهذا تغيير لموجب اليمين لان الشركة تقتضي ان تكون المدة منهما فيصيب كل واحدة منهما اقل من اربعة اشهر وهذا يمنع الايلا. قال محمد محتجا في ذلك في املا الكيساني لو صح الاشتراك لاشرك معها في اليمين اجنبية فلم يحنث بوطي زوجته شي ولم يتعين في الاجنبية ايلا وهذا ابطال الحكم الايلا. قال محمد لو قال لامراته انت علي حرام ثم قال لامراة له اخرى قد اشركتك معها كان موليا منهما لما قدمنا ان التحريم تعلق جملة حنث بفعل بعضه والشركة لا تغير موجب اليمين. وان قال كل مملوك املكه فيما استقبل حر او كل امراة اتزوجها فهي طالق فهو مولي عند ابي حنيفة ومحمد وذلك لانه لا يتوصل الى الوطي الا بحنث يلزمه الا ترى انه اذا وطي يحنث في كل امراة يتزوجها عند الزوج فصار كقوله كل امراة لي طالق. وقال ابو يوسف لا يكون موليا لانه يقدر ان يمتنع من التزويج والملك فيتوصل الى الوطي بغير شي يلزمه. وقال ابو حنيفة ومحمد اذا قال ان قربتك فعبدي حر فهو مولي لانه لا يتوصل الى الوطي والحال هذه الا بالحنث. وقال ابو يوسف ليس بمولي لانه يقدر على بيع العبد فيطاها في المدة من غير شي يلزمه. قال ابو الحسن ومن حلف بشي غير الله لم يكن موليا ولم يكن عليه الكفارة وذلك لقوله صلى الله عليه لا تحلفوا بابايكم ولا بالطواغيت من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليصمت. وقال عليه السلم لعمر رضي الله عنه وقد حلف بغير الله فقد اشرك. واما ما يقع الحلف عليه حتى يصير موليا بان يحلف ان لا يجامعها لانه منعها حقها من الوطي. ولذلك اذا حلف لا يقربها لان القرب المضاف الى الزوجة المراد به الوطي. وكذلك لا يباضعها لان المباضعة مفاعلة من ملاقاة البضع بالبضع. وكذلك لا يغتسل منها لان الاغتسال منها لا يكون الا عند الوطي في الفرج فاما بالوطي في غير الفرج فالاغتسال ليس منها وانما هو من الانزال. وكذلك ان قال ان اتيتك او اصبت منك يريد الجماع لان هذا من كنايات الجماع. وكذلك ان وطيتك لان الوطي اذا اضيف الى الزوجات افاد الجماع. وكذلك اذا قال ان افتضضتك وهي بكر لان الافتضاض لا يكون الا بالجماع الطه. فان قال لا يمس جلدي جلدك فليس بمولي لانه يحنث بغير الجماع. وكذلك ان حلف لا يمسها وكذلك لا يضاجعها ولا يقرب فراشها وقال لم اعن الجماع فهو مصدق في القضا وذلك لانه يقدر على جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش. وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال ان اجتمع راسي وراسك فعبدي حر ان عني الجماع فهو مولي وان لم يعن الجماع فلا يجتمعان على فراش ولا مرفقة وله جماعها من غير اجتماع على فراش ولا شي يجتمع روسهما عليه. فان قال والله لا يجتمع راسي وراسك وسادة او لا يوويني واياك بيت او لا ابيت معك في فراش فان عني الجماع فهو مولي وان لم يكن له نية فهو على ان لا ياوي ولا يبيت على فراش ولا يجتمعان على وسادة ويطاها على الارض والبواري. فان عني الجماع دون الفراش فكيف ما جامعها فهو حانث لان هذا كلام محتمل فوقف على النية. ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا عند اصحابنا وقال زفر هو مولي لنا انه استثنى يوما منكرا فكل يوم من السنة يجوز ان يكون هو المستثنى فيتوصل الى وطيها في كل اربعة اشهر من غير شي يلزمه فصار كقوله لا اقربك اربعة اشهر الا يوما. لزفر ان الاستثنا يكون من اخر المدة بدلالة من اجر داره سنة الا يوما وبدلالة من قال لا اقربك سنة لنقصان يوم وهذا اليمين صحيح لان الاجارة لو حملناها على يوم منكر لبطلت فحملناه على يوم من اخرها ليصح وهذا المعنى لا يوجد في الايلا واما النقصان فيختص باخر الشي.

فلذلك لا يمنع الايلا. قال والمعتبر في الايلا المدد دون الايمان فاذا اختلفت مدد الايلا وقعت بكل مدة تطليقة وان كانت يمينا واحدة واذا كانت المدة واحدة وقعت بمضي اربعة اشهر تطليقة واحدة كانت اليمين واحدة او اكثر فمثال الفصل الاول اذا قال لامراته والله لا اقربك ثم مكث يوما ثم قال والله لا اقربك ثم مكث يوما ثم قال والله لا اقربك ولم يكن دخل بها فمضت اربعة اشهر من الايلا الاول فبانت ثم تزوجها عادت الايلا عقيب التزويج فاذا مضت اربعة اشهر وقعت تطليقة واحدة وان كان عني بها التغليظ فلو وطيها حنث ثلث كفارات وذلك لان الطلاق انما يتبع المدة ولا يتبع اليمين الا ترى ان في اليمين التي لا توجب التربص لا يقع بحكمها طلاق فاذا كانت مدة الايمان واحدة لم يقع اكثر من تطليقة ومثال الفصل الثاني اذا قال كلما دخلت الدار فوالله لا اقربك فدخلت دخولا بعد دخول تعلق بكل دخول ايلا فاذا مضت اربعة اشهر من الدخول الاول وقعت تطليقة فاذا مضت اربعة اشهر من الدخول الثاني وقعت اخرى ولو كان وطيها في المدة الاولى لم يجب الا كفارة واحدة لان مدة الايلا اختلفت فوقع بكل مدة طلاق. والمعتبر في لزوم الكفارة لفظ اليمين فاذا تكرر اللفظ تكررت الكفارة اختلفت المدة او اتفقت وان لم يتكرر لفظ اليمين فالكفارة واحدة لانها تجب لحرمة الاسم فاعتبر في تكررها تكرار الاسم.

باب الفي

قال الاصل في هذا الباب ان الفي عبارة عن الرجوع يقال فا الظل اذا رجع فلما كان المولي قصد الى منع حقها من الوطي صار وطيه رجوعا عما قصده فسمي فيا. وقد بينا ان الفي المذكور في الاية يختص بالمدة. والفي على ضربين احدهما بالوطي مع القدرة والاخر بالقول مع العجز عن الوطي فاما القادر على الوطي فلا يكون فيه الا بالجماع روي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس ومسروق والشعبي وابرهيم وسعيد بن جبير والحكم رضي الله عنهم. وذلك لانه عوقب بايقاع الطلاق على منعه من حقها فما لم يوف حقها بالوطي لم يسقط حكم الايلا. واما العجز فهو على وجهين عجز من طريق المشاهدة وعجز من طريق الحكم فالعجز من طريق المشاهدة كالمرض الذي لا يقدر معه على الجماع او تكون مريضة لا يقدر ان يجامعها او الصغيرة التي لا تجامع مثلها او رتقا او يكون مجبوبا او يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الايلا او تكون ناشزة محتجبة في مكان لا يعرفه او يكون محبوسا لا يقدر ان يدخل عليها فهذا كله فيه القول وقد روي الفي بالقول عند العجز عن ابن مسعود وذلك لانه لا يقدر على ايفا حقها بالوطي فلزمه غاية ما يقدر عليه وهو ان يرجع عما عزم عليه بقوله فاذا قال ذلك فقد حصل الفي. ومن شرط الفي بالقول ان يدوم العجز حتى تمضي المدة فان صح مع بقا المدة بطل الفي بالقول وانتقل الى الجماع لان الفي بالقول جعل بدلا عن الوطي للعجز فاذا زال العجز مع بقا المدة انتقل الحكم الى الاصل كوجود الماء في الصلوة. واما العجز من طريق الحكم مثل ان يكون محرما او تكون محرمة او في رمضان فلا يكون فيه عندنا الا بالوطي وقال زفر فيه بالقول لنا انه قادر على الوطي فصار كغير المحرم. لزفر ان المنع لحق الله كالمنع من طريق المشاهدة بدلالة ان الخلوة لا تصح مع الاحرام كما لا تصح مع المرض. فاما صفة الفي بالقول ان يقول فئت اليك او راجعتك او ما اشبه ذلك لان هذا القول يدل على رجوعه عما عزم عليه. وقد ذكر ابو الحسن عن ابي حنيفة انه قال يقول الزوج اشهدوا اني قد فئت الى امراتي او ابطلت ايلاها وهذه الشهادة ليست بشرط في الفي وانما ذكرها احتياطا للزوج حتى اذا ادعى الفي بعد مضي المدة فكذبته اقام عليها البينة. وقد قال اصحابنا اذا اختلف الزوج والمراة في الفي مع بقا المدة فالقول قول الزوج لانه يملك الفي. فان اختلفا بعد مضي المدة فالقول قول المراة لانه ادعى الفي في حالة لا يملك الفي فيها. قال ابو الحسن فان زال المانع قبل مضي اربعة اشهر بطل الفي وقد بينا ذلك. ومعنى قولنا ان الفي يصح بالقول ان الطلاق لا يقع بمضي المدة فاما اليمين فهي على حالها لا تنحل الا بالحنث وذلك يقع بفعل المحلوف عليه فاما القول فليس بمحلوف عليه فلا تنحل به اليمين. وكذلك ان آلى وهو صحيح ثم مرض فان كان قد مضت مدة يمكن فيها الجماع ففيه بالجماع لانه كان يقدر ان يجامعها في مدة الصحة فلما لم يفعل فقد ترك ايفا حقها فلم يعذر بالمرض الحادث. واما اذا كانت مدة الصحة لا يمكن الجماع فيها لقصرها فهو معذور لانه لم يفرط في ترك الجماع. قال ولا يصح فيه باللسان الا ان يكون في حال ما بقي اليها زوجته غير باين منه فان كانت باينا لم يكن ذلك فيا لان الفي بالقول يقوم مقام الفي بالوطي لاجل الضرورة حتى لا تبين منه بمضي المدة وهذا المعنى لا يوجد بعد زوال النكاح فلا معنى لاثبات حكم الفي. وليس كذلك الوطي اذا وجد بعد زوال الملك لان ذلك يحل اليمين فيبطل حكمها بانحلالها لا لانه في. فان آلى وهو مريض ولم يفي حتى مضت المدة فبانت ثم صح ثم تزوجها وهو مريض ففا اليها بلسانه فذلك في عند ابي يوسف وليس بفي عند محمد لابي يوسف ان الايلا حصل وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض والصحة بين المدتين لوجود الماء قبل الصلوة فلا يوثر فيها. لمحمد ان المدة كلها موجبة بيمين واحدة فصارت كالركعات الموجبة بالتحريمة والقدرة على الاصل في خلالها سقط حكم البدل.

باب ايلا الذمي والمرتد بعد ايلايه

قال الجملة في هذا الباب ان الذمي اذا آلى باسم من اسما الله تعالى او صفة من صفات ذاته فهو مولي عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ليس

لابي حنيفة ان اسم الله تعالى يتعلق به حكم في حق الكافر بدلالة انه اذا سمى على الذبيحة اكلت واذا جحد الدعوى استحلف عليها واذا ثبت في حقه صار كالمسلم ۞ ولان من صح ايلاوه بالطلاق والعتاق صح باسم الله تعالى كالمسلم لهما ان اليمين بالله تعالى لا تنعقد من الذمي كاليمين في غير الايلا ولانه يتوصل الى وطيها من غير شي يلزمه فلا يكون موليا وهذا ليس بصحيح اما انعقاد يمينه فلانه لا حكم لها الا الكفارة وهي لا تصح منه والايلا يصح حكمه منه وهو الطلاق واما توصله الى الوطي من غير شي يلزمه فليس بصحيح لانه يحنث عند ابي حنيفة في اليمين والحنث معنى يلزمه ۞ واما اذا حلف بطلاق او عتاق فهو مولي في قولهم جميعا لانه في الحلف بالطلاق والعتاق كالمسلم فيصح ايلاوه ۞ واما اذا حلف بحج او بعمرة او صدقة او صيام او غير ذلك من القرب فليس بمولي في قولهم جميعا لان هذه الافعال لا تصح منه ولا يثبت حكمها في حقه فيتوصل الى الوطي من غير شي يلزمه ۞ وكذلك ان قال ان قربتك فانت علي كظهر امي او فلانة علي كظهر امي لم يكن موليا لان الظهار لا يصح مع الكفر فيتوصل الى وطيها من غير شي يلزمه ۞ واذا صح ايلا الذمي فهو في احكامه كالمسلم الا انه اذا وطي و اليمين بالله لم يلزمه كفارة وذلك لان احكام الايلا انما تثبت لمنع حق الزوجة من الوطي وحق المراة الكافرة كحق المراة المسلمة فاما الكفارة فهي عبادة من شرطها النية فلا تصح من الكافر ۞ قال ابو الحسن وحكى الحسن عن ابي حنيفة التسوية بين المسلم والذمي في الايلا واجمع الرواة على خلافه لحصن في صحة الايلا بايجاب القربة كالحج والعمرة والصوم وهذا بعيد من رواية الحسن لانه ليس من اهل القرب ووجهها انه مخاطب بالاحكام ويصح منه القرب ان قدم الايمان كما تصح الصلوة من الجنب اذا قدم الطهارة ۞ قال علي بن الجعد عن ابي يوسف في رجل ظاهر او الى ثم رجع عن الاسلام ولحق بدار الحرب ثم رجع مسلما وتزوجها ثانيا فهو مظاهر عند ابي حنيفة في رواية محمد ومولي قال ابو يوسف سقط عنه الظهار والايلا لابي حنيفة ان الظهار مقتضاه التحريم وقد تصح في حال الاسلام والردة تؤكد حكم التحريم ولا تضعفه فيبقى حكم الظهار بحاله واما الايلا فقد انعقد والردة تزيل الملك وزوال الملك لا يؤثر في اليمين ۞ لابي يوسف ان الظهار لا يصح مع الكفر فاذا طرا الكفر عليه صار كالموجود في الابتدا وكذلك الايلا اذا طرا عليه الكفر تعذرت الكفارة فيتوصل الى الوطي من غير شي يلزمه فيبطل

باب الرجل يولي من جماعة نسايه

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله اذا قال الرجل لامراتين او لاكثر من ذلك والله لا اقربكما او قال والله لا اقربكن فهو مولي منهن استحسانا والقياس ان لا يكون موليا في الاثنين حتى يطا واحدة فيكون موليا من الاخرى وكذلك في الثلث لا يكون موليا حتى يطاهن الا واحدة فيكون موليا من الباقية وجه القياس وهو قول زفر انه يتوصل الى وطي كل واحدة منهن على الانفراد من غير شي يلزمه الا ترى انه لا يحنث الا بوطي جماعتهن ومن توصل الى وطي امراته من غير شي يلزمه لم يكن موليا فاذا وطيهن الا واحدة لم يتوصل الى وطيها الا بحنث يلزمه فكان موليا منها ۞ وجه الاستحسان انه لا يتوصل الى واحدة منهن الا بحنث او تعيين ايلا في غيرها وتعيين الايلا من احكام اليمين ومن لا يتوصل الى الوطي الا بلزوم حكم من احكام اليمين كان موليا ۞ وكذلك اذا قال لامراتين له والله لا اقرب واحدة منكما فهو مولي منهما فان لم يقربهما بانتا فان قرب احديهما حنث وقال محمد هو مولي من احديهما وهو القياس وجهه ان الواحدة لا يعبر بها عنهما فصار كقوله لا اقرب احديكما ولانه يحنث بوطي احديهن فدل على ان اليمين لم تتناولهما ۞ وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاستحسان ان واحدة منكما تصلح لهما الا ترى انه يحسن ان يدخل عليه كل فيقول لا اقرب كل واحدة منكما فاذا صلح اللفظ لهما حمل عليهما ۞ وليس كذلك اذا قال لا اقرب احديكما انه يكون موليا من احديهما بغير عينها لانه لا يصلح اللفظ لهما الا ترى انه لا يحسن ادخال كل عليه فيقول لا اقرب كل احديكما فلم يتناول الا واحدة بغير عينها لانه ليس احداهما باولى من الاخرى ولا يملك تعيين الايلا في احديهما لان اليمين تعلقت بغير معين فلم يجز ان يتعين موجبها بعد انعقادها فاذا مضت المدة بانت احداهما وكان له الخيار في تعيين الطلاق لان الزوج مخير في تعيين طلاق المجهول في اي الزوجات شاء ۞ ولم يذكر ابو الحسن في ابواب الايلا الايلا بالغاية ونحن نذكره لانه يشتمل على ذكره وجملته ان كل شي جعله غاية ليمينه مما يحلف به كان موليا فهو جعله اياه في يمينه غاية يصير موليا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا كان يصل الى ذلك ويقدر عليه قبل مضي اربعة اشهر فليس بمولي مثال ذلك ان قال والله لا اقربك حتى اعتق عبدي او اطلق فلانة او حتى احج او حتى اطعم عشرة مساكين لهما انه لا يتوصل الى الوطي الا بمعنى يلزمه من احكام الايمان فصار كقوله ان قربتك فلله علي الحج ۞ ولانه اذا جعل ذلك غاية لم يتوصل الى الوطي الا بتقديم فعله واذا حلف لم يتوصل به الى الوطي الا بايجابه والفعل احد من الايجاب فلان يكون به موليا اولى ۞ لابي يوسف انه يقدر على فعل ما جعله غاية في المدة فيتوصل الى وطيها من غير شي يلزمه فلم يكن موليا ۞ فاما اذا كان ما يكون بالحلف به موليا لا يصل اليه الا بعد مضي المدة فهو مولي عندهم جميعا كقوله لا اقربك حتى احج وبينه وبين الحج اربعة اشهر او اكثر وذلك لانه لا يتوصل الى وطيها في المدة الا بمعنى يلزمه فصار كالحلف بذلك وكذلك ان كانت الغاية مما لا يكون الحلف بها يمينا الا انه لا يصل الى فعل ذلك الا بعد مضي اربعة اشهر كان موليا مثل ان يقول والله لا اقربك حتى اتي خراسان لانه لا يتوصل الى الوطي في المدة الا بحنث يلزمه ۞ واما اذا كانت الغاية التي لا يصح ان يحلف بها لا تقع الا مع ارتفاع النكاح فهو مولي في قولهم مثل ان يقول حتى تموت او اموت او اطلقك ثلثا او تكون امة فنقول حتى املكك وذلك لان النكاح متابد فاذا جعل الغاية زواله صار كانه قال لا اقربك ما دمت زوجتي ۞ فان قال حتى تخرج الدابة او تطلع الشمس من مغربها فالقياس ان لا يكون موليا والاستحسان ان يكون موليا لان هذا يذكر في العادة ويراد به التابيد فكانه قال لا اقربك ابدا ۞

باب الرجل يحرم امراته على نفسه او غير امراته

قال ابو الحسن رحمه الله اذا حرم الرجل امراته على نفسه او طعاما او شرابا او لباسا او كلام انسان او شيا من الاشيا فقال هذا حرام علي فقد حرم عليه ذلك الشي فمتى استحل ما حرم او شيا منه لزمه كفارة يمين والاصل في هذا انه اذا قال لامراته انت علي حرام او قد حرمتك علي او انا عليك حرام او قد حرمت نفسي عليك او انت محرمة علي فهذا باب واحد يرجع في ذلك الى نيته فان اراد طلاقا فهو طلاق وان نوى ثلثا فثلث وان نوى واحدة فواحدة باينة وان نوى اثنتين فواحدة باينة وان نوى التحريم او لم ينو الطلاق او لم يكن له نية فهو يمين وهو مولي ان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة ۞ فان قال اردت به الكذب فليس بشي ودين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضا وقد اختلف السلف في هذه المسالة فروي الفقهاء ان ابا بكر وعمر وابن عباس وابن مسعود وعايشة رضي الله عنهم قالوا في الحرام يمين وروي عن ابن عمر ان نوى طلاقا فطلاق وان لم ينو طلاقا فيمين يكفرها ۞ وعن زيد بن ثابت فيه كفارة يمين ومنهم من جعله طلاقا رجعيا ومنهم من جعله طلاقا باينا ۞ وعن مسروق انه قال ليس ذلك بشي وقال ما ابالي حرمتها او قصعة من ثريد وقال الشافعي في الحرام فيه كفارة يمين بنفس اللفظ وليس بيمين لنا ان قوله انت حرام يحتمل الطلاق فهو كساير كنايات الطلاق ۞ فان نوى به ثلثا فثلث وان نوى به واحدة فواحدة وان نوى اثنتين فواحدة وقد بينا ذلك في الكنايات ۞ واما اذا نوى بالحرام الظهار فهو ظهار عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار لهما انه وصفها بالتحريم والمراة تارة تكون محرمة بالطلاق وتارة بالظهار فاي ذلك نوى فهو مما يحتمله كلامه فيصدق فيه لمحمد ان الظهار يختص بحرف التشبيه ولم يوجد ذلك في قوله انت علي حرام فلم يكن ظهارا ۞ واما اذا نوى التحريم او لم تكن له نية فهو يمين والاصل في ذلك ما روى ابن عباس عن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الحرام يمينا وروي ان قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم نزلت في تحريم مارية وروي انها نزلت في تحريم العسل وقد قال الله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ولانه لفظ تعلق به كفارة اليمين فهو يمين كساير الايمان ۞ وانما قلنا انه اذا نوى الكذب لم يصدق لابطال اليمين في القضا لان هذا اللفظ صريح في اليمين بالشرع فلا يصدق في صرف ظاهره بالنية ۞ فاما اذا قال ذلك في غير المراة فهو يمين وقال الشافعي اذا قال ذلك في غير المراة والامة لا يجب به شي لنا ما روي ان الاية نزلت في تحريم العسل فدل ذلك على ان تحريم غير الفرج يتعلق به الكفارة ۞ ولا يجوز ان يحمل ما روي انها نزلت في شان مارية معارضا لانه لا يمتنع ان تكون الاية نزلت فيهما ۞ ولان ما تعلق به كفارة اليمين في الزوجة تعلق به في غيرها كلفظ القسم ۞ فان فعل ما حرمه قليلا او كثيرا حنث وانحلت اليمين وذلك لان التحريم اذا تعلق بالعين اراد تحريمها وتحريم كل جزء منها بدلالة تحريم الخمر والميتة فاذا استباح جزءا مما حرمه فقد فعل المحلوف عليه فيحنث وتنحل اليمين وليس هذا كمن حلف لا ياكل طعاما فاكل بعضه لان الحنث هناك عن جنس الشرط وما يتعلق بشرطين او بشرط لا يقع بوجود بعضه فاما قول ابي الحسن فيمن حرم شيا على نفسه ان ذلك فيحرم عليه فهذا التحريم في القول والا فالعين مباحة له بدلالة انه مندوب الى الحنث في الزوجة ولو كانت محرمة لم يندب الى فعل المحرم وانما اراد ابو الحسن ان الاستباحة التي تعلق بها الكفارة صار في حكم المحرم من هذا الوجه ۞ ولو قال نسايي علي حرام ولم ينو الطلاق فقرب احديهن حنث وسقط اليمين فيهن جميعا وذلك لما ذكرنا ان التحريم اذا تعلق بجملة تعلق باجزايها فصارت كل واحدة محرمة على الانفراد فاذا فعل ما حرم عليه باللفظ انحلت اليمين ۞ قال فان لم يقرب واحدة منهن حتى مضت اربعة اشهر بن جميعا وذلك لان اليمين في الزوجة ايلا والايلا يوجب البينونة بمضي المدة ۞ واذا قال الرجل كل حل علي حرام ولا نية له فهذا على الطعام والشراب خاصة وذلك لان اللفظ لا يمكن حمله على عمومه الا ترى انه لو حمل على عمومه حنث عقيب قوله بفتح عينه او بطبق جفنه او بتنفسه في الهوا او حركته لان جميع ذلك مباح والانسان لا يقصد يمينه الامتناع منه فنعلم انه لم يرد به تحريم كل مباح فلم يبق الا حمله على بعض المباحات ۞ واما اذا لم يكن له نية حمل على المقصود منها وذلك هو الطعام والشراب لان بهما قوام الحيوة فان فعل ذلك حنث ۞ وقال زفر يحنث عقيب كلامه وهو القياس لانه فعل عقيب يمينه ما هو حلال ۞ فان نوى مع ذلك اللباس او تحريم امراته فالتحريم واقع على ذلك اجمع واي شي فعل من ذلك وحده لزمته الكفارة لان اللفظ يصلح لكل المباحات ۞ وانما حملناه على الاكل والشرب بدلالة فاذا ضم الى ذلك غيره فقد شدد على نفسه بنيته فيغلظ له ۞ فان كان نوى شيا بعينه دون غيره او نوى الطعام والشراب خاصة او اللباس او امراته خاصة فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله في القضا وذلك لان هذا اللفظ لا يصلح حمله على العموم وانما يحمل على الخصوص فاذا قال اردت شيا بعينه فقد نوى ظاهر العموم وقد بينا انه متروك فلم يعدل عن ظاهر كلامه فيصدق ۞ وان قال كل حل علي حرام ونوى امراته كان عليها وعلى الطعام والشراب لان الطعام والشراب يلزمه بظاهر اللفظ وتحريم المراة يلزمه بنيته وليس كذلك في الفصل الاول لانه نوى امراته خاصة فنفى الطعام والشراب بنيته فلم يدخل في يمينه فان نوى بجزء

امراته الطلاق لزمه الطلاق في امراته فان اكل او شرب لم يلزمه الكفاره وذلك لان اللفظ الواحد لا يجوز حمله على الطلاق
واليمين جميعا لاختلاف موضوعهما فاذا اراد به في الزوجه الطلاق الذي هو اشد الامرين بطل ان يحمل على التحريم في الطعام
والشراب فيسقط حكمه ❁ قال عيسى بن ابان عن ابي يوسف ومحمد في رجل قال لامراتين له انتما علي حرام يعني في احديهما
الطلاق وفي الاخرى الايلا قال هما طالقان جميعا وذلك لان اللفظ لا يحمل على الامرين فاذا اراد هما حمل على اغلظهما فوقع
الطلاق عليهما ❁ فان كان نوى في هذه علي حرام ينوي الطلاق وهذه علي حرام ينوي اليمين كان كما نوى لانهما لفظان فجاز
ان يراد باحدهما خلاف ما يراد بالاخرى ❁ وعن ابي يوسف فيمن قال انتما علي حرام ينوي في احديهما ثلثا وفي الاخرى واحده
انهما جميعا طالقان ثلثا لما بينا ان اللفظ لا يحمل على معنيين مختلفين فاذا نواهما حمل على اشدهما ❁ قال ابن سماعه في نوادره
سمعت ابا يوسف قال في رجل قال ما احل الله علي حرام من ماله واهل ونوى الطلاق في اهله قال ولا نية له في الطعام
فان طعم لم يحنث وهذا على ما قدمنا وكذلك لو قال هذا الطعام علي حرام وهذه ينوي الطلاق لان اللفظ واحد وقد نوى وليت
الطلاق فلا يتناول تحريم الطعام ❁ وقد قال محمد قال لامراته انت علي كالدم والميته او كلحم الخنزير او كالخمر فانه يسال عن
نيته فان نوى كذبا فهو كذب لان هذه اللفظه لم تجعل مجانبة اليمين فلذلك صدق انه اراد الكذب ❁ فان اراد التحريم
فهو ايلا لانه شبهها بما هو محرم فكانه قال انت حرام ❁ وان اراد الطلاق فالقول فيه كالقول فيمن قال لامراته
انت علي حرام ينوي الطلاق ❁ وروى ابن سماعه عن محمد فيمن قال لامراته ان فعلت كذا فانت امي يريد به التحريم قال هذا
باطل وهذا صحيح لان التحريم انما يكون اذا جعلها مثل امه فاما اذا قال فانت امي فهو كذب ❁ قال محمد ولو نوى
التحريم بهذا البيت اذا قال انت حرام وهذا لا يصح ❁ قال ابن سماعه عن محمد فيمن قال لامراته انت معي حرام فهو مثل
قوله انت علي حرام لان هذه الحروف يقام بعضها مقام بعض فحكمها الحكم واحد ❁

باب الظهار

قال الظهار كان طلاقا في الجاهليه فنقل بالشرع الى تحريم يرتفع بالكفاره وحقيقته في الشرع ان يشبه زوجته او عضوا
منها يعبر به عن جميعها او جزا شايعا منها بما لا يحل له النظر اليه من امراه محرم عليه على التابيد وهذه الشروط لا
يعرفها اهل اللغه فالاسم شرعي فيه معنى اللغه والاصل في ثبوت حكم الظهار وارتفاع التحريم فيه بالكفاره
ما ذكره الله تعالى في اول سوره المجادله نزلت في قصه خوله بنت ثعلبه قالت كنت تحت اوس بن الصامت وكان شيخا
كبيرا قد ساء خلقه فراجعته في بعض ما امرني به فقال لي انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه
ثم عاد فارادني عن نفسي فقلت والذي نفس خوله بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله شيئا فوقع
علي فدفعته عني بما تدفع به المراة الشيخ الكبير ثم خرجت الى جيراني فاخذت منهم ثيابا فلبستها واتيت رسول الله صلى
الله عليه فجلست بين يديه وذكرت له ما صنع فقال لي زوجك وابن عمك وهو شيخ كبير فراجعته وجعلت اشكو
الى الله ما القى من سوء خلق اوس فتغشى رسول الله صلى الله عليه الوحي كما كان يتغشاه فلما سري عنه قال لي يا خوله
قد انزل الله تعالى فيك وفي اوس القران وتلا اول السوره ثم قال لي مريه فليعتق رقبة قلت يا رسول الله ما عنده
ذلك قال فليصم شهرين متتابعين قلت انه شيخ كبير ما به من صوم قال مريه فليطعم ستين مسكينا وسقا من
تمر قلت يا رسول الله فانا اعينه بعرق فقال افعلي واستوصي به خيرا ففعلت ما امرني رسول الله صلى الله عليه ❁
قال ابو الحسن والظهار جايز عندنا من كل من جاز طلاقه اذا ظاهر منها وهي زوجته لا يجوز ان يعقد عليها نكاحا
مستقبلا وانما اعتبر الظهار بالطلاق لان كل واحد منهما يوجب تحريم الزوجه ❁ وانما اعتبر ان يكون ممن لا
يجوز ان يعقد عليها نكاحا مستقبلا احترازا من المبتوته لان الطلاق يقع عليها في عدتها ولا يصح الظهار منها الا انه
يصح العقد عليها والاحتراز من هذه المسله يكفي فيه قوله زوجته وهذا الكلام يدخل عليه الكفار فلا بد من ان يضم
اليه اذا كان من اهل الكفاره ❁ وانما انه اذا ظاهر من المبتوته لا يصح لانها محرمة بالطلاق وتحريم الطلاق اكد
من تحريم الظهار الا ترى ان ذلك يزيل الملك ولا يرتفع بالكفاره والظهار لا يزيل الملك ويرتفع بالكفاره فلا
معنى لادخال اخف الحرمتين على اغلظهما ولا يقال ان المبتوته عندكم يلحقها صريح الطلاق وان كانت محرمة لان
الطلاق فيه فايده غير التحريم وهي نقصان العدد فلذلك جاز ان يلحقها ❁ قال ولا يلحق المبتوته ظهار بيمين
كانت قبل الطلاق وذلك لان الظهار يفيد التحريم وقد بينا انه لا فايده في تحريم المبتوته واستوى في ذلك
الظهار المبتدا والمعلق بالشرط وليس كذلك اذا علق البينونه بشرط فوجد بعد البينونه لان في الطلاق البائن
زياده على البينونه وهي نقصان العدد فوقع لما فيه من الفايده ❁ قال ولا يصح ظهار الذمي عندنا وقال الشافعي
يصح لنا انه لا يصح منه الصوم فلا يصح ظهاره كالصبي والمجنون ولانه ليس من اهل الكفاره الا ترى انها عباده تفتقر الى
النيه وذلك لا يصح من الكافر واذا لم يلزمه الكفاره لم يثبت حكم الظهار كالمظاهر اذا كفر ❁ ولا يصح ظهار
الصبي والمجنون لان الظهار يتعلق بالقول وقول الصبي والمجنون لا يتعلق به حكم ولان الظهار يوجب التحريم
كالطلاق ❁ قال ابو الحسن واذا صح الظهار حرمت المراة عليه فلا يحل له وطيها ابدا بنكاح ولا بملك
يمين ولا بعد زوج تزوجها بعد الطلاق ثم رجعت اليه حتى يكفر ❁ وكذلك لو كانت حره فارتدت عن الاسلام
ولحقت بدار الحرب فسبيت واشتراها وذلك لان الظهار يوجب تحريما لا يرتفع الا بالكفاره فما لم يوجد

لا يحل الوطء وهذا كالطلاق الثلث الموجب للتحريم الذي لا يرتفع الا بوطء زوج لا يزول بملك اليمين ولا بغيره
حتى يوجد سبب الاباحه ❁ فاذا تعقد بعد ما بانت منه بالطلاق او تزوجت جاز لان الكفاره معنى يرتفع
به التحريم فجاز ان يفعل مع زوال الملك كوطء الزوج الثاني ❁ قال ابو الحسن وصريح الظهار ان يقول انت
علي كظهر امي فيقع به الظهار نوى او لم ينو فان اراد به الطلاق لم يكن طلاقا لان الصريح ما استعمله
[illegible]

ويثبت له فايده وهي الكفاره فلذلك ثبت ۞ فان اراد بالظهار الثاني الاول صدق لان لفظه لفظ الخبر وقد يريد الانسان
اللفظ ويريد به التشديد والتغليظ ۞ واذا وطي المظاهر قبل ان يكفر فينبغي ان يستغفر الله تعالى ولا يعود حتى يكفر
لما روي ابن عباس ان رجلا ظاهر من امراته فراى خلخالها في القمر فوقع عليها فجا الى النبي عليه السلام فذكر ذلك له فقال استغفر الله ولا
تعد حتى تكفر ولانه وطي محرم والافعال المحرمة تقتضي الاستغفار ۞ واذا ظاهر الرجل من امراته ثم ارتد عن الاسلام
لم يسقط الظهار عنه في قول ابي حنيفه واختلفت الروايه عن ابي يوسف فيما روي عن ابي حنيفه والصحيح عنه ما حكيته
وقد بينا هذه المسله في باب الايلا ۞ واذا ظاهر الرجل من امته او ام ولده او مدبرته لم يكن مظاهرا لانه تحريم يختص بالقول
فصار كالطلاق ولقوله تعالى الذين يظاهرون من نسايهم والطلاق انما يقتضي الحراير ۞ ولا تكون المراه مظاهره
من زوجها وقد روي ان محمدا سيل عن هذه المسله وهي ان المراه تقول لزوجها انت علي كظهر امي فقال ليس بشي وسيل
ابو يوسف فقال عليها كفارة ظهار فقيل ذلك للحسن بن زياد فقال هما شيخا الفقه اخطا عليها كفارة اليمين وجه
قول محمد ان المراه لا تملك التحريم بدليل الطلاق ۞ وجه قول ابي يوسف ان الظهار تحريم يرتفع بالكفاره وهي من
اهل الكفاره فصح ان توجب على نفسها ذلك وجه قول الحسن ان الظهار يقتضي التحريم فصار كانها قالت لزوجها
انت علي حرام فيجب عليها كفارة اليمين اذا وطيها ۞ واذا قال الرجل لامراته انت علي كالدم او الميته او كلحم الخنزير
او كالخمر فانه يسال عن نيته فان نوى كذبا فهو كذب لا يقع عليها شي لان هذا من كنايات التحريم الا ترى ان التشبيه
بالشي يقع في بعض اوصافه دون بعض والكنايه يرجع فيها الى النيه ۞ فان نوى التحريم بغير طلاق فهو ايلا
لان هذه الاشيا محرمة فاذا شبهها بها فقد نوى التحريم فكانه قال انت علي حرام ۞ فان نوى الطلاق فالقول في هذا
كالقول في الحرام وذلك لان التشبيه اذا وقع في التحريم صار كقوله انت حرام ينوي الطلاق ۞ فان ظاهر منها
مدة معلومة يوما او شهرا او سنة ثم مضى الوقت سقط الظهار وقال الشافعي لا يتوقت لنا ما روي عن سلمه
بن صخر البياضي انه قال كنت قد اوتيت من الجماع ما لم يؤته احد فلما دخل شهر رمضان خفت ان اطا
امراتي ليلا فلا اقدر ان انزع عنها حتى يطلع الفجر فظاهرت منها حتى يمضي شهر رمضان فبينما هي تخدمني حتى انكشف
منها شي فوقعت عليها ثم قد سقطت في يدي فاتيت قومي فذكرت لهم ذلك فقلت ادعوا لي رسول الله صلى الله عليه فذكرت
ذلك له فقال انت بذاك فقلت انا بذاك يا رسول الله وها انا بين يديك فامض في حكم الله فقال اعتق رقبة فضربت
بيدي على صفحة رقبتي فقلت لا املك رقبة الا هذه فقال صم شهرين متتابعين فقلت وهل اصابني هذا البلا الا من
الصوم فقال لي اطعم ستين مسكينا وسقا من تمر فقلت يا رسول الله بتنا وحشا ما لنا عشا فقال انطلق الى
صدقات بني زريق تخرج من صدقتهم ما اقنع فاطعم منه ستين مسكينا وسقا من تمر واستنفق الباقي واطعمه
اهلك فاتيت قومي فقلت لهم وجدت عندكم الضيق وسوء الراي ووجدت عند رسول الله صلى الله عليه السعه والبركه
فاعطوني ما اجتمع عندهم ففعلت ما قال وهذا يدل على صحة الظهار الموقت ولانه معنى تؤثر فيه الكفاره فجاز
ان يتوقت كالايلا ولانه تحريم يختص بالنكاح فلا يبطله التوقيت كالطلاق ۞ ووفاق الواقدي قال لامراته انت
علي كامي فانه يرجع الى نيته عند ابي حنيفه فان اراد الاكرام فليس بشي وان اراد الطلاق او الظهار فهو كما نوى
وان اراد التحريم فهو ايلا وقال ابو يوسف هو تحريم وقال محمد هو ظهار لابي حنيفه ان التشبيه بالام قد يكون
في باب الكرامه والتعظيم وقد يكون في باب التحريم والتحريم ينقسم فوجب ان يرجع الى نيته وليس كذلك
اذا قال انت علي كفرج امي لان التشبيه بالكرامه لا يكون بالفرج فلم يبق الا التحريم لابي يوسف ان الظاهر من
التشبيه التحريم والتحريم ينقسم فيحمل على ادناه وهو الايلا ۞ لمحمد ان التشبيه يختص بالظهار فكان ظهارا
في الظاهر ۞ واما اذا قال انت حرام كامي حمل على نيته فان لم يكن له نيه كان ظهارا لان التشبيه اذا
وقع مع التحريم انتفى الكرامه فلم يبق الا التحريم وهو ينقسم فيرجع فيه الى نيته فان لم يكن له نيه كان ظهارا
لان حرف التشبيه يختص بالظهار ۞ واما اذا قال انت علي حرام كظهر امي فان قال نويت الطلاق لم يكن
الا ظهارا عند ابي حنيفه وان نوى طلاقا لم يكن طلاقا وقال ابو يوسف ومحمد اذا نوى به الطلاق فهو طلاق
وروي عن ابي يوسف انه قال اذا نوى الطلاق كان طلاقا ولم يصدقه في صرفه عن الظهار فلزمه الطلاق والظهار
جميعا لابي حنيفه ان قوله انت علي حرام محتمل فلما قال كظهر امي فقد فسر التحريم فاخرج كلامه من الاحتمال
وصار ذلك صريحا في الظهار فلم يعمل فيه النيه لهما ان قوله انت علي حرام يحتمل الطلاق فاذا نواه بلفظ
يحتمله وقع ۞ والذي قال ابو يوسف ضعيف لانه اذا وقع الطلاق بقوله انت علي حرام لم يقع الظهار
بعد البينونه وان اوقعنا بقوله انت علي حرام لم يجز لانه يحمل اللفظ على معنيين مختلفين لابي يوسف
ان الظهار يلزمه باللفظ والطلاق باعترافه فصدق فيه ولا يملك اسقاط ظاهر اللفظ ۞

باب كفارة الظهار

قد بينا ان الظهار يوجب تحريما يرتفع بالكفاره والله تعالى اوجب الكفاره بالظهار والعود فقال والذين يظاهرون من نسايهم
ثم يعودون لما قالوا ۞ واختلف الناس في العود فقال اصحابنا العود عزمه على ان يطاها وقال الشافعي
ان يسكت عن طلاقها عقيب الظهار وقال نافي القياس ان تكرر لفظ الظهار وهو ما قاله نافي القياس مخالف

الظاهر القران لان الله تعالى قال ثم يعودون لما قالوا ولو كان المراد جعله ما قاله لقال ثم يعيدون ما قالوا ۞ وقد دل على
بطلان قوله خبر اوس بن الصامت وسلمه بن صخر ان النبي صلى الله عليه اوجب على كل واحد منهما الكفاره ولم يسالهما عن اعاده
اللفظ ولانه تحريم يختص بالنكاح فلا يقف على اعادة اللفظ كالطلاق ۞ واما الذي قاله الشافعي لا يصح لان العود
يقتضي ضد ما بدا به يقال عاد في هبته اذا رجع والظهار لم يرفع النكاح حتى يكون امساكها عودا ولكنه افاد
التحريم فاذا عزم على الوطي فهو عايد فيما حرمه فصح ان يسمى ذلك عودا ولان الطلاق لو استعقب حكم الظهار
عقيب الظهار اسقطها في الثاني كالكفاره ۞ واذا صح ان العود العزم قال اصحابنا اذا عزم على وطيها وجبت
عليه الكفاره فان بدا له في ان لا يطاها سقطت الكفاره عنه فكانها تجب عندنا غير مستقره ولهذا تسقط بموته
وموتها وقال الشافعي اذا سكت عن طلاقها عقيب الظهار استقرت الكفاره لنا ان الكفاره وضعت للتطهير
فجاز ان يكون منها ما يجب وجوبا غير مستقر اصله الحدود وقد بينا ان القتل المتعلق بالرده غير مستقر ۞
والكفاره ما ذكر الله تعالى في كتابه من تحرير رقبه من قبل ان يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن
لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ولم يشترط فيه المسيس وهذه الكفاره عندنا على الترتيب لان الله تعالى ذكرها بلفظ
الترتيب ومن شرط العتق والصوم تقديمها على المسيس وكذلك الاطعام عندنا وقال مالك من كانت كفارته الاطعام
جاز له ان يطا قبل التكفير لنا انه احد انواع الكفاره فصار كالعتق ۞ ولانه لا يامن ان يقدر على العتق او الصوم في
خلال الاطعام فينتقل اليه فيكون قد جامع قبله ولا يصح ۞ فان وطي في خلال الكفاره قبل ان يكفر استغفر الله ولم يعد حتى
يكفر وقد بينا ذلك ۞ فان اعتق بعض رقبه ثم وطي ثم اعتق ما بقي لم يجزه وعليه ان يستقبل عتق رقبه اخرى وذلك
لان من اصل ابي حنيفه ان العتق يتبعض فعتق البعض لا يوجب عتق الجميع وقد امر الله تعالى بتقديم العتق على
المسيس فاذا مس في خلاله فلم يعتق على الوجه الماموربه ولا يجي هذا الفرع على قول ابي يوسف ومحمد لان عندهما ان
عتق البعض عتق الجميع ۞ فان جامع التي ظاهر منها في خلال الصوم جماعا يفسد الصوم استقبل في قولهم لان
الله تعالى شرط في الصوم التتابع فاذا افطر في خلاله فطرا يمكنه الاحتراز منه فقد ترك التتابع فلا يجزيه الصوم ۞ فان
جامع في الشهرين ليلا او نهارا ناسيا لصومه استقبل في قول ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف يمضي على صيامه
لهما ان الله تعالى امره بان يصوم شهرين لا مسيس فيهما ولا قبلهما فاذا جامع في خلالهما فلم يات بالماموربه ۞
ولانها صفه منصوص عليها في الكفاره فاذا تركها ناسيا ابطل الصوم عن الكفاره كالتتابع لابي يوسف
انه وطي لا يفسد الصوم فلا يقطع التتابع كوطي غيرها ۞ واذا جامع في خلال الاطعام لم يلزمه الاستقبال
لان الوطي لم يمنع فيه لمعنى يختص بالاطعام الا ترى ان الله تعالى لم يشترط في الاطعام ترك المسيس وانما منع من
الوطي لجواز ان يقدر على الصوم او العتق والنهي اذا لم يكن في نفس المنهي عنه لم يقتض الفساد ۞ ولا يجزي
الرقبه العميا ولا المقطوعه اليدين ولا الرجلين ولا اليد والرجل من جانب واحد ويجزي المقطوع اليد والرجل من خلاف
والعورا وجملة هذا ان منفعة الجنس اذا عدمت منعت العتق عن الكفاره كالميت ومتى كانت منفعة
الجنس باقيه لم يمنع [illegible]

وهذا اصل ابي حنيفة ان العتق يتبعض فاما المعتق بعضه فهو بمنزلة المكاتب فاذا اعتق نصيبه عن الكفاره عتق ودخل في نصيب شريكه نقص بعتقه ولذلك يلزمه الضمان وذلك النقص لم يصرف الى الكفاره لانه في غير ملكه فاذا ضمن فاعتق الباقي فكانه اعتق عبدا الا اشياء ☙ فاما على اصلهما فالعتق لا يتبعض فعتق البعض عتق للجميع فيجزي عن الكفاره وليس كذلك اذا كان المعتق معسرا لان السعاية قد وجبت فصار كالعتق بعوض ☙ واما اذا كان العبد كله له فاعتق نصفه ثم اعتق ما بقي فالقياس ان لا يجوز عند ابي حنيفة لانه لما اعتق النصف صار النصف الباقي ناقصا بعتقه فهو كالعبد المشترك الا انهم استحسنوا وقالوا يجوز لان النقص الذي حصل بعتق النصف الاول نقص في ملكه وقد حصل بعتقه فيجزي عن كفارته وصار كمن اعتق نصفا وشيئا ثم اعتق ما بقي ☙ قال واذا اطعم بالطعام اطعم كل مسكين نصف صاع من بر او دقيقه او سويقه او صاعا من تمر او شعير وكذلك دقيق الشعير وسويقه وقال الشافعي مد وقد دل على ما ذكرناه حديث ابن الصامت وسلمة بن صخر ان النبي صلى الله عليه امر كل واحد منهما بوسق من تمر والوسق ستون صاعا ولانها صدقة مقدرة بالمساكين فلا يجزي فيها المد كصدقة الفطر ☙ واما الزبيب فقد اختلفت الروايات عن ابي حنيفة فاجراه في احدى الروايتين مجرى الحنطة وفي الاخرى مجرى الشعير والكلام في ذلك في صدقة الفطر ☙ واما ما عدا هذا من الحبوب فانه يخرج بقيمة نصف صاع من بر او صاع من شعير ☙ وان اعطى المساكين قيمة ذلك دراهم اجزاه وذلك لان المقصود سد الخلة وذلك يوجد في القيمة كما يوجد في المنصوص عليه وهذا فرع على اصلنا في القيمة في الزكوه ☙ ومساكين اهل الذمة يجوز في ذلك وفقراء المسلمين احب الي وقال ابو يوسف لا يجزي لهما انها صدقة ليس للامام فيها اخذها حق كالنفل لابي يوسف انها صدقة واجبة كالزكوه ☙ واما اذا اعتق عبدا ذميا جاز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لنا قوله تعالى فتحرير رقبة وهذا عام في الكافر والمسلم ولانها رقبة لم يجب بالاتلاف فلا يشترط فيها الاسلام من غير ايجاب كالنفل ☙ واما قوله ان فقراء المسلمين احب الي فلا يحصل بذلك سد الخلة ومنفعة المسلمين فهو اولى ☙ ولا يجوز ان يعطى منها فقراء اهل الحرب وان كانوا مستامنين لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم ولان فيه تقوية للحربي على المسلم وهذا لا يجوز ☙

باب الرجل يطلق امراته ثلثا متى تحل له

قال ابو الحسن رحمه الله واذا طلق الرجل امراته ثلثا في كلمة واحدة او متفرقة وهي مدخول بها والطلاق سنة او بدعة فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها الثاني فاذا طلقها او فارقها وانقضت العدة حلت للاول والاصل في ذلك قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فدل على ان التطليقة الثالثة تتعلق بها التحريم وانه لا يرتفع الا بزوج ومن شرطه ان تتزوجها نكاحا صحيحا لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والزوج لا يكون الا بالنكاح الصحيح ولانه اذا تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فهو وطي لم يوجبه عقد النكاح فصار كالوطي بالشبهة ☙ ولا تحل لزوجها الاول بالعقد الثاني حتى يدخل بها وقال سعيد بن المسيب تحل بنفس العقد لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق امراته ثلثا فتزوجها غيره فاغلق الباب وكشف الخمار وارخى الستر ثم فارقها قال لا تحل للاول حتى يذوق عسيلتها الاخر ☙ وروى سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها ان امراة رفاعة القرظي اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني قد تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وانما معه مثل هدبة الثوب فقال صلى الله عليه وسلم اتريدين ان ترجعي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق من عسيلتك ☙ وروى هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة ان عمرو بن حزم طلق الغميصا فنكحها رجل فطلقها قبل ان يمسها فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ترجع الى زوجها الاول فقال [illegible] رسول الله ما كان الذي له الا كهدبة الثوب قال لا حتى يذوق عسيلتها وتذوق من عسيلته ☙ واحتج سعيد بن المسيب بظاهر قوله حتى تنكح زوجا غيره وهذا يقتضي الاباحة بنفس النكاح والجواب ان الله تعالى لما ذكر النكاح والزوج دل على اعتبار امرين ولو كان يكتفي باحدهما لاقتصر عليه ☙ واذا وطيها الزوج الثاني رفع تحريم الطلاق وصارت اجنبية تعقد عليها فلا تحل للاول الا بعقد ☙ واذا تزوجها الصبي الذي يجامع مثله فجامعها حلت للاول لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره ولان وطي الصبي يتعلق به من احكام النكاح ما يتعلق بوطي البالغ بدلالة المهر وكذلك المجنون لان وطيه يتعلق به من الاحكام ما يتعلق بوطي الصحيح ☙ وكذلك الصغيرة التي تجامع اذا طلقها زوجها ثلثا فتزوجها الثاني لان وطيها تعلق به احكام الوطي من المهر والتحريم فصار كوطي البالغة ☙ [illegible] اذا طلق الرجل امراته ثلثا فتزوجت بزوج فطلقها قبل ان يدخل بها [illegible] حلت للاول [illegible] فان وطيها الزوج الثاني [illegible] يرفع التحريم المتعلق بالثلث [illegible] الزوجين ☙ فان وطيها الزوج الثاني [illegible] او نفاس او صوم او احرام فانها تحل بذلك الجماع [illegible] فصار كوطي [illegible] الى زوجها الاول وذلك لانه نكاح صحيح [illegible] الاسلام فصار كنكاح المسلم

ولو كان الزوج الثاني عبدا او مدبرا او مكاتبا تزوج باذن مولاه ودخل بها حلت للاول لانه وطي اوجبه النكاح ولان وطيه يتعلق به احكام النكاح كما يتعلق بوطي الحر ☙ فان كان الزوج مسلولا لا ينتشر ويجامع حلت لانه وجد منه المخالطة وانما عدم الانزال فصار كالفحل اذا جامع ولم ينزل ☙ واما المجبوب فانها لا تحل للاول لانه لا يوجد منه المخالطة وانما يوجد منه الملاصقة والاباحة تحصل بالتقاء الختانين ☙ وان حملت امراة المجبوب وولدت حلت للاول وكانت محصنة عند ابي يوسف وقال زفر لا تحل للاول ولا تكون محصنة وهو قول الحسن لابي يوسف ان ثبوت النسب من حكم الوطي بدلالة استقرار المهر على اصله في حال الحيوة فصار كالدخول ☙ لزفر ان ثبوت النسب قائم مقام الوطي من طريق الحكم كالخلوة ولانا نثبت النسب وان كانت زانية لانه ولد على الفراش والتحليل لا يقع بالزنا ☙ فان تزوجت ومن نيتها التحليل ولم تشترط ذلك بالقول وانما نويا ذلك ودخل بها على هذه النية حلت للاول في قولهم ☙ وذلك لانه نكاح صحيح بشرائطه فالنية لا تؤثر فيه كما لو نويا التاجيل والمعاني المفسدة ☙ فان شرطا الاحلال بالقول وانه يتزوجها لذلك وكان الشرط منها فهو نكاح صحيح عند ابي حنيفة وزفر ويكره للثاني ويحل للاول ويكره وقال ابو يوسف نكاح الثاني فاسد فان وطيها لم يحل للاول وقال محمد نكاح الثاني صحيح ولا يحل للاول لابي حنيفة وزفر ان النهي عن هذا العقد ليس لمعنى في نفس المنهي وانما هو في غير المعقود عليه فلا يفسد العقد كبياعات الشروط الا انه يكره لما روي عن النبي صلى الله عليه انه لعن الله المحلل والمحلل له ☙ لابي يوسف حديث علي وروي عن النبي انه قال الا انبيكم بالتيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال هو الرجل يتزوج المراة ليحلها لزوجها ☙ ولانه في معنى توقيت النكاح والتوقيت اذا شرط في العقد افسده واذا ثبت ان النكاح فاسد لم يقع به التحليل ☙ لمحمد انه استعجل ما اخره الله تعالى عنه فصار كمن قتل اباه ☙ واذا طلق الرجل امراته ثلثا فغابت عنه مدة ثم اتته فقالت قد تزوجت زوجا غيرك ودخل بي وانقضت عدتي قال محمد لا باس بان يتزوجها ويصدقها اذا كانت عنده ثقة او يقع في قلبه انها صادقة لان هذا خبر من اخبار الدين فيقبل فيه قول المراة كالخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الحسن ان تزوجها ولم يخبره بشي فلما وقع النكاح قالت لم اتزوج زوجا غيرك او قالت قد تزوجت ولم يدخل بي او قالت قد خلا بي وجامعني فيما دون الفرج وكذبها الاول وقال قد دخل بك الثاني فالقول قول المراة في ذلك لان هذا المعنى لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فيه كالحيض والحبل ☙ فان كان الزوج هو الذي قال لم تتزوجي او لم يدخل بك الثاني وقالت المراة قد دخل بي فالقول قول المراة ويفسد النكاح بقول الزوج ولها نصف المسمى ان كان لم يدخل بها وجميعه ان كان قد دخل وذلك لان المرجع في هذا الى قول المراة فقول الزوج غير مقبول عليها فلا يسقط مهرها والزوج يملك التحريم باعترافه بفساد النكاح فوقعت الفرقة والدخول في العقد الفاسد لا يحلها ☙ وكذلك ان كان النكاح الثاني مختلفا في فساده لم يحل عند من يفسده وقد قدمنا هذا الفصل ☙ قال واذا طلق زوج الامة تطليقتين لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره لان التطليقتين جملة ما يملك عليها بدلالة قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان فصار كالثلث في الحرة ☙ ولا يحلها للاول وطي المولى بملك اليمين وذلك لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والمولى ليس بزوج وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال ليس بزوج يعني السيد وروي ان عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمن وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها لما قالا وروي انه قال ليس بزوج ☙ ولانه وطي لم يوجبه النكاح فصار كالوطي بالشبهة فان اشتراها الزوج قبل ان تنكح زوجا غيره لم يحل له بملك اليمين فان اعتقت لم يحل له ان يتزوجها وذلك لان الطلاق يوجب تحريما لا يرتفع الا بوطي زوج والملك من اسباب الاباحة اذا لم يكن الوطي محظورا فاما مع حظر الوطي فلا يحل كاختها من الرضاعة ☙ وقال ابو حنيفة وابو يوسف ان وطي الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث وقال محمد لا يهدمها وبه قال الشافعي لنا انه وطي من زوج يرفع الحكم المتعلق بالطلاق كما لو كان الطلاق ثلثا ولانها فارقت الاجنبيات بالطلاق الا ترى انه لو تزوجها لم يملك من جملة الطلاق فاذا وطيها الزوج الحقها بالاجنبيات كالمطلقة الثلث لما فارقت الاجنبيات بالطلاق بدلالة انه لا يجوز له ان يتزوجها الحقها وطي الزوج الثاني بالاجنبيات ☙ لمحمد ان وطي الزوج الثاني يحتاج اليه للاباحة فاذا كانت مباحة قبله لم يؤثر وطيه في الاباحة فلم يرتفع الطلاق كوطي المولى ☙

باب الطلاق في المرض

قال ابو الحسن رحمه الله واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او ثلثا او رجعيا في مرضه الذي مات فيه ثم مات وهي في العدة ورثته وبه قال مالك وقال الشافعي في احد قوليه لا ترث فاما اذا مات بعد انقضاء عدتها لم ترث عندنا وقال مالك ترث ما لم تتزوج وهو احد قولي الشافعي واما اذا تزوجت فلم ترث عندنا وقال ابن ابي ليلى ترث وهو احد قولي الشافعي والدليل على ما قلناه اجماع الصحابة وروي عن ابي بن كعب قال جاء عروة البارقي الى شريح بخمس خصال من عند عمر رضي الله عنه منهن ان الرجل اذا طلق امراته وهو مريض ثلثا ورثت ما دامت في عدتها ☙ وروى الشعبي ان ام البنين بنت عيينة بن حصن كانت تحت عثمان بن عفان فلما حصر طلقها وقد كان ارسل اليها يشتري منها ثمنها فابت فلما قتل اتت عليا رضي الله عنه فذكرت ذلك له فقال تركها حتى اذا اشرف على الموت طلقها فورثها ☙ وروي ان عبد الرحمن بن عوف طلق امراته تماضر

الكلبية في مرضه اخر تطليقاتها وكانت تحته ام كلثوم بنت عقبة اخت عثمان بن عفان فورثها منه عثمان وروي انه قال ما
اتهمته ولكني اريد ان تكون سنة ۞ وروي هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها قالت في المطلقة ثلثا وهو
مريض ترثه ما دامت في العدة ۞ وعن ابي بن كعب انها ترث ما لم تتزوج ۞ وقال ابن سيرين كانوا يقولون ولا يختلفون
من فر من كتاب الله رد اليه يعني من طلق في مرضه فانها ترث ما دامت في العدة ولا يقال ان ابن الزبير مخالف
لانه قال في قصة تماضر ورثها عثمان ولو كنت انا ما ورثتها لان هذا لا دلالة فيه على الخلاف لجواز ان يكون معناه ان
عثمان ظهر له من الاجتهاد ما لو كنت مكانه لم يظهر لي ويجوز ان يكون قال لانها سالت الطلاق وعندنا اذا سالت لم ترث
واذا ورثها عثمان مع مسالتها فاذا لم تسال اولى ۞ ولان ابن الزبير قال هذا في ولايته وقد انعقد الاجماع قبله فلو
خالف لم يعتد بخلافه ۞ ولانه حق مالي تستحقه المطلقة الرجعية فجاز ان تستحقه المطلقة البائن كالسكنى
ونفقة الحامل ۞ ولانه طلقها في حال الحقه التهمة واتصل ذلك بموته وهي في العدة فورثت ما لم يسقط حقها اصله اذا
قال لها انت بائن ۞ فاما اذا انقضت عدتها لم ترث عندنا لان النكاح قد زال من كل احكامه بدلالة انها تحل للازواج والتوارث
انما يكون مع بقاء حقوق النكاح ۞ واما اذا تزوجت لم ترث لانها لو ورثت وهي تحت زوج جاز ان يطلقها الثاني وهو
مريض قبل ان يموت الاول فترثهما جميعا والمراة لا تستحق في حالة واحدة ميراث زوجين ۞ قال ابو الحسن وهذا
اذا كان مريضا مضنى صاحب فراش فاما اذا كان يذهب في حوائجه ويجي وهو مع ذلك يحم فهو بمنزلة الصحيح وقال
الحسن عن ابي حنيفة المرض الذي اذا طلقها فيه كان فارا اذا كان مضنى لا يقوم الا بشدة وهو في حال يصلي الصلوة
جالسا قال ومحصله هذا ان المرض الذي يتعلق به الاحكام هو الذي يخاف منه التلف غالبا ۞ فاما ما يجوز ان يكون منه
التلف ويجوز ان لا يكون في الغالب فهو كالصحيح والمرض اذا كان صاحب فراش او كان مضنى لا يقدر على القيام الا
بشدة فالغالب منه خشية التلف واذا كان يذهب ويجي فليس الغالب منه خشية التلف فصار كالصحيح ولهذا
قال في المحصور والواقف في صف القتال ومن وجب عليه القتل في حد او قصاص فحبس ليقتل انه كالصحيح لان هذه
الحالة ليس الغالب منها خشية التلف الا ترى ان الانسان يتخلص منها غالبا ۞ قال ولو قدم ليقتل او بارز او المواقف
وخرج من الصف فهو كالمريض لان الغالب في هذه الحالة خشية التلف وكذلك المراة اذا ضربها الطلق فهي في حكم
المريض لان الغالب خشية التلف عليها ۞ ولابد اذا طلق في هذه الحالة ان يبقى على حاله حتى يموت ۞ فاما اذا قام
من مرضه بعد ما طلقها فكان يجي ويذهب ويقوى على الصلوة قائما ثم نكس فعاد الى الحالة التي كان عليها ثم مات
لم ترثه وقال زفر ترثه وجه قولهم ان الصحة اذا حصلت بعد ايقاع الطلاق فقد زالت التهمة في حال لا حق
لها في الارث فاذا مرض بعد ذلك لم يعد حقها كما لو طلقها في الصحة ثم مرض لزفر ان الطلاق حصل في حال
يلحقه فيه التهمة والموت حصل فيها والمعتبر حال الايقاع وحال الاستحقاق وما بين ذلك لا معتبر به ۞ واذا جاءت
الفرقة من المراة في مرضها او في حال طلقها فارتدت عن الاسلام ورث منها الزوج لانها متهمة في سبب الفرقة مع تعلق حقه
بمالها كما يتهم الزوج في فرقتها مع المرض فلذلك ورث ۞ واذا كان احد الزوجين ممن لا يرث الاخر فطلقها ثلثا في هذه
الحال وهو مريض ثم صار الى حال يتوارثان لو لم يقع الطلاق لم ترث وان مات وهي في العدة مثل ان يكون عبدا وهي حرة او
هو حر وهي امة او مكاتبة او الزوج مسلم وهي كتابية فيعتق المملوك ويسلم الكافر وهي في العدة ومات الزوج فانها لا
ترث وذلك لان الميراث يثبت لانه فار بالطلاق من ميراثها مع تعلق حقها بماله ولا حق لها مع الرق والكفر فلم يكن متهما
في الطلاق فاذا زال المانع لم ترث ۞ واذا طلق الزوج في المرض الذي يموت فيه فارا ثم احدثت المراة فعلا يوجب
البينونة ثم مات وهي في العدة كان الميراث لها على حاله الا ان ترتد في عدتها ثم تسلم وهذا مثل ان تمكن ابن زوجها
او اباه من نفسها وذلك لانها اذا فعلت ذلك فهذه معاني موجبة للتحريم والتحريم حاصل بالبينونة فلا يسقط حقها
فكذلك اذا انضم اليه تحريم اخر فاما الردة فانها تخرجها من ان تكون من اهل الميراث فيبطل حقها بفعلها فلا يعود بعد
ذلك وان عادت الى الاسلام ۞ وكل فرقة جاءت من قبل المراة في مرض الزوج بامر احدثت او طلاق تعين باختيارها
او تلتمسها او بسوالها فلا ترث وان مات في العدة وذلك لان الطلاق اذا وقع بفعلها وهي غير مضطرة او بسوالها
فقد رضيت باسقاط حقها وانما يثبت لها الميراث لان الزوج متهم فاذا رضيت فقد زالت التهمة فلا ترث ۞ وان حلف
الزوج في مرضه او في صحته على فعل لا بد لها منه بالكلام مع ابيها او امها او صلاتها او صيامها او اقتضاء غريمها
ففعلت ذلك وهو مريض فانها ترث وقال بشر بن الوليد عن ابي يوسف في رجل قال لامراته في صحته ان دخلت هذه
الدار فانت طالق وكان بها غنى عن دخولها ولم يكن لها حاجة الى دخولها فانها لا ترث وان كان بها حاجة الى دخولها
فدخلت في المرض فلها الميراث وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كان الحلف في المرض فلها الميراث
وان كان الحلف في الصحة فانها لا ترث وجه قولهما انه لما حلف ان لا تصلي ولا تصوم ولا تحج حجة الاسلام ولا تقتضي
غريمها ولا تكلم اباها فهذه فروض لا بد منها واقتضاء الدين يلحق الضرر بتركه فصارت مضطرة الى هذا الفعل وفعل
المكره ينتقل الى المكره فيصير كالفاعل له فكان الزوج فعل سبب الفرقة في المرض فترث وليس كذلك
ما لها منه بد لانها تقدر على الامتناع منه من غير ضرر فاذا فعلت فقد اوقعت الفرقة باختيارها فلا ترث ۞ وجه
قول محمد انه اذا حلف في الصحة فقد عقد اليمين في حال لا حق لها في الارث واضافها الى حالة لا تهمة في تعلق حقها
بالارث فلم يكن متهما فلا ترث ۞ واما اذا علق الطلاق بفعل الاجنبي او بفعل الله تعالى فان كان اليمين في الصحة

والفعل في المرض لم ترث وان كانت اليمين في المرض ورثت وسوا في فعل الاجنبي ما له منه بد وما لا بد له منه وذلك
لانه لما علق اليمين بهذا الشرط فهو لا يقدر على فسخها فقد عقدها في حال لا حق لها في الارث فاذا وجد الشرط
في المرض لم يكن متهما فلا ترث وان كانت اليمين في المرض فقد عقدها مع تعلق حقها بالارث فورثت وانما
استوى في الاجنبي ما له منه بد وما لا بد منه لان فعل الاجنبي لا يوثر في اسقاط الارث حتى يختلف بالاكراه وغيره
فاستوى الامران فيه اما فعل المراة فله تاثير في اسقاط الارث فاختلف فيه ما كان باختيارها وغير اختيارها ۞
وقد قالوا فيمن جعل طلاق امراته الى اجنبي في الصحة فطلقها في المرض فان كان التفويض على وجه لا يملك عزله عنه لم
ترث مثل ان يملكه الطلاق وذلك لانه عقد ولا حق لها في الارث وهو لا يقدر على فسخه بعد مرضه فصار الايقاع في المرض
كالايقاع في الصحة لانه لا تهمة فيه ۞ فان كان التفويض على وجه يمكنه العزل مثل ان يوكله بالطلاق فطلق في المرض
ورثته لانه لما امكنه العزل بعد مرضه فلم يفعل صار كالمبتدي للتوكيل في المرض فترث ۞ وقد قال اصحابنا في الصحيح
اذا قال لامراته انت طالق راس الشهر فجاء راس الشهر وهو مريض لم ترث وقال زفر ترث لنا انه عقد الطلاق في
حال لا حق لها في الارث واضافها الى حال لا يعلم تعلق حقها بالارث فلم تلحقه التهمة فلا ترث ۞ لزفر ان المطلق عند
الشرط او في الوقت كالمتكلم بذلك الوقت حكما فكانه طلقها عند راس الشهر ۞ فان وقعت الفرقة في المرض
بغير فعل الزوج مثل ان يجامعها ابوه مكرها او مطاوعة فانها لا ترث وذلك لان الميراث يثبت بقصد الزوج الى
الفرار فاذا وقعت الفرقة بفعل غيره فلم يوجد منه فرار فلا ترث ۞ واذا لاعنها في المرض وانقضت
مدة الايلاء في الصحة ومضت المدة في المرض لم ترث وذلك لان تقدير المولي كانه قال انت طالق بمضي اربعة اشهر
ان لم اجامعك فيها ومن علق الطلاق في الصحة بمضي مدة فمضت المدة في المرض لم ترث وان علقه بمضي مدة
في المرض ورثت ۞ وان قذفها في المرض ولاعنها في المرض ورثت في قولهم لان سبب الفرقة كان في
حال لها حق في الارث وهي مضطرة الى المطالبة باللعان لتدفع الشين عن نفسها فصار كان الزوج هو الموقع للفرقة
في هذه الحالة ۞ فاما اذا كان القذف في الصحة واللعان في المرض ورثت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا ترث لهما انها مضطرة الى المطالبة باللعان وهو الذي اضطرها بقذفه وفعل المكره ينتقل الى المكره فكانه
هو الموقع للفرقة في المرض لمحمد ان سبب الفرقة وجد من جهة الزوج في الصحة ولا يعتد بحال الوقوع
لعدم التهمة ۞ واذا ارتدت المراة وهي مريضة فلزوجها الميراث ان مات وهي في العدة استحسانا والقياس ان
لا يرثها وجه القياس ان الفرقة لم تقع بفعلها لان الردة لا توجب الفرقة وانما تقع الفرقة باختلاف
الدينين وذلك من طريق الحكم والفرقة اذا وقعت بغير فعل المورث لم يثبت الارث وجه الاستحسان
ان الردة سبب في الفرقة وسبب الفرقة اذا حصل في المرض تعلق به الارث ۞ قال وان ارتدت وهي صحيحة
ومات في عدتها لم يرث الزوج لان سبب الفرقة حصل في حال لا حق له في الارث ۞ واذا ارتد الزوج ورثت ما
دامت في العدة وذلك لان ردة الزوج توجب القتل في الثاني فهو كالمريض واذا حصل سبب الفرقة بفعله
ورثت ۞ واذا اجل العنين وهو مريض ومضى الاجل وهو مريض فخيرت المراة فاختارت نفسها فلا ميراث
لها وذلك لان الفرقة وقعت باختيارها وقد كانت تقدر ان تصبر عليه فلم يتهم الزوج في الفرقة ۞ وقد
قالوا في الرجل يطلق امراته في المرض ودام به المرض اكثر من سنتين فانها جاءت بولد بعد موته بشهر فلا ميراث
لها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لها الميراث لهما ان الولد لا بد ان يكون بوطي حادث بعد الطلاق
فلا يخلو اما ان يكون الزوج وطيها او غيره ولا يجوز ان يكون الزوج وطيها لان وطيها محرم فينبغي ان يكون الواطي
غيره فلا يخلو اما ان يكون وطيها بنكاح او بشبهة ولا يجوز ان يحمل على الشبهة لانه وطي محرم فلم يبق الا حمل
امرها على ان عدتها قد انقضت وتزوجت فلا ترث ولهذا قال ابو حنيفة وابو يوسف انها ترد نفقة ستة
اشهر واما ابو يوسف فقال يجوز ان يكون وطيت بشبهة فلا نحكم بانقضاء العدة الا بوضع الحمل فترث
ولهذا قال انها لا ترد النفقة ۞ وقد قالوا فيمن قال في صحته لامتين تحته احديكما طالق ثنتين فاعتقتا او
اختار ان يوقع [illegible] على احديهما في مرضه فلا ميراث للمطلقة ولا يملك الزوج الرجعة لانه اوقع الطلاق ولا حق
لواحدة منهما في الارث فلم يكن متهما فلم يثبت لها ميراث بالبيان ۞ ولا تثبت الرجعة لان الطلاق وقع في حال
الرق والامة اذا طلقت ثنتين فلا رجعة ۞ وهذا ظاهر على قول محمد لان عنده ان الطلاق وقع بالايقاع وانما
بين الزوج من وقع عليها الطلاق ۞ فاما على قول ابي يوسف فالزوج يوقع عند البيان وهي حرة فكان ينبغي ان
تثبت الرجعة ۞ وان كانت احداهما حرة فاعتق المولى الامة ثم بين الزوج فالطلاق رجعي وللمطلقة
الميراث في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد ثم رجع ابو يوسف فقال اذا اختار ان يوقع على التي كانت امة
فانها لا تحل له الا بعد زوج ولها الميراث ولم يذكر خلافا فالاول رواه ابن سماعة اما وجه قول ابي يوسف
الاول فهو صحيح على اصله في الطلاق المجهول انه يقال له اوقع فاذا اوقع على حرة تطليقتين ورثت
وثبتت الرجعة فاما محمد فمن اصله انه يقال له بين فكان ينبغي ان لا تثبت الرجعة ولا الميراث الا انه
كان يقول ان الزوج متهم لجواز ان يكون اوقعها على الاخرى ثم عدل الى هذه فاذا اتهم في الميراث ورثت
فاما الرجعة فلانه لما جعله كالموقع في باب التهمة صار كانه طلق في هذه الحالة ووجه قول

اي يوسف الاخر انه كالموقع عنده في هذه الحاله فيثبت الميراث ولا تثبت الرجعه لانه متهم في ثبوتها لجواز ان يكون طالق
الاخرى ثم عدل عنها عند البيان ۞ وقد قالوا في الزوج اذا قال ان لم افعل كذا فانت طالق ثلثا فلم يفعله حتى مات ورثت
ان كان دخل بها وذلك لان الطلاق يقع عليها عند فوات شرط البر وذلك يكون في اخر جزء من اجزاء حياته وهو مريض في
تلك الحاله فاذا كانت مدخولا بها فقد مات وهي في العده فورثت ۞ قالوا وان ماتت هي ورث منها لان الفرقه لم تقع بينهما
الا ترى ان موتها لا يفوت شرط البر لجواز ان يفعل الزوج ما حلف عليه بعد موتها فاذا لم يفت شرط البر لم يقع الطلاق فورث منها ۞

باب فرقه العنين

قال اصحابنا اذا وجدت المراه زوجها عنينا فلها الخيار وقال قوم لا خيار لها والدليل على ما قلناه ما روي عن سعيد بن المسيب ان عمر
بن الخطاب قضى في العنين انه يؤجل سنه فان قدر عليها والا اخذت منه الصداق وفرق بينهما وعليها العده وعن ابن مسعود
مثله وروى الضحاك عن علي رضي الله عنه قال يؤجل سنه فان وصل والا فرق بينهما ۞ ولانه اذا لم يطاها لم يستقر مهرها
لجواز ان يختصما الى قاض لا يرى استقرار المهر بالخلوه فيطلقها ويعطيها نصف المهر والمهر بدل في العقد فاذا لم
يستقر فذلك عيب فيه فيثبت الخيار ۞ واما الذي روي في قصه عبد الرحمن بن الزبير فان المراه لم تدع العنه وانما
ذكرت معنى اخر فلذلك لم يثبت لها النبي صلى الله عليه الخيار ۞ والذي روي ان امراه رفعت زوجها الى علي فسئلت اليه
عجزه فقال علي ولا وقت السحر فقالت لا فقال هلكت واهلكت ما انا المفرق بينكما فقد روينا عن علي خلاف ذلك ۞
وقد روي ان هذه المراه قالت له انه لم يكن منه الا هنه واحده ومن اصلنا انه اذا وطيها مره واحده فلا خيار لها ۞ واذا ثبت
هذا قال اصحابنا اذا رفعت المراه زوجها وادعت انه عنين فان القاضي يسأله هل وصل اليها ام لا لانها ادعت عليه
العجز فوجب ان يعلم جواب الدعوى منه لجواز ان يصدقها ۞ فان قال قد وطيتها سألها القاضي بكر انت او ثيب
فان قالت انا ثيب فالقول قول الزوج لان الظاهر ان من خلا بالثيب وطيها ومن شهد له الظاهر فالقول قوله ۞ فان قالت
اني بكر نظر اليها النسا او امراه واحده تجزي لان البكاره معنى لا يكون للرجال الاطلاع عليه فيقبل فيه شهاده النسا كالولاده
وتجزي فيه شهاده الواحده لان ما يقبل فيه قول النسا المفردات يقتصر فيه على الواحده كاخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والثنتان
اوثق وذلك لان الظن عند خبرهما اقوى من الظن عند خبر الواحده ۞ فان قلن انها ثيب فالقول قول الزوج لما بيناه وان
قلن انها بكر فالقول قولها لانه لو وصل اليها لزالت البكاره فاذا ثبت انه لم يصل اليها اما بالاقرار او بظهور البكاره اجله
القاضي حولا ۞ وروي عن عبد الرحمن بن نوفل انه قال عشره اشهر وقد اختلف في كونه صحابيا او تابعيا ۞ والدليل
على ما قلناه ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود ان العنين يؤجل سنه ۞ ولان تعذر الوطي يجوز ان يكون لعارض يزول لاختلاف
الفصول وانما تستكمل الفصول في سنه فلذلك اعتبر وهذا المعنى لا يوجد فيما دونها ۞ وقد قال اصحابنا انه يؤجل
سنه شمسيه لان الفصول تكمل فيها فيجوز ان يزول الدا الذي به في قدر ما بين القمريه والشمسيه ۞ واول
السنه حين ترافعا ولا يحتسب على الزوج ما قبل ذلك لما روي ان عمر كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنه من
يوم يرتفع اليه ۞ ولان امتناعه عن الوطي قبل التاجيل يجوز ان يكون للعجز ويجوز ان يكون لكراهتها فاذا اجل حتى
العام وطولب فلذلك لا يحتسب بما قبل التاجيل ۞ فاذا ارتفعا اليه بعد الحول وادعت انه لم يصل اليها سأله القاضي
عن ذلك فان قال وطيتها وهي ثيب فالقول قوله وان كانت بكرا نظر اليها النسا فان قلن انها بكر فالقول قولها
وان قلن انها ثيب فالقول قول الزوج ۞ واذا ثبت انه لم يطاها اما باقراره او بظهور البكاره فان القاضي يخيرها
لان العيب قد استقر فيها بالخيار بين الرضا بالمعيب وبين الفسخ ۞ فان اختارت المقام معه بطل حقها
ولم يكن لها خصومه ابدا لانها رضيت بالعيب بعد العلم به فسقط خيارها كالمشتري ۞ فان اختارت
الفرقه فرق القاضي بينهما لان هذه الفرقه يختص سببها بالحاكم فتوقف وقوعها عليه ۞ وتكون تطليقه بائنه لانها
فرقه تتعلق بسبب من جهه الزوج طارئ على النكاح مختص به وانما يقوم القاضي مقامه في ذلك ۞ وتكون بائنه
لان القاضي يفرق لتخليصها من زوج لا يستوفي مهرها معه واذا جعلنا الفرقه رجعيه راجعها وافتقر الحال الى
التفريق ثانيا وهذا لا يجوز ۞ ولها المهر كاملا لان الخلوه وجدت والمهر يستقر بها عندنا ۞ وعليها العده لانه
وجب لها كامل المهر بالدخول بها ۞ فان كان دخل بها مره واحده وهي في زوجته فلا حق لها عليه بعد ذلك في الخيار
يثبت لعدم استقرار المهر والوطي الواحد يستقر به المهر فلا يعتبر ما زاد عليه ۞ قال ابن سماعه عن ابي يوسف
اذا خيرها الحاكم فاقامت معه او قامت عن مجلسها قبل ان تختار او قام الحاكم او اقامها عن مجلسها بطل خيارها
القاضي ولم يقبل شيئا فلا خيار لها وذلك لان تخيير القاضي قام مقام تخيير الزوج … ان الخيره …
… تعلق بالمجلس ۞ واما اذا اختارت فقد كانت … على الاختيار قبل ان … على الرضا ۞
… لم يخيرها القاضي …
اختيار الطلاق فلا يبطل ذلك على الرضا ۞ فان قالت قد رضيت بالمقام … طريق القول
والخيار يثبت لحقها فسقط باسقاطها ۞ وقد قال اصحابنا اذا اجل العنين سنه فايام الحيض وشهر
رمضان محتسب عليه ولم يجعل لمكانه لان … سنه وعلى ان السنه لا تخلو من شهر رمضان ومن
زمان الحيض فلو لم يحتسبه ذلك لاجل اكثر من سنه ۞ قال ابن سماعه وبشر عن ابي يوسف اذا مرض

في المده مرضا لا يستطيع معه الجماع او مرضت هي فان كان ذلك اقل من نصف شهر احتسب به عليه وان كان اكثر من نصف
شهر لم يحتسب عليه بهذه الايام وكذلك الغيبه ۞ وروى ابن سماعه عنه روايه اخرى قال اذا صح في السنه يوما او يومين او
صحت هي احتسب عليه بالسنه فان مرض السنه كلها اجله سنه اخرى وجه الروايه الاولى وهي الصحيحه انه قد ثبت ان
شهر رمضان يحتسب عليه وهو يقدر على الوطي في ليله دون نهاره فيثبت ان المانع اذا كان نصف شهر احتسب عليه فكل مانع
بلغ هذا القدر فهو مقيس عليه ۞ وما زاد على ذلك عوض عنه لانه في حكم الكثير وجه الروايه الاخرى انه قد صح زمانا
يمكن الوطي فيه فاذا لم يطاها صار كانه صح جميع السنه وليس كذلك اذا مرض جميع السنه لانه لم يصح في زمان يمكن الوطي
فيه فلم يعتد بالسنه في حقه ۞ وروى ابن سماعه عن محمد انه اذا مرض شهرا احتسب به لان الشهر في حكم الكثير
وما دونه في حكم القليل فهو كايام الحيض ۞ وقال ابو يوسف ان حجت حجه الاسلام لم يحتسب على الزوج مده الحج
لانه لا يقدر على منعها فلا يتمكن من الوطي فيها ۞ وان حج هو احتسب لانه يقدر على اخراجها معه او تاخير الحج
قال محمد ان خاصمته وهو محرم اجله سنه بعد الاحلال وذلك لانه لا يتمكن من الوطي مع الاحرام فوجب ان يعتبر
المده من وقت يمكنه الوطي فيه ۞ فان خاصمته وهو مظاهر فان كان يقدر على العتق اجله سنه من حين الخصومه
لانه يقدر على تقديم العتق والوطي ۞ فان كان لا يقدر على ذلك اجله اربعه عشر شهرا لانه يحتاج الى الصوم في شهرين
ثم يمكنه الوطي بعدهما ۞ فان اجله سنه وليس بمظاهر ثم ظاهر في السنه لم يزده على المده شيئا لانه كان يقدر على
ترك الظهار فلما ظاهر فقد ادخل نفسه في ذلك فلم يجز اسقاط حق المراه باختياره ۞ قال واذا اجل العنين فوصل
الى غير المراه التي اجل لها او كان يصل الى غيرها قبل ان ترافعه اجله القاضي ولا يبطل التاجيل وصوله الى غيرها لان التاجيل انما
يثبت لبطلانها فيستقر مهرها ووطي غيرها لا يستقر به مهرها فلا معنى لاعتباره ۞ فان رافعت زوجها
وهو مجبوب خيرها القاضي في الحال ولم يؤجله لان العلم بعجزه عن الوطي في الحال كالعلم بعجز العنين بمضي الحول فاذا
كان التفريق واجبا هناك بعد الحول فلان يجب هاهنا في الحال اولى ۞ فان كان خصيا اجل لانه يرجى منه الوطي فهو
كالعنين ۞ واذا تزوجت المراه وهي تعلم انه عنين فلا خيار لها لانها عقدت مع العلم بالعيب ۞ فان تزوجت
وهي لا تعلم فوصل اليها مره ثم عن ففارقته ثم تزوجته بعد ذلك فلم يصل اليها فلها الخيار وذلك لان العجز لم يتحقق فلم
تكن راضيه بالعيب فالدخول في احد العقدين لا يؤثر في احكام العقد الاخر فيثبت لها الخيار ۞ فان اجله القاضي
فلم يصل اليها ففرق بينهما ثم تزوجها فلا خيار لها لانها تزوجت بعد استقرار العيب والعلم به ۞ واما اذا كانت
المراه رتقا او كان زوجها عنينا لم يؤجله القاضي وذلك لان المراه لا حق لها في الوطي لان المانع من الوطي موجود فيها
فلا معنى لتخييرها ۞ قال ابو حنيفه وابو يوسف ان العيوب الموجوده بالزوج لا يثبت الخيار الا الجب والعنه
وقال محمد الجنون والجذام وكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر يثبت الخيار وقال الشافعي يفسخ النكاح بخمس عيوب
في الزوج الجب والعنه والجنون والجذام والبرص وخمس عيوب في المراه الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن ۞
لنا انه عيب بالمراه فلا يثبت الخيار كالعمى وساير الامراض ۞ ولان كل عقد لا يفسخ بالعيوب الخمسه بما زاد عليها كالبيع
وما لا يفسخ بغيرها لا يفسخ بها كالعفو عن دم العمد ۞ واما وجه قول ابي حنيفه وابي يوسف فلانها عيوب بالزوج فلا
يثبت لها الخيار بوجودها كساير العيوب ولا يلزم الجب والعنه لان الخيار يثبت لها لنقصان المهر لا لعيب الزوج ۞
وجه قول محمد ان المراه يلحقها الضرر بالمقام مع المجنون اكثر مما يلحقها بالمقام مع العنين فاذا ثبت لها الخيار بالعنه
فهاهنا اولى ۞ واذا فرق الحاكم بالعنه واعتدت المراه وجات بولد ما بينها وبين سنتين لزمه الولد وان كان لم
يصل اليها فان ابا يوسف قال يبطل الحاكم الفرقه وذلك لان الشهاده بثبوت النسب على الدخول اكد من شهاده
شاهدين ولو فرق بينهما فشهد شاهدان بالدخول ابطل الفرقه كذلك هاهنا ۞ قال ولو فرق بينها وبين المجبوب
فجات بولد ثبت نسبه ولم يبطل الفرقه لان ثبوت النسب في المجبوب لا يدل على الدخول وانما يقذف المجبوب
بالما واذا لم يثبت الدخول لم يبطل الفرقه ۞ فان فرق بالعنه واقام البينه على اقرار المراه قبل الفرقه انه قد
وصل اليها ابطل الفرقه لان الشهاده على اقرارها كاقرارها عند الحاكم ولو كانت اقرت قبل التفريق لم يثبت حكم
الفرقه كذلك اذا شهدوا عليها ۞ فان اقرت بعد الفرقه انه كان وصل اليها لم يبطل الفرقه لانها غير
مصدقه على ابطال حكم الحاكم ۞ فاذا مضى اجل العنين فسال القاضي ان يؤجله سنه اخرى لم يفعل الا برضا المراه
لان العيب قد استقر وثبت حق التفريق وفي التاجيل اسقاط حقها فوقف على اختيارها ۞ واذا كان الزوج صبيا
لا يجامع ولم تعلم المراه فطالبته لم يؤجل لان فرقه العنين طلاق والصبي لا يملك الطلاق ولان له زمانا يرجى منه
الوطي في العاده فلم يتعين العجز قبله ۞ وقد قالوا في المجنون يزوجه ابوه فلا يصل اليها انه لا يؤجل لان فرقه العنين
طلاق والمجنون لا طلاق له ۞ واذا كان زوج الامه عنينا فالخيار في ذلك الى المولى عند ابي يوسف وقال زفر الخيار الى
الامه وذكر ابو الحسن في الجامع ان الحسن روى عن ابي حنيفه مثل قول ابي يوسف والوجه في ذلك ان الخيار انما يثبت
للعيب الذي بالبدل والبدل حق للمولى فوجب ان يرجع اليه الخيار وجه قول زفر ان الخيار يثبت لفقد الاستمتاع
وذلك حق للامه فكان الخيار اليها كالحره ۞ قال رضي الله عنه وذكر محمد في كتاب النكاح ان امراه رفعت زوجها الى
عمر وذكرت انه يصوم النهار ويقوم الليل فقال عمر لكعب بن سور احكم بينهما فقال ان لها احدى نسايه الا اربع
يفطر لها … ويصوم ثلثه ايام فولاه عمر قضا البصره ۞ ولم يذكر محمد انه كان ياخذ بهذا وكان ابو بكر الرازي يقول

ليس عند أصحابنا لأن المزاحمة في القسم إنما تحصل لمشاركة الزوجات فإذا لم يكن له زوجة غيرها لم يقسم لها. قال
وإنما يقال له لا تداوم الصوم ووفّ المرأة حقها. وذكر الحسن عن أبي حنيفة قال إذا تشاغل الرجل عن زوجته
بالصيام والصلاة أو بأمة اشتراها قسم لها من كل أربعة أيام يوما ومن كل أربع ليال ليلة وقيل له تشاغل بثلاثة أيام
وثلاث ليال بالصوم والصلاة وهذا يدل على أن ما حكاه مذهب أبي حنيفة رحمه الله ووجهه أن الرجل له حق
في إسقاط حقها عن ثلاثة أيام بالاقتصار على حرم واحدة فكان له الخيار إن شاء صرف ذلك إلى الزوجات وإن شاء صرفه إلى الصوم.

كتاب اللعان

قال الله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة. وكان موجب القذف في الأجنبيات
والزوجات الجلد ثم نقل في الزوجات فجعل موجب قذفهن اللعان وبقي من سواهن على الأصل فموجب قذف الأجنبية
الحد وموجب قذف الزوجة اللعان وقال الشافعي موجب قذف الزوجة الحد وإنما يسقط الزوج عن نفسه باللعان
والدليل على أن موجبه كان في الأصل الحد ما روي عن ابن مسعود قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة فجاء رجل
من الأنصار فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا إن قتل قتلتموه وإن تكلم به جلدتموه وإن أمسك
أمسك على غيظ ثم جعل يقول اللهم افتح فنزلت آية اللعان وهذا يدل على أن موجب قذف الزوجة كان الحد
ولهذا قال صلى الله عليه لهلال بن أمية ائتني بأربعة يشهدون وإلا فحد في ظهرك. وروي أن هلال بن أمية لما قذف
زوجته قال أصحاب رسول الله صلى الله عليه الآن يجلد هلال بن أمية ويبطل شهادته في المسلمين وهذا يدل على أن موجب
القذف كان الحد ثم نسخ ذلك في الزوجات باللعان. والدليل على أن موجب قذف الزوج اللعان قوله تعالى
والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم الآية. وظاهر هذا يقتضي أنه بيان جميع الحكم المتعلق
بقذف الزوج. ولأن قذفه لو أوجب الحد لم يملك إسقاطه عن نفسه بشهادته كقاذف الأجنبية. واللعان
لا يجب عندنا إلا إذا كان الزوج من أهل الشهادة على المسلمين وكانت الزوجة ممن يحد قاذفها ولم تكن محدودة في
قذف. وقال الشافعي كل زوج صح طلاقه صح لعانه. والدليل على صحة ما قلناه ما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال أربعة
لا لعان بينهم وبين أزواجهم لا لعان بين المسلم والكافرة والحرة والعبد والأمة والكافر والمسلمة. ولأنه لفظ شهادة
تختص بحضرة الحاكم فلا يصح من العبد كالشهادة بالحقوق. ولأن الأمة والكافرة لا يحد قاذفها فلا يثبت اللعان بينها
وبين أزواجها كالصغيرة. ولأن اللعان موجب قذف الزوج كما أن الحد موجب قذف الأجنبية فإذا لم
يجب على قاذف الأمة والكافرة الحد لم يجب اللعان ولهذا المعنى قال أصحابنا أن الأخرس إذا قذف امرأته
فلا لعان بينهما خلاف ما قاله الشافعي والدليل عليه أنه يأتي بمعنى القذف فصار كالقاذف بالكناية ولأنه لا يأتي
بلفظ الشهادة فصار كالناطق إذا قال أحلف إني من الصادقين وقد التزم أصحاب الشافعي هذا وقالوا إن اللعان
لا يقف على لفظ الشهادة وهذا خلاف نص القرآن. قال أبو الحسن واللعان بين أصحابنا جميعا لا يثبت
إلا بين الزوجين الحرين البالغين غير المحدودين في القذف أما اعتبار الزوجية فلأن الله تعالى خص اللعان
بالأزواج وجعل موجب قذف غير الأزواج الحد ولهذا قال أصحابنا أن من تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم قذفها
لم يلاعنها وقال الشافعي يلاعنها إذا كان القذف بولد لنا أنه قذف لم يصادف الفراش أو لم يصادف الزوجية
كقذف الأجنبي. ولأن الموطوءة بنكاح فاسد لا يجب على قاذفها الحد فلا يجب عليها اللعان كقاذف الصغيرة.
وأما اعتبار الحرية فللخبر. ولأن العبد والأمة ليسا من أهل الشهادة وقد بينا أن اللعان يختص بمن كان من أهل
الشهادة. ولأن الأمة لو قذفها أجنبي لم يحد فإذا قذفها زوجها لم يلاعن. وأما اعتبار البلوغ فلأن الصبي
لا يصح قذفه ألا ترى أن القذف قول وأقوال الصبي لا يتعلق بها حكم وكذلك الصغيرة لا يكون منها الزنا
فبقذفها لا يلحق بها شين. فأما العاقلين فلأن المجنون لا يصح قذفه لأن أقواله لا يتعلق بها حكم ولأن
المجنونة لا يكون منها الزنا فهي كالصغيرة. وأما اعتبار نفي حد القذف فلأن الزوج المحدود ليس من
أهل الشهادة فلا يلاعن وكذلك الزوجة المحدودة ليست من أهل الشهادة واللعان عندنا شهادة. وقد
ترك أبو الحسن شرط الإسلام وهو عندنا شرط في اللعان وقال الشافعي ليس بشرط والدليل عليه أن المرأة الكافرة لا يجب
بقذفها الحد فلا يجب بقذفها اللعان كالصغيرة. وأما الزوج الكافر إذا قذف الزوجة المسلمة فلا لعان عليه لأنه ليس من
أهل الشهادة على المسلمين وإنما يتصور ذلك في الكافر إذا أسلمت امرأته فلم يعرض عليه الإسلام حتى قذفها فيحد عندنا.
وقال أبو الحسن ويبطل اللعان بين الزوجين من أحد وجهين أحدهما أن تكون المرأة ممن لا حد على قاذفها لو كان أجنبيا وهذا
صحيح لأن اللعان موجب قذف الزوج كما أن الحد موجب قذف الأجنبي فأحدهما معتبر بالآخر. قال أو يكون الزوج ممن لا
حد عليه لو قذف أجنبية وهذا يعني به الصغير والمجنون وقد بيناه. فإذا سقط من هذا الوجه فلا حد ولا لعان
وذلك لأن قذف المجنون والصبي ليس بقذف صحيح فلا يثبت له موجب. قال أصحابنا إن اللعان إذا سقط بمعنى
من جهة الزوج وجب عليه الحد كما لو أكذب نفسه وهذا إذا كان القذف قذفا صحيحا وإن سقط اللعان بمعنى من جهة
المرأة لم يجب على الزوج حد ولا لعان مثل أن تصدقه. وإن سقط بمعنى من طريق الحكم لم يجب حد ولا لعان مثل
أن يطلقها ثلاثا. وقد ذكر أبو الحسن تفسير ما ذكرناه من الجمل وإن أعدنا ما ذكرناه جرى عليها. فأما إذا كانت

المرأة حرة عفيفة والزوج كافرا أو عبدا أو محدودا في قذف فعليه الحد لأن قذفه قذف صحيح وقد سقط اللعان لمعنى من
جهته وهو أنه على صفة لا يصح منه اللعان. وإذا كان الزوج ممن لا يصح قذفه مثل الصبي والمجنون والزوجة ممن
لا يجب الحد على قاذفها فلا حد ولا لعان لأن قذفه لم يصح والحكم إنما يتعلق بعد صحة القذف. وإن كان الزوج
حرا مسلما عاقلا غير محدود في قذف والزوجة كافرة أو أمة أو صغيرة أو مجنونة أو زانية فلا حد على الزوج ولا لعان
لأن قذفها ليس بقذف صحيح ألا ترى أن أجنبيا لو قذفها لم يحد. وأما إذا كانت حرة مسلمة عفيفة إلا أنها محدودة
في قذف فلا حد ولا لعان لأن القذف قذف صحيح وإنما سقط اللعان لمعنى من جهتها وهو أنها ليست من أهل
الشهادة فلا يجب الحد ولا اللعان كما لو صدقته. وأما إذا كان كل واحد من الزوجين محدودا في قذف فقذفها
فعليه الحد وذلك لأن اللعان سقط لمعنى في الزوج ولا يقال إنه يسقط لمعنى في المرأة ألا ترى أن الزوج لو كان غير
محدود لم يلاعن لأن القذف الصحيح إنما يوجب حكم صفات المرأة إذا كان الزوج من أهل اللعان وإذا لم يكن
فالحكم ما وجد فيه وإن حصل فيه ما يمنع اللعان. قال رضي الله عنه ومن قال الواطئ المرأة إذا وطئت بشبهة
ثم قذفها قاذف لم يجب عليه حد وإن قذفها زوجها لم يجب عليه لعان. وروي عن أبي يوسف أنه رجع وقال يجب بقذفها
الحد واللعان لهما أنها تشبه الزانية لأنها وطئت في غير ملك فصار ذلك شبهة في سقوط الحد عن قاذفها. ولأن
الوطء في غير ملك يوجب الحد عليها وإنما أسقطناه للشبهة وما كان شبهة في إسقاط الحد عن كل واحد لم يكن سببا في إيجاب
الحد على غيره. لأبي يوسف أنه وطء يتعلق به ثبوت النسب والمهر فصار كالوطء في النكاح. وصفة اللعان
إذا قذفها بغير ولد كما قال الله تعالى في كتابه يقوم الزوج فيشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيما رميتها به
من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا. ثم تقوم المرأة فتشهد أربع شهادات
بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا.
فأما ما شرط من القيام فليس بشرط وقد قال أبو الحسن في روايته عن أبي حنيفة لا يضره قائما لاعن أو قاعدا وذلك
لأن اللعان إما أن يكون شهادة أو يمينا وأيهما كان لم يجب فيه القيام. وإنما ذكر القيام لأنه أشهر وأبلغ. فأما قوله فيما
رميتها به من الزنا فقد ذكر الحسن عن أبي حنيفة أنه يحتاج إلى لفظ المواجهة فيقول فيما رميتك وهذا قول زفر. وقال
لا يجوز أن يأتي بلفظ الكناية. وجه ما ذكره أبو الحسن أنه قال أشهد بالله إنه لمن الصادقين فيما رميتها وأشار إليها فالإشارة
آكد في التعريف من اللفظ فلا فرق بين أن يأتي معها بلفظ كناية أو مواجهة. وجه رواية الحسن أن خطاب المواجهة
لا احتمال فيه وخطاب الكناية فيه احتمال فكان ما لا احتمال فيه أولى. فإذا تم اللعان بينهما لم تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم
بينهما. وقال زفر تقع الفرقة بلعانهما. وقال الشافعي بلعان الزوج. والدليل على ما قلناه ما روي في قصة سهل بن سعد
أن النبي صلى الله عليه لما لاعن بينه وبين زوجته قال كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثا قال الراوي ففارقها قبل أن
يأمره رسول الله صلى الله عليه بفراقها قال فمضى عليه ذلك فصارت سنة المتلاعنين. ولو كانت الفرقة وقعت بلعان الزوج
أو بلعانهما لم يقع الطلاق ولا أمضاه رسول الله صلى الله عليه ولبين بطلان اعتقاده في أن الطلاق يقع. ولأنه تحالف بين المتداعيين
في حكم اختلفا فيه فلا ينفسخ العقد باليمين كالمتحالفين في البيع. لزفر قول النبي عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ومعنا
يمنع بقاء النكاح بعد اللعان. قال أبو حنيفة ومحمد فرقة اللعان تطليقة بائنة وقال أبو يوسف وزفر والحسن هي
فرقة بغير طلاق توجب تحريما مؤبدا. لهما أنها فرقة تعلقت بسبب من جهة الزوج طارئ على النكاح مختص به فصار
كقوله أنت طالق ولأنها فرقة يختص سببها بالحاكم فكانت طلاقا كفرقة العنين. والدليل على أنها لا توجب تحريما
مؤبدا أنها فرقة وقعت بحكم قول الزوج كفرقة الخيار. لأبي يوسف قوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا والجواب
أن حقيقة المتفاعلين المشتغلان بالفعل كالمتبايعين والمتقاربين فإذا انقضى الفعل كان الاسم مجازا فيهما فلا يحمل
اللفظ عليه إلا بدليل. ولأن المتلاعن من بقي على حكم اللعان وإذا أكذب الزوج نفسه فلم يبق على حكم اللعان فلا يتناوله.
قال وإذا فرق الحاكم بينهما وصارت المرأة بحال لا يحد قاذفها أو أكذب الزوج نفسه فضرب الحد وذلك بعد الفرقة
فله أن يتزوجها. وقال أبو يوسف وزفر لا يجتمعان أبدا وبه قال الشافعي. وجملة هذا أن تحريم الاجتماع يتعلق عندنا
ببقاء حكم اللعان فإذا أكذب نفسه زال التحريم وزوال حكم اللعان بإكذابه نفسه وإقامة الحد عليه لأنه خرج بذلك من أن
يكون من أهل اللعان فلم يبق حكم اللعان. وكذلك إذا صدقته لأنها صارت معترفة بالزنا فلم يثبت حكم اللعان في حقها
وكذلك إذا حدت في قذف أو زنا. والدليل على جواز الاجتماع بعد سقوط حكم اللعان أن الأحكام المختصة باللعان
تحريم الاجتماع ونفي النسب فإذا لم يثبت أحدهما كذلك الآخر. وأبو يوسف ذهب إلى ظاهر الخبر. وإذا أخطأ
الحاكم ففرق قبل تمام اللعان فإن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان وقعت الفرقة فإن لم يلتعنا أكثر اللعان
أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم تقع الفرقة. والأصل في هذا أن الحاكم إذا فرق بعد أكثر اللعان فقد اجتهد في موضع
يسوغ الاجتهاد فيه ألا ترى أنه يقول إن الأحكام المتعلقة في الشرع منها ما يقوم الأكثر مقام الجميع ويقول إنه
بالتكرار التأكيد والتغليظ وهذا المعنى موجود في الأكثر. فإن هذا الحاكم قد سوغ الاجتهاد للشافعي إذا اقتصر على
لعان الزوج في قذف المجنونة والميتة فلأن يسوغ له الاجتهاد إذا فرق بعد إكمال الزوج لعانه وإتيان المرأة بأكثر
لعانها أولى. فإن قيل إنما يسوغ الاجتهاد للحاكم إذا لم يخالف اجتهاده النص وهذا الحاكم خالف القرآن لأن الله تعالى
ذكر اللعان خمس دفعات وخالف السنة لأن النبي عليه السلام لاعن بين الزوجين كذلك. قلنا هذا الحاكم لم يخالف الأمر كما زعمتم

لان الله تعالى لم يذكر الفرقة والخلاف بيني وبينكم في محل الفرقة لاني حين فرقت بعد التعان لم امرها بنفيه اللعان
لم يجز عندكم وان كنت استوفيت الشهادة التي ورد القرآن بها فعلم ان الخلاف معكم في محل الفرقة وذلك لم يذكر في
القرآن فكيف انسبت الى المخالفة فاما السنة فما خالفتها لان عندي ان القاضي اذا فرق بعد التعان جاز واذا
فرق بعد جمعه جاز وكان اولى ومتى استعمل النبي عليه السلم اولى الحالين لم يدل ذلك على نفي الاخر وليس فعله ما
ينفي غيره ؞ فان اخطا الحاكم فبدا بالمراة قبل الرجل فانه ينبغي له ان يعيد اللعان على المراة فان لم يفعل حتى فرق
وقعت بلعان الزوج تقدم لعان المراة او لم يتقدم ؞ وانما قلنا ان الحاكم ينبغي له ان يعيد لعان المراة لان الزوج في
حكم الشاهد عليها بقذفه وهي مسقطة بشهادتها ما حققه عليها فلا ينبغي ان تبتدي كما لا يجوز ان يبتدي المدعى
عليه ؞ فان فرق الحاكم ولم تعد لعانها نفذت الفرقة لان الحاكم فرق في موضع يسوغ فيه الاجتهاد الا ترى انه
يقول ان اللعان ان كان شهادة فتقديم قول احد الشاهدين على الاخر ليس بشرط وان كان يمينا فهو كتحالف المتداعيين
فيجوز تقديم كل واحد منهما ؞ قال واذا التعنا عند الحاكم ولم يفرق حتى عزل او مات فان الحاكم الثاني يستقبل
اللعان بينهما في رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وقال محمد لا يستقبل وهذا فرع على اختلافهم في
اللعان ما هو قال ابو حنيفة وابو يوسف انها شهادة فيها معنى اليمين وقال محمد هو يمين فيه معنى الحد وجه
قولهما قوله تعالى فشهادة احدهم فسمى ذلك شهادة ولان ما اختص بلفظ الشهادة فهو شهادة كالشهادة في
الحقوق ولانه لو كان يمينا لم يختص بلفظ الشهادة كسائر الايمان وجه قول محمد انه يمين بدلالة انه يذكر فيه اسم الله تعالى
فلو كان شهادة لم يذكر فيه اليمين وهذا ليس بصحيح لانها شهادة موكدة عندنا باسم الله تعالى وقد توكد الشهادة بضرب
من التاكيد ؞ ولا يقال لو كانت شهادة لكانت شهادة المراة على النصف من شهادة الرجل لانه يبطل بالشهادة على
الولادة ؞ فاما ما روي ان النبي صلى الله عليه لاعن بين هلال وامراته فقال ان جاءت به اسود جعدا فهو لشريك
بن سحما وان ولدت [illegible] على صفة شريك فقال لولا ما مضى من الايمان لكان لي ولها شان وروي لرجمتها ؞
فلا دلالة فيه لانه روي لولا ما مضى من الشهادة وروي ما مضى من الحد ؞ ثم هي شهادة فيها معنى اليمين فيجوز ان
يسمى يمينا ؞ فاذا ثبت انه شهادة فالشهود اذا شهدوا عند الحاكم فمات او عزل قبل التنفيذ لم يعتد الحاكم بعده
بتلك الشهادة واذا ثبت عند محمد ان اللعان يمين فالخصم اذا حلف عند الحاكم فعزل او مات لم يستحلفه الحاكم الذي بعده
ولو قذفها الزوج فلم يلتعنا حتى طلقها ثلثا او تطليقة بائنة فلا حد عليه ولا لعان لان اللعان تعذر من طريق الحكم
الا ترى انه موضوع لقطع الفراش وقد انقطع بالطلاق فلا معنى للعان ولانها اجنبية والاجنبية اذا قذفت لم
تلاعن ؞ قال فان كان الطلاق رجعيا بعد القذف لاعن الحاكم بينهما لان الزوجية ثابتة واللعان موضوع
لقطع الفراش فصار كقبل الطلقة ؞ ولو تزوجها بعد الطلاق فاختصمت في ذلك القذف فلا حد عليه ولا لعان
وذلك لان كل واحد من الزوجين ينفرد حقوقه عن الاخر ؞ واللعان من احكام النكاح فلم يجز ان يتلاعنا في نكاح
بقذف في نكاح اخر ولان اللعان موجب القذف كالحد ومعلوم ان الحد اذا طرا عليه ما يوجب سقوطه لم يعد فكذلك
اللعان لما طرا عليه البينونة لم يعد ؞ قال وعلى الزوجين ان يلتعنا يحبس حتى يلتعن اما اذا امتنع الزوج من اللعان فانه
يحبس عندنا وقال الشافعي يحد وهذا فرع على ان موجب قذفه ما هو فعندنا موجب قذفه اللعان فاذا امتنع فقد امتنع من حق
عليه مقصود بنفسه فيحبس كالممتنع من اداء الدين وعند الشافعي ان موجب قذفه الحد وانما يسقط عن نفسه باللعان فاذا لم
يلاعن بقي موجب القذف فيحد وقد بينا هذا الاصل ؞ فاما اذا لاعن الزوج وامتنعت المراة حبست عندنا وقال
الشافعي تحد وهذا فرع على اصل له وهو ان الزوج يحقق عليها الزنا بلعانه ويوجب عليها الحد فاذا التعنت اسقطت الحد
الواجب عليها واذا لم تلتعن بقي الحد عليها والدليل على فساد هذا ان الحد لا يجب بقول الواحد وان كرره كالاجنبي ؞
ولان الزوج قد حقق دعواه بيمينه والمدعي اذا حقق دعواه ابتدا لم يستحق ما ادعاه والعجب من الشافعي انه لا يوجب
الحد عليها بشهادة الزوج مع ثلثة من الشهود ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده ولان الحد لو وجب عليها بشهادته لم يسقط بيمينها كما لو
وجب بشهادة الشهود ؞

باب اللعان بنفي الولد

قال ابو الحسن رحمه الله واذا جاءت زوجة الرجل بولد فقال لم تلديه فلا لعان بينهما وذلك لان القاذف هو المثبت للولادة المدعي
انها من غيره فاذا نفى الولادة استحال ان يكون قاذفا ؞ فان اقر بالولادة او شهدت امراة على الولادة فقال بعد ذلك ليس بابني
لاعن وفرق الحاكم بينهما والزم الولد امه لانه لما نفى نسبه صار قاذفا والقاذف [illegible] يلاعن ولا يقال انه نفاه عن نفسه وذلك
لا يتضمن القذف لجواز ان يكون من غيره ولا يكون زانية بان يكون وطيت بشبهة وذلك لان هذا الاحتمال ساقط بالاجماع
لان الامة اجمعت على ان من قال لرجل لست لابيك كان قاذفا مع وجود هذا الاحتمال ؞ واما نفي نسب الولد باللعان فلان
النبي صلى الله عليه نفى ولد امراة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ؞ ولان القذف اذا كان بولد فغرض الزوج ان ينفي عن نفسه ولدا
ليس منه فلذلك نفاه القاضي باللعان ؞ قال وله ان ينفيه عند ابي حنيفة ما لم يظهر منه ما يكون اعترافا به [illegible]
ذلك عند ابي يوسف ومحمد مدة النفاس ؞ لابي حنيفة ان الزوج اذا لم ينفه حتى تطاولت المدة لم يملك النفي بالاجماع واذا
نفاه عقيب الولادة استحق بالاجماع فلم يكن بد من حد فاصل بينهما ومعلوم ان الانسان لا يشهد على نفسه بنسب ولد ولا انما
يستعمل التهنية ويبتاع متاع الولادة واذا فعل ذلك او مضى من المدة ما يفعل ذلك في العادة وهو ممسك فالظاهر انه معترف ؞

فلا يملك نفيه بعد ذلك ؞ ومن اصحابنا من حكى عن ابي حنيفة انه نفيه الى سبعة ايام وليس بصحيح لانه تقدير لا دليل عليه
ومن ذكره فانه ذهب الى انه هذا ما بين الولادة الى العقيقة التي يفعلها المسلمون في النسب وقال الشافعي ان نفاه على الفور
انتفى والا التحق وهذا ليس بصحيح لان النفي يحتاج الى الارتيا ليغلب على ظنه احد الامرين وذلك لا يتمكن منه على الفور ؞
لابي يوسف ومحمد ان مدة النفاس اجريت مجرى حالة الولادة بدلالة سقوط الصلوة والصوم فجرى مجراها واحكامها ؞ وعلى هذا
الاصل قالوا في الغايب عن امراته اذا ولدت امراته ولم يعلم بالولادة حتى حضر ان له النفي عند ابي حنيفة في مقدار ما تقبل
فيه التهنية وفي الاخرى مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يجوز ان يلزمه مع عدم العلم فصار حالة القدوم
كحالة الولادة على المذهبين ؞ وقد روي عن ابي يوسف انه قال ان قدم قبل الفصال فله ان ينفيه ولم يرد هذا التفصيل
عن محمد ووجهه ان ما قبل الفصال الولد منها لم يستقل عن غذايه الاول فصار كمدة النفاس واما بعد الفصال فقد استغنى عن ذلك
الغذاء وخرج عن حال الصغر واستقبح ان ينفي نسبه كما لو صار شيخا ؞ واذا هني بولد الحرة فسكت فهو اعتراف ولا ينفي
ابدا بلعان ولا غيره وذلك لان الانسان لا يشهد على نفسه بثبوت نسب ولد غيره ولا يسكت عند التهنية والولد ليس منه
فصار هذا كالاعتراف والمعترف بنسب الولد لا يملك نفيه ؞ وقد روى ابن رستم عن محمد انه اذا هني بولد الامة فسكت لم
يكن اعترافا وان سكت عن ولد الزوجة كان اعترافا وهذا الصحيح لان ولد الزوجة نسبه ثابت بالفراش وانما يترقب من جهة
الزوج النفي فاذا امسك عن التهنية دل ذلك على انه غير موثر للنفي فاما ولد الامة فلا يثبت نسبه بالفراش وانما يثبت بالاعتراف
والسكوت لا يقوم مقام الاعتراف في الزام الحقوق ؞ قال وكذلك كل نسب يثبت باقراره او بالحكم فانه لا ينفيه باللعان
لما اعترف بالولد لزمه فاذا اراد نفيه فقد رجع عن اعترافه وثبوت النسب حق للولد فلا يملك الرجوع عنه بعد الاعتراف ؞
واما قول ابي الحسن اذا ثبت باقراره او بالحكم فثبوته بالاقرار معروف وقد بيناه ؞ واما ثبوته بالحكم فقد روى الفضل
بن غانم قال سمعت ابا يوسف قال في رجل جاءت امراته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها اجنبي بالولد الذي جاءت به فحد
القاضي الاجنبي فان نسب الولد يثبت من الزوج ولا لعان بينها وبينه ؞ لان القاضي لما حد قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه
والحكم بكذبه حكم بثبوت النسب والنسب المحكوم بثبوته لا ينتفي باللعان كالمقر به وانما اسقط اللعان لان الحاكم لما حكم
باحصانها تعذر اللعان حكما فلم يجب الحد ولا اللعان ؞ فان نفى ولد زوجته وهي ممن لا لعان بينهما لزمه ولا يستطيع
نفيه ابدا لانه لا ينتفي ولد زوجته الا باللعان لان النسب ثابت بالفراش وقد ورد الشرع لنفيه عن الفراش باللعان فما سوى اللعان
فالنسب فيه ثابت لا يصح نفيه مع ثبوت النسب ؞ وان كان العلوق بالولد في حال لا لعان بينهما فيه ثم صارت بحال يجري بينهما
اللعان مثل ان تعلق وهي امة او كتابية ثم عتقت الامة واسلمت الكتابية فنفى ولدها فانه يلاعن ولا ينفي النسب وذلك
لانها لما علقت وليست من اهل اللعان ثبت نسب ولدها ثبوتا لا يلحقه الفسخ فلا يتغير بعد ذلك بتغير حالها ؞ قال ولو نفى
ولد الحرة فصدقته فلا حد على الزوج ولا لعان وهو ابنهما لا يصدقان على نفيه وذلك لان النسب حق للولد والام لا تملك
اسقاط حقوق ولدها فلم يجز ان ينتفي نسبه بتصديقها ؞ ولا يجوز ان يلاعنها مع تصديقها له في القذف لان ذلك ينفي
اللعان الا ترى انه يستحيل ان تشهد بالله انه لمن الكاذبين وقد قالت انه صادق واذا تعذر اللعان لم ينتف النسب ؞
فان جاءت بولدين في بطن فاقر بالاول ونفى الثاني لاعن ولزمه الولدان وان نفى الاول واقر بالثاني حد ولا لعان ويلزمانه
والاصل في هذا ان الحمل الواحد لا يجوز ان يثبت بعض نسبه دون بعض لانه حمل واحد كالولد الواحد وكما لا ينتفي بعض
نسب الولد ويثبت بعضه فكذلك الحمل الواحد واذا ثبت هذا قلنا لما اقر بالولد الاول لم يصح نفيه للثاني لان نسبهما لا
يتبعض فصار الاعتراف بالاول اعترافا بالثاني فيثبت نسبهما ؞ فاما اللعان فقد ينفرد عن نفي النسب الا ترى انه يثبت
لقطع الفراش في المقذوف بغير ولد فلم يكن ثبوت النسب مانعا من اللعان وانما يثبت اللعان لانه باعترافه الاول
وصف لها بالعفة فلما نفى الثاني وصفها بالزنا ومن قال لامراته انت عفيفة ثم قال انت زانية يلاعن ؞ واما اذا نفى
الاول فقد قذفها فلما اعترف بالثاني فقد وصفها بالعفة ومن قال لامراته انت زانية ثم قال انت عفيفة فقد اكذب
نفسه بعد القذف فيجب عليه الحد ويثبت نسب الولدين لان الاعتراف بالثاني اعتراف بهما ؞ ولو نفاهما جميعا
ثم مات احدهما او قتل فانه يلاعن ويلزم الولدان الاب اما ثبوت النسب فلان الميت منهما لا يصح نفي نسبه لانه لا خصم
عليه والميت لا خصم عليه الا ان يحضر من يقوم مقامه واحد الاخوين لا يقوم مقام الاخر ولا فايدة في ثبوت نسب الميت واذا تعذر نفي
احد الولدين بقيا جميعا لاستحالة ان يتبعض ثبوت نسب الحمل الواحد ؞ واما اللعان فقد ذكرنا انه لا يبطل وذكر ابن سماعة هذه المسئلة
فقال يبطل اللعان عند ابي يوسف وعند محمد لا يبطل لابي يوسف ان المقصود باللعان نفي النسب وقد تعذر ذلك فلا فايدة للعان ؞
لمحمد ان اللعان ينفرد عن نفي النسب فتعذره لا يمنع بقا اللعان ؞ وكذلك لو ولدت احدهما ميتا فنفاهما لاعن ولزم الولدان
الاب لما بينا ؞ قال ولو ولدت ولدا فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق ثم ولدت بعد يوم اخر لزماه جميعا واللعان ماض وذلك
لانها صارت اجنبية وولد الاجنبية لا ينتفي باللعان فيثبت نسب الولد الثاني باللعان ثم يثبت بعده كما لو اعترف به ؞ ولو قال
الزوج هما ابناي فلا حد عليه وذلك لانه لما لزماه من طريق الحكم فاذا اعترف بهما فهو صادق في الاعتراف فلا يلزمه الحد ولا يكون
قد اكذب نفسه وذلك لانه يجوز ان يكون قوله هما ابناي ليس بتكذيب وانما هو اخبار عما ثبت بالحكم ؞ وقد قالوا في
الاعتراف بالولد الذي يكون الزوج فيه مكذبا لنفسه وهو ان يعترف بولد او لم يعترف به صح ان يلاعن به اذا كان من
اهل اللعان فاما ما لم يصح ان يلاعن به لم يكن باعترافه به مكذبا لنفسه ولهذا قالوا لو ولدت امراته ولدا فقال هو
ابني ثم ولدت اخر فنفاه ثم اقر به فلا حد عليه لانه لو لم يقر به لم يصح نفيه باللعان ؞ قال في المسئلة الاولى لو قال ليسا

يلحق به بالنسبه ولا حد عليه وذلك لانه قد صح القذف ولاعن وهو الان مكذب القذف والملاعن اذا كذب القذف لم يلزمه حد
ولو قال قد كذبت باللعان وفيما قذفتها به يحد لانه اعترف بالكذب بصريح الاعتراف وذلك يوجب الحد عليه ولو جاءت
بولد فمات ونفاه الزوج لاعن ويلزمه الولد ونفرق بينهما كذلك ولو جاءت بولدين فنفاهما ثم مات احدهما قال محمد يلاعن
ويلزمه الولد الباقي اما اللعان فقد بينا انه يجوز ان ينفرد عن نفي النسب واما قول محمد انه يلزمه الولد الثاني انما اراد اذا اي
تبين انه لا ينتفي باللعان ونسبهما جميعا يلزمه وقد قال ابو حنيفه وابو يوسف فيمن طلق امراته طلاقا رجعيا
فجاءت بولد لاقل من سنتين بيوم فنفاه ثم جاءت بولد بعد سنتين بيوم واقر به فقد بانت ولا حد عليه ولا لعان
وذلك لان من اصلهما ان الولد الثاني يتبع الاول الا ترى ان الاول جاءت به في مده يلحق نسبه فصار الثاني تابعا له
فكانها جاءت به لسنتين فلا يثبت الرجعه فتبين بوضع الولد الثاني ويتعذر اللعان من طريق الحكم لانها اجنبيه
وقال محمد هذه رجعه وعلى الزوج الحد وذلك لانه يقول الولد الثاني لا بد من ان يكون حمل حادث لا يستحيل ان ينفي
الولد اكثر من سنتين والاول يجوز ان يكون حمل حادث ويجوز ان لا يكون فصار المحتمل تابعا لما لا يحتمل فكانها
ولدته بعد السنتين والرجعه اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تثبت الرجعه فلما نفى ولدها الاول ثم اعترف بالثاني
فقد اكذب نفسه فيحد وان كان الطلاق بائنا والمسئله بحالها فاحد ويثبت نسب الولدين عندهما لان الثاني
يتبع الاول فكانها جاءت بولدين لاقل من سنتين ولا يثبت اللعان لانها اجنبيه فيحد باكذابه نفسه وقال محمد لا حد
ولا لعان ولا يثبت نسب الولدين لانه يتبع الاول الثاني والمبتوته اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين لم يثبت نسبه
ولا حد على قاذفها لان معها ولدا غير ثابت النسب

باب نفي الحمل

قال ابو الحسن رحمه الله واذا قال الرجل لامراته
وهي حامل ليس هذا الحمل مني الى اخر ما ذكره قال جملته هذا ان عند ابي حنيفه اذا نفى الرجل حمل امراته فليس بقاذف
ولا لعان بينهما وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد ان جاءت بولد لاقل من سته اشهر لاعنها وان جاءت به لاكثر من سته اشهر
لم يلاعن وهو قول ابي حنيفه الاول واتفق اصحابنا انه لا ينفي نسب الحمل قبل الولاده وقال الشافعي اذا نفى حمل امراته لاعنها
ونفى القاضي نسب الحمل لابي حنيفه ان القذف بالحمل في معنى النفي المعلق بالشرط لان تقديره كانه قال ان كنت حاملا فانت
زانيه والقذف لا يجوز ان يتعلق بالشرط ولان الحمل لا يعلم حقيقه لجواز ان يكون بها ريح تشبه الحمل ولا بد ان يكون القذف
منوطا بصحه الحمل ولا يقال ان الحمل يتعلق به الاحكام الا ترى ان الجاريه ترد به على بايعها وتجب للمعتده النفقه لاجل حملها
وذلك لان المعتده تجب لها النفقه مع عدم الحمل عندنا واما الرد بالعيب فليس مما يؤثر فيه الشبهه فيثبت لوجود
الظاهر والقذف مما يؤثر فيه الشبهه فلا يثبت بالظاهر ولان الاحكام الثابته للحمل موقوفه على الولاده به الا ترى
الميراث والوصيه والقذف لا يقف على شرط لهما انها اذا جاءت بولد لاقل من سته اشهر فقد تيقنا وجوده عند
النفي ولهذا قالوا اذا اوصى لحمل امراه فجاءت به لاقل من سته اشهر استحق الوصيه واذا تيقنا وجوده فقد نفاه الزوج
فيلاعن منه واما اذا جاءت به لاكثر من سته اشهر فيجوز ان يكون الحمل حادث ولهذا لا يستحق الوصيه فلا يتيقن وجوده
عند القذف فلا يلاعن واما الدليل على انه لا ينفي نسبه وهو حمل انه حكم عليه والاحكام لا يجوز ثبوتها
للحمل قبل الولاده كالحكم باستحقاقه للميراث والوصيه فاما ما روي ان النبي صلى الله عليه لاعن بين هلال بن اميه وبين امراته
وهي حامل والحق الولد بها فلا دلاله فيه لان هلالا لم يقذفها بالحمل وانما صرح بالزنا وذكر الحمل وعندنا ان من قال لامراته قد
زنيت وانت حامل فانه يلاعن لانه لم يعلق القذف بالشرط وهكذا صح هلال لانه ادعى انه وجد شريكا على بطنها
فاما نفي النسب فلان النبي صلى الله عليه علم من طريق الوحي ان هلالا ولدا ولهذا قال ان جاءت به احمر على صفه كذا فهو لهلال
وان جاءت به اسود جعدا فهو لشريك وهذا لا يعلم الا من طريق الوحي ولا طريق لنا الى مثل ذلك ولهذا لا ينتفي الحمل

باب الشهاده في اللعان

قال ابو الحسن رحمه الله اللعان عندنا بمنزله الحد لا
يحكم فيه بشهاده على شهاده ولا بشهاده النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي الى القاضي لان اللعان موجب القذف
كالحد في الاجنبي فما لا يثبت به احدهما لا يثبت به الاخر فان شهد على المراه بالزنا اربعه احدهم الزوج ولم يكن من الزوج
قذف قبل ذلك اقيم عليها الحد وقال الشافعي لا تقبل شهاده الزوج عليها لنا انه تقبل شهادته عليها في غير حد الزنا
فتقبل في حد الزنا كالاجنبي ولان الزوج ابعد من التهمه الا ترى ان العاده ان يستر على امراته الزنا حتى لا يلحقه شينها
فقبول شهادته اولى فان قذفها الزوج وجاء بثلاثه سواه يشهدون فهم قذفه محدودون ويلاعن الزوج وذلك
لانه لما قدم القذف فقد خرج من ان يكون شاهدا الا ترى انه لو قال احد يجب على القاذف ان ياتي باربعه شهدا
فلو جاز قبول شهادته معهم كان يحلف ان ياتي بثلاثه واذا ثبت ان شهادته غير مقبوله والزنا لا يثبت
بشهاده ثلاثه صاروا قذفه فلم يثبت عليها الزنا فيلاعن وان جاء هو وثلاثه فشهدوا انها قد زنت فلم يعدلوا درئ
عنهم وعنها الحد ودرئ عن الزوج اللعان وذلك لان الزوج شاهد وليس بقاذف فلو وجب عليه اللعان خرج من ان يكون
شاهدا فوجب على الثلاثه الحد وقد علمنا انه لا يجب عليهم دل على سقوط اللعان عن الزوج قال ابن سماعه عن ابي يوسف
ان قذفها فجاء باربعه فلم يعدلوا فعليه اللعان لانه ليس بشاهد وانما هو قاذف فاذا سقطت الشهاده تعلق بقذفه
اللعان قال وان شهد معه ثلاثه عميان حدوا وحد وذلك لان العميان الممنوع من قبول شهادتهم معنى مقطوع به فصار

كنقصان العدد فيحدون فاما الزوج فيلاعن لان قذف الزوج يتعلق به اللعان ويقول حد وحده يعني حد حده وحدوا
حدهم وحد الزوج اللعان واذا ادعت المراه على زوجها انه قذفها بالزنا وهو يجحد لم يقبل في ذلك من الشهاده
الا ما يجوز على قذف الاجنبيه رجلان عدلان ولا يجوز في ذلك شهاده رجل مع النساء ولا شهاده على شهاده ولا
كتاب قاض لان هذه شهاده تثبت بحكمها الحد الا ترى ان قذف الزوج يجوز ان يتعلق به الحد اذا اسقط اللعان
بسبب من جهته فصار كقذف الاجنبيه ولا يقبل وكاله لواحد منهما في اللعان فان وكلت المراه بتثبيت
شهودها على القذف جاز وذلك لان اللعان لا يصح فيه النيابه كما لا يصح في الايمان فلا معنى للتوكيل واما
الوكاله باثبات القذف فيجوز عند ابي حنيفه ومحمد ولا يجوز عند ابي يوسف والكلام في هذه المسئله في كتاب الحدود

باب كيفيه اللعان في نفي الولد

قال ابو الحسن رحمه الله
اذا نفى الرجل ولد امراته فلاعن الحاكم بينهما فان الحاكم يامر الزوج ان يقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به
من نفي ولدك ثم يامرها ان تقول اشهد انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من نفي ولدي فاذا قالا ذلك وتم اللعان قال القاضي
فرقت بينكما فتقع الفرقه ويلزم الولد امه وقد روى هشام عن محمد قال اذا لاعن الرجل بالولد يقول في اللعان اشهد
بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وهذا الولد ليس مني وتقول المراه اشهد بالله انك لمن الكاذبين فيما
رميتني به من الزنا ان هذا الولد ليس منك وقال ابن سماعه عن محمد في نوادره اذا لاعن بنفي الولد قال اشهد بالله
الذي لا اله الا هو انه لصادق فيما رماها به من الزنا وفي نفي هذا الولد وهذا ليس باختلاف روايه وانما هو لاختلاف الحال
فاذا كان الزوج قال هذا الولد ليس مني اكتفى في اللعان بان يقول اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد
واذا قذفها بالزنا ونفى ولدها ذكر في اللعان الامرين لان الاول لم يصرح بالزنا وانما ذلك في مضمون نفيه الولد
فاقتصر على نفيه الولد والثاني قذفها بالزنا ونفى ولدها فاحتاج ان يشهد على الامرين ولا يقتصر على احدهما دون الاخر
فاما قوله في الكتاب ان القاضي اذا فرق بينهما لزم الولد امه فلان اللعان وقع عليه والتفريق لاجله فصار نفي
القاضي نفيا له وروى حبان بن بشر عن ابي يوسف قال اذا اكمل القاضي اللعان بينهما لم تقع الفرقه حتى يفرق
فان كان اللعان فرق بينهما وقال قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب وهذا صحيح لان التفريق قد ينفرد عن
نفي النسب وكل واحد منهما من احكام اللعان فوجب ان يحكم القاضي باحدهما كما يحكم بالاخر

باب الحضانه

قال رضي الله عنه لما كان الصغار عاجزين عن النظر في مصالحهم
جعل الشرع ذلك لمن يلي عليهم ففوض الولايه في المال والعقود الى الاباء لانهم بذلك اقوم وفوض التربيه الى الامهات
لانهن اشفق واحنى فاذا اختصم في الصغير والده وامه مع بقاء النكاح او بعد الفرقه فالام اولى ما لم تتزوج لما روي
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراه اتت رسول الله صلى الله عليه فقالت يا رسول الله ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له
حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينتزعه مني فقال صلى الله عليه انت احق به ما لم تنكحي ولانها اقوم بالتربيه كما ان الاب
احفظ للمال واذا كان الاب احق بالتصرف في المال كانت هي احق بالامساك فان كانت الام تزوجت فاختصم الجدتان
فان ام الام اولى به من ام الاب لانهما تساويا في القرابه واحديهما من جهه الام وهذه الولايه مستفاده منها فمن
ادلى بها اولى ثم ام الاب فانها اولى من الاخوات لان لها ولادا فهي ادخل في الولايه واكثر شفقه ثم الاخوات
اولى من الخالات لانهن بنات الابوين والخالات بنات الجدين واولى الاخوات من كانت لاب وام لانها تدلي بجهتين
ثم الاخت من الام اولى من الاخت من الاب لانهما تساويا في القرابه واحداهما من قبل الام واختلف الروايه في
الاخت من الاب والخاله فروى محمد عن ابي حنيفه وابي يوسف ان الخاله اولى من الاخت لاب وهو قول محمد وزفر
والوجه فيه ما روي ان ابنه حمزه لما رات عليا تمسكت به وقالت يا عمي فاختصم فيها علي وجعفر وزيد فقال علي
ابنه عمي وقال جعفر ابنه عمي وخالتها عندي وقال زيد بنت اخي اخيت بيني وبين حمزه يا رسول الله فقضى فيها
رسول الله صلى الله عليه لخالتها وقال الخاله والده وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف قال ابو حنيفه الاخت من الاب اولى من
الخاله وهي روايه الحسن بن زياد عن ابي يوسف والوجه فيها انها بنت الاب والخاله بنت الجد فالاقرب اولى وقد ذكر محمد
احدى هاتين الروايتين في النكاح والاخرى في الطلاق وبنات الاخوات يقدمن على الخالات لهذه العله
ثم الخالات اولى من العمات لانهن تساوين في القرب فاللاتي من جهه الام اولى فاولاهن من كانت لاب وام لانها
تدلي بقرابتين ثم من كانت لام لاتصالها بجهه الام ثم من كانت لاب ثم العمات اولاهن من كانت لاب وام ثم
من كانت لام ثم من كانت لاب وبنات الاخ اولى من العمات والخالات لانهن ولد الاب وبنات الاخت اولى
من بنات الاخ ولان الاخ لا حق له في الحضانه والاخت لها حق فمن يدلي بها اولى واما بنات العم والخال والعمه
والخاله فلا حق لهن في الحضانه لانهن رحم بلا محرم وحكى الحسن بن زياد في كتاب الطلاق ان ام الاب اولى
من الخاله عند ابي يوسف وقال زفر الخاله اولى لابي يوسف ان ام الاب لها ولاد والولايه في الاصل مستفاده
بالولاد ولزفر قوله صلى الله عليه الخاله والده والام والجدتان احق بالغلام حتى يستغني عنهما فياكل وحده
ويلبس وحده ويشرب وحده وقال داود بن رشيد عن محمد ويتوضا وحده ويريد بذلك الاستنجاء فاما الجاريه

فهي احق بها حتى تحيض وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ ان تشتهي وقد كان القياس عندهم ان تكون الام احق بالغلام والجاريه
حتى تبلغا لان الحضانه ولايه للام فلا تنقطع الا بالبلوغ كولايه الاب في المال وانما تركوا القياس في الغلام لما روي سعيد بن
المسيب ان الطلق عمر رضي الله عنه امراته ام ابنه عاصم فلقيها ومعها الصبي فنازعها فارتفعا الى ابي بكر رضي الله عنه فقضي ان
ريحها وفراشها خير له حتى يشب ولان الصبي اذا استغني بنفسه احتاج الى التاديب والاب اقوم بذلك فلو بقيناه
مع الام لالف اخلاق النسا واستنقص بذلك فاسقطوا حقها فاما الجاريه فبقيت على اصل القياس وجه ما رواه
هشام انها اذا بلغت ان تشتهي احتاجت الى الحفظ والرجال اقدر على الحفظ من النسا فكانوا احق بها فاما اذا بلغت
فالعصبه احق بها في الروايات كلها لانها تشتهي وتشتهي والرجال اغير واشد حفظا فكانوا اولى فاما
من لا ولاد له من النسا فلا حق لهن في الغلام والجاريه اذا استغنيا بانفسهما لان هذا الحق لا يثبت لهن بطريق الولايه
لان الولايه مستفاده بالولاده وانما يثبت لهن لحاجه الصغير اليهن فاذا استغني زال هذا المعنى فكانت العصبه اولى
وكل من تزوج من هولا باجنبي من الصبي سقط حقها من الحضانه وصارت كالميت لقوله عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي
وقضي ابو بكر لعاصم ان لم تتزوج وان الصبي يلحقه جفا من زوج امه ومذلته فيسقط حقها للمضره
التي تلحقه فاما اذا تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لم يسقط حقها مثل الجده اذا كان زوجها الجد والام اذا تزوجت
بالعم لانه لا يلحقه جفا من عمه وجده ومن سقط حقها من هولا بالتزويج فمات عنها زوجها او ابانها عاد حقها لان المانع
من ثبوت حقها قد زال فصارت اولى ممن هو ابعد منها فاذا استغني الغلام بنفسه وبلغت الجاريه فالعصبات به اولى
لما قدمنا وترتيب المستحق له من العصبات الاقرب فالاقرب فالاب اولى به ثم الجد اب الاب ثم الاخ للاب
والام ثم الاخ للاب ثم العم للاب والام ثم العم للاب وابن الاخ اولى من العم ثم عم الاب ثم عم الجد وعلى هذا ابدا ولا يستحقه
بالتعصيب بنو ابيه ما دام اب اقرب منه وبنو الاب هم اقرب ولا حق لابن العم في كفاله الجاريه وله حق في كفاله الغلام لانه
ليس بمحرم لها ويحل له نكاحها فلا يومن عليها واما الغلام فهو عصبه وهو احق ممن هو ابعد منه فان لم يكن للجاريه
من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي افضل المواضع لان الولايه اليه فينظر في الاصلح قال محمد كل ذكر من قبل النسا
مثل الاخ من الام والخال واب الام فلا حق لهم في الولد وذلك لان الحضانه للنسا والقيام به بعد الحضانه الى العصبات
فيعتبر من جهه الام ما كان من النسا ويعتبر من الرجال ما كان من قبل الاب قال محمد فان كان للجاريه ابن عم وخال
وكلاهما لا باس به في دينه جعلها القاضي عند الخال لان الخال محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم اولى بها والاخ من الام
احق من الخال لانه اقرب وذكر الحسن بن زياد ان الصبي اذا لم يكن له قرابه من النسا فالعم اولى به من الخال واب الام
لانه عصبه والاخ للاب اولى من العم وكذلك ابن الاخ فان لم يكن له قرابه من جهه الاب من الرجال والنسا فاب الام اولى
من الخال والاخ من الام لان له ولادا فهو اشفق ممن لا ولاد له من ذوي الارحام قال ابو الحسن من كان من عصبتها
لا يومن عليها لفسقه ومجانته لم يكن له فيها حق لان في كفالته لها ضررا عليها والولايه تسقط بالضرر قال محمد ولا حق
للعصبه فيه الا ان يكون على دينه وهذا على قول ابي حنيفه وقياسه وذلك لان اختلاف الدين يمنع التعصيب والحق
يثبت للعصبه وقد قالوا في الاخوين اذا كان احدهما مسلما والاخر يهوديا والصبي يهودي فاليهودي اولى به لانه
عصبه دون المسلم وسيل عن النسا اذا اجتمعن ولهن ازواج قال يضعه القاضي حيث يشا وذلك لانه لا حق لهن فصار
كمن لا قرابه له قال وام الولد والزوجه الامه في الحضانه سوا اذا اعتقت وجمله هذا ان الامه وام الولد لا
حق لهما في حضانه الولد الحر لان الحضانه ضرب من الولايه ولا حق للاما في الولايات فاما اذا اعتقت فهي في الحضانه
كالحره لان الولاد موجود وهي من اهل الولايه قال واهل الذمه في هذا بمنزله اهل الاسلام وذلك لان الحق يثبت
للام لمنفعه الصغير وهذا المعنى يوجد مع الكفر كالولايه في المال فاما اذا كانت الام كافره والولد مسلما فقد ذكر في
الاصل انها في الحضانه كالمسلمه وكان ابو بكر الرازي يقول انها احق بالصغير والصغيره حتى يعقلا فاذا عقلا اسقط
حقها لانها تعودهم اخلاق الكفر وفي ذلك ضرر عليهم فيسقط حقها للضرر ولا حق للمرتده في الولد لانها
تحبس فلو تبت لها حق الحضانه لاستضر الصبي بالحبس واذا بلغت الجاريه مبلغ النسا ولم تكن مامونه
على نفسها فللاب ان يضمها اليه وان ابت لانه لا يامن المعره منها فله ان يحفظها حتى لا تلحق به شينا
وان كانت مامونه بكرا ضمها الى نفسه لانها لم تختبر الرجال فلا يومن عليها الخداع فان كانت ثيبا فلا
حق له فيها لانه قد اختبرت الرجال وامنت الخداع فاما الغلام اذا بلغ وعقل واجتمع واستغنى عن الاب
فان كانا مامونا فلا حق للاب في امساكه وليس له ان يمنعه من ماله وان كان غير مامون فله ان يضمه الى
نفسه حتى لا يلحق به شينا قال وليس عليه نفقته الا ان يتطوع لان الرجل البالغ الصحيح لا
يجب نفقته على ابيه وسنبين ذلك في النفقات ان شا الله تعالى

باب المراه تخرج بولدها الى بلد اخر

قال جمله هذا الباب ان المراه لا يجوز لها ان تخرج بولدها الى بلد اخر الا ان تكون مبتوته تخرجه الى بلدها
وقد وقع النكاح فيه او تخرجه الى مكان يقدر ابوه على مشاهدته والعود قبل الليل ... تفصيل هذه
الجمله قال ابو الحسن قال محمد اذا اراد الرجل ان يخرج من بلده واراد اخذ ولده الصغير لم يكن له ذلك حتى يبلغ ما وصفت

لنا فيما ان الام احق به منه فاذا اراد اخذه ليسقط حقها لم يمكن من ذلك قال محمد فان ارادت امراه ممن لها
الحضانه ان تخرج من المصر الذي هو فيه الى غيره الى اخر ما ذكره وهو لا يخلو اما ان يكون الام زوجه او مطلقه فان كانت
زوجه فللزوج ان يمنعها من الخروج سوا كان معها ولد او لم يكن لان عليها المقام في دار زوجها وان كانت
مبتوته فارادت ان تخرج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك لان الانسان اذا تزوج في بلد فالظاهر
انه يقيم فيه فقد التزم لها المقام في بلدها وانما لزمها اتباعه بحكم الزوجيه فاذا زالت كان ان تعود لانه رضي
بذلك فان ارادت ان تنقله الى بلدها وقد وقع النكاح في غيره فليس لها ذلك لان الاب لا يلتزم لها
المقام في بلدها ولا يجوز لها التفريق بينه وبين ولده من غير التزامه وروي عن شريح انه قال اذا افترق الوالدان
فالعصبه احق بالولد واما ان وقع النكاح في غير بلدها فارادت نقله الى البلد الذي وقع فيه النكاح فليس لها
ذلك لانه ليس بوطنها وانما هي دار غربه كما ان البلد الذي حصل فيه الزوج دار غربه واذا تساويا لم يجز له
النقل فان ارادت نقل الصبي الى بلد اخر وبين البلدين ما يقدر الاب ان يسير اليه ويعود الى منزله قبل
الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب الضرر بهذا الانتقال الا كما يلحقه من محال المصر واقطاره واما اهل السواد
اذا ارادت المراه ان تنقل الصبي الى قومها وقد وقع النكاح فيهم فلها ذلك لما قدمنا في البلد وان كان النكاح
وقع في غيرها فليس لها نقله الى قومها ولا الى القريه التي وقع النكاح فيها اذا كانت بعيده لما بينا في البلدين
وان كان بين القريتين قرب يمكن الاب النظر الى الصبي والعود قبل الليل فلها ذلك لانه لا ضرر في النقل
وان كان الاب في المصر فارادت نقل ولده الى السواد وقد تزوجها فيه فلها ذلك لان الاب التزم المقام
في مكان النكاح اذا كان وطن المراه واذا ارادت نقله من المصر الى قريه قريبه من المصر يمكن الاب النظر
الى ولده والعود قبل الليل ولم يقع اصل النكاح في هذه القريه فليس لها ذلك لان اخلاق اهل السواد اجفى
من اخلاق اهل المصر فاذا نقلت الصبي تعود تلك الاخلاق فلم يجز لها ذلك الا اذا رضي الاب في التزامه
وليس للمراه ان تنقل ولدها الى دار الحرب وان كان تزوجها هناك لان في ذلك ضررا على الصبي لانه يتعود
اخلاق الكفار وينشا معهم وقد ذكر محمد في الجامع الصغير مساله النقل وابهمها فقال انما ينظر في هذا
الى الموضع الذي وقع فيه عقد النكاح والصحيح ما ذكرنا من التفصيل وقد بينه في غير الجامع الصغير واذا
اختلف الاب والام في الولد لم يخيره قبل البلوغ فاذا بلغ خير وقال الشافعي يخير الغلام اذا عقل التخيير
لنا قوله عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي ولان مصالح الصبي لا يرجع فيها الى اختياره كمصالح ماله ولانه يختار
اسوا الابوين وهو الذي يهمله ويترك تاديبه فلم يجز الرجوع الى اختياره فاما ما روى ابو هريره ان امراه
اتت رسول الله صلى الله عليه فقالت طلقني زوجي وانه يريد ان ينزع ابنه مني وانه قد نفعني وسقاني من بير
ابي عنبه فقال استهما عليه فقال الرجل من ينازعني في ابني فقال للغلام اختر ايهما شيت فاختار امه
فاعطاه اياها فهذا كان بالغا بدلاله انها قالت نفعني ومعني نفعني كسب علي وقد قيل ان بير ابي عنبه بالمدينه
لا يمكن الصغير الاستقا منها جمن ذلك ما روي عن عماره بن ربيعه المخزومي قال غزا ابي نحو البحرين
فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته امي الى علي رضي الله عنه ومعي اخ لي صغير فخيرني علي ثلثا فاخترت
امي فابي عمي ان يرضاه فوكزه علي بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ هذا ايضا خير وهذا يدل على ان التخيير يقف على ...

كتاب الرضاع

قال رضي الله عنه الرضاع عندنا سبب من اسباب التحريم واسباب التحريم على ضروب منها النسب ومنها النكاح كامراه
الاب وامراه الابن ومنها الوطي كمن وطي جاريه بملك اليمين حرمت عليه بنتها وامها وقد دللنا على هذه الاقسام في اول
النكاح فاما الرضاع فهو سبب من اسباب التحريم وقد دل عليه قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم
من الرضاعه وقال عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والرضاع عندنا يتعلق به التحريم في جنبه المرضعه
وفي جنبه الواطي الذي نزل اللبن من وطيه فاما المرضعه فقد دل على تحريمها من لم يتلي وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم فالمرضعه ام للمرضع واولادها اخوه واخوات له لا يحل له ان يتزوج شيا من اولادها ولا اولاد اولادها كما لا
يجوز له ان يتزوج باخواته ولا بنات اخوته واخواته وامهاتها حرام عليه لانهن جداته من الرضاعه واخواتها
خالاته فيحرمن عليه ويحل له ان يتزوج بناتهن كما يجوز في النسب وكذلك ان كانت المرضعه بنتا لم يجز لزوج
المرضعه تزوجها لانه خالها من الرضاعه فهو كخالها من النسب ولا يجوز للمرضع ان يتزوج من ارضعته المرضعه
لانهن اخواته واصل ذلك ان كل اثنين اجتمعا على ثدي واحد فهما اخوان لا يجوز لاحدهما ان يتزوج بالاخر
ولا بولده واما التحريم من جهه الرجل وهو الذي يسميه الفقها لبن الفحل ومعناه ان المرضعه تحرم من رضعها
على زوجها لانهن بناته وكذلك لو كان لرجل امراتان فحملتا منه وارضعت كل واحده صغيرا اجنبيا فقد
صار اخوين من اب فان كانت احداهما انثى لم يجز لها ان تتزوج بالاخر لانه اخوها من ابيها فان كانتا انثيين لم
يجز لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من اب فان ارضعت امراه صغيرين فهما اخوان لاب وام فاعتبر التحريم

من جهة المرضعة تارة ومن جهة زوجها مرة أخرى وينتسب إلى المرضع قرابات الزوج كما ينتسب إليه قرابات الأم
وأخوات الزوج عماته لا تحل له مناكحتهن ويجوز له مناكحة أولادهن فأما الزوج جدته تحرم عليه كما تحرم الجدة من النسب
ولا تحل لهذا المرتضع أن يتزوج امرأة وطئها الزوج كما لا يجوز له أن يتزوج امرأة أبيه ولا يجوز للزوج أن يتزوج امرأة وطئها
هذا المرتضع لأنها حليلة ابنه من الرضاع فهي كامرأة ابنه من النسب هذا تفسير لبن الفحل ❁ فأما الدليل على وقوع
التحريم به فقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ومعلوم أن النسب يتعلق به التحريم من الجنبين وروى مالك
عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن الزبير عن عائشة أن النبي صلى الله عليه قال يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة وروى
مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة أن عائشة أخبرتها أن النبي صلى الله عليه كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت
حفصة فقال أراه فلانا لعم حفصة من الرضاع فقلت يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمي من الرضاعة أكان يدخل علي فقال نعم إن الرضاعة
تحرم ما تحرم الولادة ❁ وروى مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت جاء عمي من الرضاعة فاستأذن
علي فأبيت أن آذن له حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه فسألته عن ذلك أنه عمك فأذني له فقلت يا رسول الله إنما أرضعتني
المرأة ولم يرضعني الرجل فقال عليه السلام إنه عمك فليلج عليك قالت عائشة وذلك بعد أن ضرب علينا الحجاب وكان
الداخل عليها أفلح بن أبي القعيس أرضعتها امرأة أخيه والعم من الرضاعة لا يكون إلا من لبن الفحل وقد روى الزهري
عن عروة عن عائشة في هذا الخبر أن النبي صلى الله عليه قال لها ائذني له فإنه عمك قلت وكيف يكون عمي وإنما أرضعتني المرأة
ولم يرضعني الرجل فقال تربت يمينك ائذني له فإنه عمك ❁ وعن أم حبيبة أنها قالت يا رسول الله هل لك في حمنة بنت
أبي سفيان قال فأصنع ماذا قالت تتزوجها فقد أخبرت أنك أردت زينب بنت أبي سلمة فقال صلى الله عليه
لو لم تكن ربيبتي في حجري لما حلت لي لأنها ابنة أخي أرضعتني وإياه فلانة فلا تعرضن علي أمهاتكن ولا بناتكن ولا أخواتكن ولا عماتكن
وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال سلوني فسأله ابن الكواء عن بنت الأخ من الرضاعة فقال علي ذكرت لرسول الله صلى الله عليه ابنة
حمزة فقال هي ابنة أخي من الرضاعة ❁ وروي عن علي أنه قال قلت لرسول الله صلى الله عليه ما لك تتوق في قريش وتدعنا
فقال عليه السلام وعندكم شيء قال قلت نعم ابنة حمزة فقال عليه السلام إنها لا تحل لي إنها ابنة حمزة أخي من الرضاعة ❁ ولأن الزوج سبب
في نزول اللبن فيتعلق به التحريم كما يتعلق بالوالدة لما كان سببا في الولد ❁ واحتج من خالف بأن الرجل لو نزل له لبن فأرضعت
صبية به لم يحرم عليه فإذا لم يثبت التحريم بفعله لم يثبت له بفعل غيره وهذا ليس بصحيح لأن لبن الرجل لا يسمى رضاعا
ولا تكتفي به الصبي في الغالب والحكم يتبع هذا المعنى ولا يقال إن الله تعالى ذكر التحريم في جنبة النساء ولم يتعلق بجنبة
الرجال تحريم لما ذكره كما ذكر في النسب من الجنبين لأن الله تعالى تارة يبين الحكم بالنص وتارة بالتنبيه بحسب المصلحة
على أن النبي عليه السلام قد بين ذلك والأحكام كلها لا تتوقف على القرآن وإذا ثبت أن التحريم يتعدى جنبة الرجال صار
زوج المرضعة أبا فيتعلق به وبأنسابه وبزوجاته من التحريم ما يتعلق بالنسب ❁ قال والرضاع الموجب للتحريم ما كان
في الصغر فأما رضاع الكبير فلا يتعلق به التحريم والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم وقال
الرضاعة من المجاعة وهذا يدل على أن التحريم يتعلق بالرضاع إذا اكتفى الصبي به من الغذاء لأنه لا ينشز العظم ولا اللحم في
حال الكبر ❁ ولأن الكبير لا يكتفي باللبن من الغذاء فصار كلبن الشاة وقد روى جابر أن النبي صلى الله عليه قال لا رضاع بعد الفصال
ولا يتم بعد الحلم ولا صمت يوما إلى الليل بغير كلام ولا وصال في صيام ولا طلاق إلا بعد النكاح ولا عتاق إلا بعد ملك ولا وفاء
بنذر في معصية ولا يمين في قطيعة الرحم ولا تعرب بعد الهجرة ولا هجرة بعد الفتح ❁ وأما حديث سهلة فقد روي أن أبا حذيفة
بن عتبة وكان من أصحاب النبي صلى الله عليه وشهد بدرا وقد كان تبنى سالما الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة كما تبنى رسول الله صلى الله عليه زيد
بن حارثة وأنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي يومئذ أفضل أيامى قريش فلما أنزل الله تعالى ادعوهم لآبائهم
هو أقسط عند الله رد كل واحد منا من تبناه إلى أبيه فإن لم يعلم أبوه رد إلى مواليه فجاءت سهلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة
من بني عامر بن لؤي إلى رسول الله صلى الله عليه فقالت يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وليس لنا إلا بيت واحد فما ترى في
شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنك فكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بذلك عائشة فيمن كانت
تحب أن يدخل عليها من الرجال كانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر وبنات أخيها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها من الرجال
وأبى سائر أزواج النبي صلى الله عليه أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه سهلة
بنت سهيل إلا رخصة في سالم وحده ❁ فلا دلالة فيه لأن هذا الخبر منسوخ بقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال وبقوله الرضاع
ما أنبت اللحم ❁ فأما مذهب عائشة فهو معارض بمذهب زوجات النبي صلى الله عليه وقد خالفها في ذلك عامة أصحاب النبي عليه السلام
فقال علي رضي الله عنه لا رضاع إلا ما كان في الحولين وقال لا رضاع بعد الفصال ❁ وقد روي أن رجلا من أهل البادية ولدت امرأته فمات
ولدها فورم ثديها فجعل يمصه ويمجه فدخلت جرعة منه حلقه فجاء إلى أبي موسى فسأله فقال حرمت عليك فجاء إلى عبد الله بن مسعود
فسأله فقال سألت عنها أحدا فقال سألت أبا موسى فقال حرمت عليك فقال أما علمت أنه إنما يحرم من الرضاعة ما أنبت اللحم
فقال أبو موسى لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر فيكم ❁ وقال أبو هريرة لا رضاع إلا ما فتق به الأمعاء وكان يغذى به قبل
الطعام ❁ وعن ابن عمر أن رجلا جاء إلى عمر رضي الله عنهما فقال كانت لي وليدة وكنت أطأها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها فدخلت
عليها فقالت دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر أوجعها وأت جاريتك فإنما الرضاعة رضاعة الصغير ❁ وقليل
الرضاع وكثيره يثبت التحريم في حال الصغر وقال الشافعي لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات وقال نفاة القياس بثلاث رضعات

لنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولم يفصل وروي عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه قال يحرم من
الرضعة ما يحرم من الحولين الكاملين وروي أن قتادة كتب إلى إبراهيم يسأله عن الرضاع فكتب إليه أن عليا وعبد الله كانا يقولان
كثيره وقليله يحرم ❁ وعن ابن الزبير قال أمرني عطاء بن أبي رباح أن أسأل ابن الزبير عن الرضعة الواحدة أو قال عن المصة الواحدة
فقال لا يصلح فقال له إن ابن الزبير كان يرخص فيها فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير حرم الله الأخوات من الرضاعة ❁
ولأنه سبب للتحريم هو تأبيد فلا يعتبر فيه التكرار كالوطء ❁ وأما قوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا
الإملاجتان فإنما ورد في رضاع الكبير بدلالة أن التحريم يثبت في حق البالغ دون الطفل وبدلالة ما روت أم الفضل قالت
دخل أعرابي على النبي صلى الله عليه وهو في بيتي فقال كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت
امرأتي الحدثى رضعة أو رضعتين فقال صلى الله عليه لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان فثبت أنه في رضاع الكبير وقد
نسخ ذلك باتفاق منا ❁ وأما حديث عمرة عن عائشة قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم
نسخن بخمس معلومات يحرمن فتوفي رسول الله صلى الله عليه وهي مما يقرأ من القرآن فحديث ضعيف لاتفاق الأمة
على إسقاط ذلك من التلاوة يدل على نسخه لامتناع أن يتركوا شيئا من تلاوة القرآن ❁ وقد روى القاسم عن عمرة عن عائشة
قالت كان فيما أنزل من القرآن ثم سقط أنه لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس رضعات معلومات فقد أخبرت بسقوط الأمرين
ولأن هذا كان في رضاع الكبير بدلالة أن التحريم في الحقيقة لا يثبت إلا في حقه وليس يمتنع أن يختلف رضاع الكبير والصغير
لأن الكبير لا يكتفي من الغذاء بما يكتفي به الصغير ❁ فإذا ثبت أن رضاع الكبير لا يثبت به التحريم ورضاع الصغير يثبت به
التحريم احتجنا إلى الحد الفاصل بين الأمرين فقال أبو حنيفة يثبت حكم الرضاع في الصغير إلى ثلاثين شهرا فما
ارتضع بعدها لم يتعلق به حكم وقال أبو يوسف ومحمد إلى الحولين وهو قول الشافعي وقال زفر إلى ثلاث سنين
لأبي حنيفة قوله تعالى فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فأثبت الفصال بعد الحولين بتراضيهما وهذا
يمنع وقوع الفصال قبل التراضي ولأنه مدة لانتقال الصبي من حال إلى حال لها نادر ومعتاد فإذا جاز أن يزاد على
نادرها جاز أن يزاد على معتادها كمدة الحمل ولأن مدة الحمل لما جاز أن يتقدر بالسنتين وستة أشهر جاز أن يتقدر
الرضاع بالأمرين ❁ وجه قولهما قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وقال
صلى الله عليه لا رضاع بعد الحولين وجه قول زفر أن السنة الثالثة لما ثبت التحريم بالرضاع في ابتدائها ثبت في انتهائها
كالسنة الأولى والثانية ❁ وقد اختلف أصحابنا في فصل وهو الرضاع بعد الفصال في المدة على كل واحد منهم
فيما قدره فروى محمد عن أبي حنيفة أن ما كان من رضاع في ثلاثين شهرا قبل الفطام أو بعده فهو رضاع يحرم وروى الحسن عن أبي حنيفة
قال إذا فطم في السنتين حتى استغنى بالطعام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهرا لم يكن ذلك رضاعا
لأنه لا رضاع بعد الفطام ❁ وإن كانت هي فطمته فأكل أكلا ضعيفا لا يستغني به عن الرضاع ثم عاد فارتضع كما ارتضع
أولا في الثلاثين شهرا فهو رضاع يحرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم ❁ وروى محمد وأصحاب الإملاء عن أبي يوسف
أنه إذا فطم قبل الحولين ثم ارتضع في بقية الحولين فهو رضاع وهو مذهب محمد كان لا يعتد بالفطام قبل الحولين ❁
وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه إذا ارتضع بعد الفطام في الحولين لم يكن رضاعا وجه قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين
عن أبي يوسف قول النبي صلى الله عليه لا رضاع بعد الفصال ❁ ولأن المدة المقدرة إنما وردت لأن الصبي يستغني عن الرضاع بعدها فإذا
فطم واستغنى صار كمضي المدة ❁ وأما رواية الحسن فلا تخالف الرواية الأخرى لأنه لم يتم الفطام إذا لم يكتف الصبي بالغذاء
والخلاف في الفطام إذا تم واكتفى الصبي بالغذاء وجه الرواية الأخرى عن أبي يوسف وقول محمد أن هذه المدة مقدرة للرضاع
فصار ما بعد الفصال وقبله سواء ❁ ولأن الصبي في العادة يكتفي بغذاء اللبن وإن فطم في هذه المدة فصار وجود الفطام
وعدمه سواء ❁ وسواء عندنا أن يصل اللبن إلى جوف الصبي من سعوط أو ثدي أو غيره لأن المعنى حصول الغذاء باللبن وهذا
المعنى موجود ❁ والسعوط يصل إلى الدماغ والسعوط يصل إلى الجوف وهو في حكم الجوف فيقع به التغذي ❁ ولا
فرق بين البكر المرأة منهم والثيب ومن لا زوج لها ومن لها زوج لأن الغذاء يحصل للصبي في الأحوال كلها وهو المعنى الذي
يتعلق به التحريم ❁ ولا فرق عندنا بين لبن الحية والميتة في وقوع التحريم به وقال الشافعي إذا حلب اللبن بعد
الموت لم يقع به التحريم لنا أن اللبن بعد الموت على ما كان عليه قبله إلا أنه في وعاء نجس وذلك لا يمنع وقوع التحريم
كالمحلوب من الحية في ظرف نجس أو خلط به خمر ❁ ولأن الميتة فقد فعلها وفعل المرضعة غير معتبر بدلالة ارتضاع
الصبي منها وهي نائمة ولا يعتبر لبن الميتة في التحريم بوطء الميتة لأن المقصود من اللبن التغذي والموت لا يمنع من ذلك
والمقصود من الوطء اللذة المعتادة وذلك لا يوجد في وطء الميتة ❁ قال فإن حقن الصبي باللبن لم يحرم ولم يحك
خلافا وروي عن محمد أنه يحرم وجه قولهم المشهور أن الحقنة تصل إلى المعاء الثانية والغذاء يكون في المعاء الأولى
فلا يقع بها التغذي ولا تحريم ووجه قول محمد أنه قد وصل إلى الجوف ولذلك يقع الفطر به فصار كما لو وصل
من الفم ❁ وأما إذا أقطر في أذنه لم يثبت التحريم لأنه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الأذن فلا يثبت به التحريم
وكذلك إذا أقطر في إحليله لأن ذلك لا يصل إلى الجوف والظاهر أنه يصل إلى المثانة ❁ وكذلك إذا أقطر في
جائفة أو آمة وذلك لأن الغذاء لا يحصل بما يصل في الجراح فلا يعتد به في التحريم ❁ وأما إذا اختلط اللبن بغيره
فهو على وجوه إذا اختلط بالطعام فمسته النار حتى نضج أو طبخ بالنار لم يتعلق به التحريم في قولهم لأنه استحال
بالطبخ وزال عن صفته ❁ وإذا اختلط به الطعام ولم تمسه النار والطعام هو الغالب لم يثبت به التحريم وذلك

لان الطعام اذا غلب عليه سلب قوته ومن العين اللبن منه فلم يتعلق به التحريم ه وان كان اللبن غالبا للطعام وهو طعام
يستبين ويعتد به فان التحريم لا يقع به عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد يقع ه حجه قول ابي حنيفه ان الطعام
اذا وقع في اللبن وان كان دونه فانه يسلب قوته بدلاله انه يرق ويضعف في المشاهده فصار كالغالب عليه ووجه
قولهما ان اللبن اذا كان غالبا فهو متبوع وغيره تبع فلا يمنع التحريم كاللبن اذا غلب على الماء ه واما اذا اختلط اللبن بالدوا او
الدهن او النبيذ فان كان اللبن غالبا تعلق التحريم لان هذه الاشيا تعمل في اللبن ليوصله الى مكان لا يصل اليه بنفسه فوقوع
التحريم مع مخالطته اولى ه واما اذا غلب الدوا لم يقع به التحريم لان اللبن مغلوب لا يقع به التغذي ه واما اذا خلط اللبن
بالما فان كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم لان الحكم له والما تبع ه وان كان الما غالبا لم يقع به التحريم وقال الشافعي اذا
قطر من الثدي مقدار خمس رضعات في حب فيه ما فشرب منه الصبي تعلق به التحريم وهذا فاسد لان النبي صلى الله عليه علق
التحريم بما يقع به التغذي والما الغالب لا يتغذى به الصبي فلا يقع به التحريم ه واما اذا اختلط اللبن بلبن الشاه لم يتعلق
به التحريم لان لبن الشاه لا يوثر في التحريم كالما ه واما اذا اختلط لبن امراتين فروى محمد عن ابي يوسف ان التحريم للاغلب
وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف عن ابي حنيفه مثله وقال زفر ومحمد يقع التحريم منهما لابي حنيفه وابي يوسف
ان الحكم يتعلق بالغالب والمغلوب تبع فلا يعتد به كما لو غلب عليه غير اللبن لمحمد ان الشي لا يصير مستهلكا في
جنسه وانما يصير مستهلكا بغير جنسه واذا لم يستهلك الا فلا تعلق التحريم بهما ه قالوا واذا ارضعت امراه صبيا
حرم عليه ولدها من تقدم منهم او تاخر فمن نتاج المده او طالت فمن ارضعته بلبنه ومن لم ترضعه بلبنه لانها صارت اما
له واولادها اخوته والتحريم يتعلق بالاخوه من الرضاع كما يتعلق بالاخوه من النسب ه وقد قال اصحابنا ان ما يتعلق
به التحريم من النسب يتعلق بمثله من الرضاع الا مسئلتين لا يجوز للرجل ان يتزوج اخت ابنه من النسب ويجوز ان يتزوج اخت ابنه
من الرضاع وذلك لان المانع من تزويج اخت ابنه وطيه لامها وهذا المعنى لا يوجد في الرضاع والمسله الثانيه لا يجوز للرجل
ان يتزوج ام اخيه من النسب ويجوز من الرضاع لان المانع من النسب وطي ابيه لها وهذا لا يوجد في الرضاع واما اخت ابنه
فيجوز ان يتزوجها من النسب فكذلك من الرضاع ه ويجوز للرجل ان يتزوج ام المرضع لان المرضع ابنه ويجوز للرجل ان يتزوج
ام ابنه من النسب وكذلك يتزوج بمحارم اب الصبي من الرضاع او النسب كما يتزوج امه ه ولا باس بان يتزوج المرضع بنت
اخي ابيه من الرضاع وبنت اخي امه وبنت اختها لانها بنت عمه وبنت خاله وبنت خالته وذلك يجوز من النسب كذلك من الرضاع وقال
محمد في الاملا رواية الكيساني لو تزوج رجل امراه فطلقها قبل ان يدخل بها لم يحل له ان يتزوج امهاتها من الرضاعه لان العقد
على المراه يحرم امهاتها من النسب كذلك من الرضاعه ه ولا يحل له ان يتزوج بنت امراته من الرضاع ان كان دخل بها وذلك
لان تحريم الربيبه من النسب يتعلق بوطي الام فكذلك الربيبه من الرضاع ه واذا طلق الرجل امراته فانقضت عدتها ولها
لبن منه فتزوجت وحبلت من الثاني فارضعت صبيا قال ابو حنيفه التحريم من الاول دون الثاني حتى تضع فاذا وضعت فالتحريم
من الثاني دون الاول وقال ابو يوسف في الاملا اذا نزل لها لبن فالتحريم للثاني وبطل الاول وروى الحسن بن زياد عنه انها اذا
حبلت فاللبن للثاني وقال محمد اذا نزل لها لبن فالتحريم للزوجين فاذا وضعت فالتحريم للثاني وجه قول ابي حنيفه ان
الحامل قد ينزل لها لبن وقد لا ينزل حتى تضع والتحريم متعلق بالاول فلا يرتفع حتى يحدث سبب مثله ولما زياده اللبن
فلا يدل على حدوث اللبن من الثاني لان اللبن قد يزيد بجوده الغذا وصحه البدن فلم يجز ان يزيل التحريم بالشك ووجه
قول ابي يوسف ان الحامل قد ينزل لها لبن فاذا ازداد لبنها فالظاهر انه حدث من الحمل الثاني لان المرضع كلما تمادي
زمانها قل لبنها فلما كثر غلب انه حادث فيتعلق به التحريم ه واما روايه الحسن عنه فلان الحمل يقطع اللبن الاول ويحدث عنده
اللبن من الثاني فصار كلبنين خلطا فيتعلق التحريم بهما واذا وضعت انقطع لبن الاول في الغالب فيتعلق الحكم بالثاني ه قد
بينا على ما ذكره ابو الحسن في الكتاب حكم التحريم المتعلق بالرضاع السابق ولم يبين ابو الحسن حكم التحريم الطارئ بالرضاع على
النكاح وقد قال اصحابنا لا فرق في التحريم بين الطارئ من الرضاع والمتقدم فمن تزوج صغيره فارضعتها امه حرمت عليه
وذلك لان هذا تحريم موبد فيستوي فيه الابتدا والبقا ه وروى الحسن عن ابي حنيفه لو تزوج رجل صبيتين رضيعتين
فجات امراه فارضعتهما معا او واحده بعد الاخرى فانهما صارتا اختين بارضاع الثانيه فكانها ارضعتهما معا وتحريم الجمع
بين اختين يستوي فيه الابتدا والبقا ه ولكل واحده من الصغيرتين نصف المهر لان الفرقه قبل الدخول حصلت بغير
فعلهما ه ثم ينظر فان كانت المرضعه تعمدت الفساد رجع عليها الزوج بما غرم من المهر وان كانت لم تتعمد لم يرجع
عليها وقال الشافعي تضمن مهر المثل في الوجهين جميعا لنا ان الرضاع سبب في التحريم والتحريم سبب في ضمان المهر
وضمان السبب يختلف فيه التعدي وغير التعدي كحفر البير ه وان كانت المرضعه لم تتعمد الفساد لم تضمن لعدم
التعدي وانما ضمنها الزوج اذا تعمدت ما غرم لانها قررت عليه ما كان يجوز ان يتخلص منه الا ترى انه يجوز انها تكبر
لتريد فيسقط جميع المهر فاذا ارضعتها قررت عليه نصف المهر فكانها اخذت ذلك من ماله فاتلفته ه ولا يجوز
ان تضمن مهر المثل لان خروج البضع من ملك الزوج لا يتقوم عندنا فاتلافه لا قيمه له لا يضمن ه قال ابو الحسن قال ابو حنيفه
وان كن ثلاثا فارضعتهن واحده بعد الاخرى بانت الاوليان وكانت الثالثه امراته لانها لما ارضعت الثانيه صارتا اختين
فوقعت الفرقه بينهما وبينه ثم ارضعت الثالثه فصارت اختا لهما وهما اجنبيتان والتحريم يتعلق بالجمع ولا جمع لا يفسد
نكاحها ه فان ارضعت الاولى ثم الثنتين معا بن جميعا لان رضاع الاولى لم يتعلق به تحريم فلما ارضعت الاخريين معا
صرن اخوات في حاله واحده فليفسد نكاحهن ه قال وان كن اربع صبيات فارضعتهن واحده بعد الاخرى بن جميعا لانها لما

ارضعت الثانيه صارت اختا للاولي فانها ارضعت الرابعه صارت اختا للثالثه ه قال وان تزوج كبيره وصغيره فارضعت
الكبيره الصغيره قبل الدخول فانها صارت بنتا لها والجمع بين الابنه والام يستوي في تحريمه الابتدا والبقا ه ولا مهر
للكبيره لان الفرقه جات قبل الدخول من جهتها ه وللصغيره نصف المهر يرجع به على الكبيره ان كانت تعمدت الفساد
[illegible]
زوج رجل ام ولده مملوكا له صغيرا فارضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان الزوج صار ابنا للمولى
فلا يجوز ان تبقى على نكاح من وطيها ابوه ولا يجوز للمولى ان يطاها بملك اليمين لانها امراه ابنه ه ولو تزوج صبيه صغيره
فطلقها ثم تزوج كبيره لها لبن فارضعتها حرمت عليه لانها صارت ام امراته ه وقد بينا التحريم الطارئ للاجماع على النكاح
فالواجب ان نبين حكم الشهاده بالرضاع التي يفسخ بها النكاح او لا يفسخ ه قال اصحابنا لا يقبل في الرضاع الا شهاده
رجلين او رجل وامراتين وقال الشافعي يقبل فيه شهاده اربع نسوه ه وقد روى محمد عن عكرمه بن خالد عن عمر رضي الله عنه انه قال
لا يقبل على الرضاع اقل من شاهدين ه وروي ان رجلا تزوج امراه فجات امراه فزعمت انها ارضعتهما فسال الرجل عليا رضي الله عنه
فقال هي امراتك ليس احد يحرمها عليك فان تنزهت فهو افضل وسال ابن عباس فقال مثل ذلك ه والوجه فيه
ان الرضاع معنى يجوز للرجال الاطلاع عليه الا ترى ان محارمها ينظرون اليها وما جاز للرجال الاطلاع عليه لم يجز الاقتصار فيه
على شهاده النسا كالاموال ه ولا حجه لهم ه واما ما روي عقبه بن الحرث قال تزوجت بام يحيى بنت ابي اهاب فجات سودا
فقالت اني ارضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه فاعرض ثم ذكرته فاعرض حتى قال في الثالثه او الرابعه فدعها اذا
وروي انه قال فارقها فقلت يا رسول الله انها سودا قال كيف وقد قيل لا دلاله فيه لان النبي عليه السلم انما ذكر ذلك على
طريق التنزه والاولى الا ترى انه اعرض عنه اولا وثانيا ولو وجب التفريق لم يعرض ثم قال فارقها وهذا يدل على بقا
النكاح ه وقد روى محمد هذا الحديث ثم قال وبهذا ناخذ ان كانت المراه ثقه عنده فالاولى له ان يتنزه ويمتنع ولا يجب
عليه ذلك ه واما ما روي ابن عمر ان النبي صلى الله عليه سئل ما يجوز في الرضاع من الشهاده فقال رجل وامراه فمحمول على وجوب
التنزه بقوله والامتناع من التزويج بشهادتهما والاولى فاما التحريم فلا الا ترى انا اتفقنا ان شهاده المراه الواحده لا تقبل في
التحريم فلم يبق الا التنزه ه

باب النفقه على الزوجه

قال النفقه تجب على الانسان لغيره باسباب منها الزوجيه والنسب والملك والاصل في وجوب النفقه للزوجه
قول الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وقال لينفق ذو سعه من سعته وقال تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ه وروى ابو حره الرقاشي عن عمه قال كنت اخذا بزمام ناقه رسول الله صلى الله عليه
اوسط ايام التشريق اذود عنه الناس فقال اتقوا الله في النسا فانهن عندكم عوان لا يملكن لانفسهن شيئا وانما اخذتموهن
بامانه الله واستحللتم فروجهن بكلمه الله لكم عليهن حق ان لا يوطين فرشكم احدا غيركم ولا ياذن في بيوتكم
لاحد تكرهونه فان خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم
رزقهن وكسوتهن بالمعروف ثم قال الا هل بلغت قالها ثلاثا ه وروي ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه فقال ما
حق المراه على الزوج قال ان يطعمها اذا طعم وان يكسوها اذا اكتسى وان لا يهجرها الا في بيتها ولا يضرب الوجه ولا يقبح

وجب ان النبي صلى الله عليه قال لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف . ولو لا ان النفقه واجبه لم ياذن لها
ان تاخذها بغير امره . ولان المراه في حبس الزوج ممنوعه من الخروج والاكتساب لحقه فكان عليه كفايتها . قال ابو سليمان
وابن سماعه عن الوليد عن ابي يوسف اذا تزوج الرجل المراه البالغه فطلبت النفقه قبل ان يحولها الى منزله فلها النفقه اذا
لم يطالبها بالنقله ولكن لان النقله حق له والنفقه حق لها فاذا ترك هو حقه لم يسقط حقها . فان طالبها بالنقله
فامتنعت فلا نفقه لها وهذا على وجهين ان كان الامتناع بحق مثل ان تمتنع لتستوفي المهر فلها النفقه وذلك لان المهر
حقها والنفقه حقها والمطالبه باحد الحقين لا يسقط الاخر . ولان لها الامتناع حتى تستوفي المهر فلو اسقطنا
نفقتها لحقنا بها الضرر الذي يجب الحاقه بالزوج الممتنع من ادا حقها . فاما اذا كان الامتناع بغير حق وقد ادى لها
مهرها او كان موجلا فلا نفقه لها لانها ناشزه والنشوز يسقط النفقه . والاصل فيه ما روي ان فاطمه بنت قيس كانت تبذو على
احمائها فنقلها رسول الله صلى الله عليه الى بيت ابن ام مكتوم ولم يجعل لها سكنى ولا نفقه . فان كانت صغيره تجامع مع مثلها فهي
كالكبيره لانها مسلمه نفسها في منزل زوجها والنفقه لا تختلف بالبلوغ وعدمه كالمهر . قال فان وقع العقد وهي
صغيره لا تجامع مثلها فلا نفقه لها وقال الشافعي لها النفقه لنا انها غير مسلمه لنفسها في منزل زوجها وانما تعلم بالنقل
فهي كالكبيره الناشزه التي حملت الى بيت زوجها مكرهه لم تستحق النفقه وليس كذلك اذا كان الزوج صغيرا وهي كبيره
لانها مسلمه لنفسها وانما الزوج عجز عن التسليم وذلك لا يسقط حقها . قال وان كانت مريضه مرضا لا يصل الى الدخول
بها فطلبت النفقه ولم ينقل فلها النفقه اذا لم تحل بينه وبين ان ينقلها اليه وهي مريضه فان امتنعت من ذلك فلا نفقه لها
وذلك لان المريضه اذا بذلت الانتقال فقد سلمت نفسها وهناك عارض مانع من الوطي فيجب لها النفقه كالحايض فان
امتنعت من الانتقال فهي غير مسلمه فلا يجب لها النفقه . فان كانت قبل ان ينقلها محبوسه في دين فان كانت
يقدر ان يخلي بينه وبين نفسها فلها النفقه وان كانت في موضع لا يقدر عليها فلا نفقه لها وذلك لانها اذا قدرت
ان يوصله اليها فقد تمكن من الاستمتاع والمنع من تسليمها نفسها ليس من جهتها فلا يسقط حقها واما اذا لم يقدر
على الوصول اليها فليست مسلمه نفسها فلا يجب لها النفقه . قال ولو طلبت النفقه وليست مريضه ولا محبوسه
وهي بالغه ففرضت لها النفقه ثم مرضت او حبست لم يبطل نفقتها وذلك لان التسليم قد حصل بالانتقال والمنع عارض
بغير فعلها فهو كالحيض وليس كذلك اذا كان قبل الانتقال لان التسليم لم يوجد فجاز ان يكون المنع موثرا وهذا الذي ذكره
في الحبس محمول على الحبس بدين لا تقدر على ادايه فاما اذا قدرت على ادايه فلم تفعل فلا نفقه لها عليه وتوده ان شا وانما
يريد بالدخول في هذه المسايل الانتقال وربما عبروا عنه بالبنا فقالوا اذا كان ذلك قبل ان يبني بها انما يريدون به الانتقال
دون الدخول الا ترى ان محمدا قال في الرتقا اذا طلبت النفقه فان كان دخل بها فلها النفقه والرتقا لا تجامع وانما المراد بالدخول
النقل والوجه في سقوط النفقه اذا كان المرض قبل التسليم ان التخليه لم يوجد منها فاذا اسلمت نفسها مع وجود
المانع فلم يوجد التسليم الذي اوجبه العقد فلم تستحق النفقه ولهذا قال ابو يوسف له ان يردها لان التسليم
المستحق بالعقد منتظر فكان له ان لا يقبل التسليم الذي لم يوجبه العقد فكان له الامتناع من قبوله . وان كانت
الصغيره قد ينتفع بها بالخدمه او كانت المريضه توانسه وينتفع بها بشي غير الجماع فان امسكها لزمه النفقه وان لم
يمسكها وردها فلا نفقه لها حتى يحال بحيث تقدر فيه على جماعها . وذلك لان الوطي اذا تعذر فلم يوجد التسليم الموجب بالعقد
فكان له الامتناع من القبول . فان امسكها ولم فيها منفعه فقد حصل له ضرب من الاستمتاع ورضي بالتسليم مع النقص
فكان عليه النفقه . قال ابن سماعه سمعت ابا يوسف قال في الرتقا لا يلزمه نفقتها ما لم يبن بها فان بنى بها فالنفقه عليه
وليس له ان يردها بعد ان بنى بها وانما يريد بالبنا النقل لان الرتقا لا يمكن ان تجامع . وقد ذكر في الاصل في الرتقا والمريضه
اذا طلبت النفقه قبل النقله [illegible]
[illegible] وجه ما قال ابو يوسف ان التسليم الذي اقتضاه العقد [illegible]
[illegible]
[illegible] الصغيره
التي لا ينتفع بها والمريضه التي لا يستانس بها لانه لا ينتفع بها بوجه فكان له ردها . قال في الاصل اذا دخل الرجل
بامراته ثم مرضت او ذهب عقلها فصارت معتوهه مغلوبه او كبرت ودخلت في السن حتى لا يستطيع الزوج جماعها او
اصابها بلاء فلها النفقه وذلك لان التسليم المستحق بالعقد قد وجد والمانع من الاستمتاع بغير فعلها فلا يسقط نفقتها
قال مستشهدا على ذلك الا ترى اني اجعل النفقه للرتقا وهو لا يستطيع جماعها وكذلك المريضه لها النفقه اذا زفت اليه
او لم تزف اذا كانت كبيره وهذا يدل على خلاف ما قاله ابو يوسف في المريضه . قال ابو يوسف وان حجت المراه حجه فريضه
وقد كان الزوج دخل بها فلها النفقه وان لم يدخل بها فلا نفقه لها وانما نعني بالدخول النقل فاذا حجت قبل ان تسلم نفسها
فلا نفقه لها في قولهم لانها ممتنعه من التسليم بفعلها واما اذا انتقلت الى منزل الزوج ثم حجت مع محرم لها فلها النفقه عند
ابي يوسف وقال محمد لا نفقه لها لابي يوسف ان التسليم قد وجد والمانع انما هو لادا فرض عليها فصار كصوم رمضان
ولان المنع من الاستمتاع بعد الانتقال اذا كانت معذوره فيه لم تسقط النفقه كالمرض لمحمد انها مانعه لنفسها بفعلها
فصارت كالناشزه وليس كذلك المريضه والصايمه في رمضان لانها مسلمه لنفسها في منزله فاذا ثبت من اصل ابي يوسف
وجوب النفقه قال تفرض لها القاضي نفقه الاقامه دون نفقه السفر لان الزوج لا يلزمه الا النفقه الحضر وانما تحتاج الى زياده

المونه لا فرض يختص بها فكان كذلك حاليا . فان جاورت مكه واقامت بعد ادا الحج اقامه لا تحتاج اليها سقطت
نفقتها لانها غير معذوره في ذلك فصارت كالناشزه . واذا ثبت لمحمد انه لا نفقه لها فان اخرج الزوج معها فلها
النفقه لانه يتمكن من الاستمتاع بها في طريقه فصارت كالمقيمه في منزله . قال ابو يوسف فان طلبت نفقه ثلاثه اشهر
قدر الذهاب والمجي لم يكن على الزوج ذلك ولكنه يعطيها نفقه شهر واحد فان عادت اخذت ما بقي لان النفقه
تجب حالا فحالا فلو كلفناه دفع نفقه هذه المده لا فرضنا به وهذا لا يجوز فاما نفقه الشهر فلما جرت العاده بدفع الزوج
ذلك علم يكن فيه ضرر جاز ان يقضي به . قال محمد ولو ان امراه فرض لها النفقه وذلك لان المنع من التسليم وجد
بغير فعل الله فصار كما لو وجد بفعلها . قال وكذلك لو حبست وهذا في الحبس خلاف ما قال ابو يوسف
اذا كان بعد التسليم والوجه فيه انه منع من وجهه الادمي فصار كالمنع بفعلها . واذا تزوج الرجل الامه او المدبره او ام
الولد فان بواهن المولي بيوت الازواج فلهن النفقه والا فلا نفقه لهن والاصل في هذا ان المولي لا يجب عليه ان
يبوي امته المزوجه بيت الزوج لانه عقد على منافع بضعها ومنافع اعضايها فلو لزمه التبويه لاستحق عليه منافع
الاعضا وهذا لا يجوز . والتبويه ان يخلي بينها وبينه في منزله لا يستخدمها فان فعل ذلك فعلى الزوج النفقه
لانها صارت مسلمه نفسها في بيته كالحره . فان لم يفعل فليست مسلمه نفسها فلا نفقه لها كالحره الناشزه . ولو بواها
فقد اسقط حقه عن منافع لم توجد فلا يستحق ذلك عليه كالمعير وتسقط النفقه لان التسليم زال فان عاد فبواها عادت
النفقه لوجود التسليم كالحره اذا نشزت ثم عادت . وقوله في الاصل الامه اذا بواها فكانت تسير في الاوقات الى مولاها فتخدمه
من غير ان يستخدمها لم تسقط نفقتها وذلك لان هذا القدر من الخدمه لا يمنع التسليم ولم يوجد من المولي استخدام بعد به مانعا
فصارت كالحره اذا خرجت الى منزل ابيها . اما المكاتبه اذا تزوجت باذن المولي فلها النفقه لان منافعها على ملكها ولا حق للمولي
فيها فهي كالحره فيجب على التسليم ويجب على الزوج النفقه . واذا تزوج العبد باذن مولاه فهو في وجوب النفقه كالحر لان النفقه
من احكام العقد كالمهر وكما يجب على العبد المهر فكذلك يجب عليه النفقه . وتكون النفقه في رقبته وكسبه فيباع
فيها الا ان يفديه المولي وذلك لانها دين على العبد وديون العبد تستوفى من اكسابه ورقبته وقد بينا ذلك في البيوع .
فان فداه المولي لم يبع لانه لا حق للغريم الا في الدين فاذا اوفاه المولي سقط حقه فاذا مات بطل ذلك ولم يوخذ المولي بشي
لان الديون المتعلقه بالرقبه تسقط بتلفها كما يسقط الدين بتلف الرهن . قال وان قتل كانت النفقه في قيمته
وهذا لا يصح لانه ان وجبت عليه النفقه فمات او قتل سقط عند اصحابنا لانها صله والصلات اذا لم تقبض تسقط بالموت
كساير الصلات واذا كان هذا في النفقه على الحر فالنفقه على العبد اولى ان تسقط بقتله وانما ينتقل الى القيمه
ديون العبد التي لا تجري مجرى الصلات ولا تسقط بالموت لان القيمه قايمه مقام الرقبه فانتقل اليها الحق المتعلق
بالرقبه . وكذلك المدبر وام الولد غير انهما لا يباعون وذلك لان ديونهم تتعلق باكسابهم ولا تتعلق برقابهم
لانها لا تستوفى من الرقاب فتعذر بيعهم . فاما المكاتب فعند اصحابنا تتعلق النفقه برقبته وكسبه لانه يتصور
قضاوها من رقبته اذا عجز فيباع فاذا كان كذلك يسعى فيه ما دام مكاتبا فاذا عجز صار كالعبد يباع فيها الا ان يفديه
المولي . فاما المعتق بعضه فهو عند ابي حنيفه بمنزله المكاتب الا انه لا يتصور فيه العجز ولا يجوز بيعه في الدين
وهو على قولهما بمنزله حر عليه دين . وكل امراه لها النفقه فلها السكنى لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم
من وجدكم ولان النفقه انما تفرض لها لحوايجها وهذه تحتاج الى كفايه السكنى . والنفقه على الذمي لزوجته
كالمسلم لان النفقه من احكام العقد والمسلم والكافر في احكام العقد سوا . وقد قال ابو حنيفه اني افرض
النفقه عليه لكل امراه اقرت على نكاحها جايزا كان النكاح عندي او باطلا وهذا على اصله انهم يقرون على
انكحتهم ولا يعترض عليهم فصارت كالانكحه الصحيحه . فاما ابو يوسف ومحمد فلا يفرضان على الذمي نفقه زوجته
ان كانت ذات رحم محرم منه لانه لا تقر على نكاحها فلا يجوز ان يفرض لها كما لا تفرض على المسلم في النكاح الفاسد
وهذا ظاهر على اصل ابي يوسف لانه يفرق بينهم تحاكموا او لم يتحاكموا فاما محمد فانه لا يفرق الا اذا
طلب احدهما الا انه يقول اذا طلبت النفقه لا يجوز للقاضي القضا بها لان في ذلك تقريرا للعقد وهذا لا يجوز .
ولا يجب على مسلم في نكاح فاسد سكنى ولا نفقه وذلك لان النفقه والسكنى تجب في مقابله التسليم والتسليم
في النكاح الفاسد ممنوع منه فلم يجز ايجاب النفقه لاجله . ولا يجب عليه نفقه في عده لم يجب لها النفقه في النكاح ففي
العده اولى . فان كانت العده من نكاح صحيح فلها السكنى والنفقه اي فرقه كانت طلاقا او غير طلاق باينا كانت الفرقه
او غير باين الا ان تكون الفرقه جاءت من قبلها بمعصيه وقال الشافعي للمطلقه الرجعيه النفقه والسكنى فاما المبتوته
فان كانت حاملا فلها النفقه والسكنى وان كانت حايلا فلها السكنى بغير نفقه وقال ابن ابي ليلى لا نفقه لها ولا سكنى
لنا ما روي ان فاطمه بنت قيس لما روت ان النبي صلى الله عليه لم يجعل لها النفقه والسكنى قال عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا
ولا سنه رسولنا ولا ناخذ بقول امراه لعلها نسيت او شبه لها سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول لها السكنى والنفقه .
ولان كل من وجب عليه سكنى شخص لزمه نفقته كالزوجه والرجعيه . ولا يلزم العبد الرهن ان سكناه على المرتهن
ونفقته على الراهن لان المرتهن لا يجب عليه السكنى وانما هو بالخيار ان شا اسكنه واستوفى بذلك حق الحبس وان
شا تركه عند المولي . ولان كل من تستحق النفقه اذا كانت حاملا تستحق النفقه اذا كانت حايلا كالرجعيه .
وقولهم انها تستحق النفقه مع الحمل وانما النفقه للحمل لا يصح لان عند الشافعي نفقه الولد لا تتقدر ونفقه الزوجه تتقدر

[illegible]

والحامل يقضى لها بنفقة مقدرة ❁ ولما حدثت فاطمة بنت قيس فقد انكره عمر وروي ان زوجها اسامة بن زيد كان
اذا سمعها تحدث بذلك حصبها بكل شيء بيده ❁ وروي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت لقد فتنت الناس
بهذا الحديث وانكار احوال الصحابة اي صيره كطعن ابن معين وابن المديني ❁ وقد قيل في تاويله انها تبذت على
احمائها فنقلها رسول الله صلى الله عليه الى بيت ابن ام مكتوم ولم يجعل لها نفقة لانها ناشزة ❁ ولذلك اسقط سكناها وقد
قيل في تاويله ان زوجها كان غايبا فلم يجز لها القضاء بالنفقة والحكم مع غيبته ❁ فان قيل قد كان وكل اخاه
فلعله وكله بطلاقها ولم يوكله بخصومتها ❁ واذا اعتدت ام الولد فلا نفقة لها لان عدتها عدة وطي كالمعتدة
من نكاح فاسد ❁ ولان النفقة قد كانت تجب لها بالملك وقد زال الملك بالعتاق فليس كذلك الزوجة
لان النفقة كانت تجب لها بالفراش وحكم الفراش باق في العدة ❁

النفقة

باب قدر النفقة

قال ابو الحسن رحمه الله ويفرض القاضي الكسوة والنفقة على قدر يسار الرجل وعسرته ما يكفيها من ذلك بالمعروف ❁
وهذا يدل على ان المعتبر في النفقة حال الزوج ❁ وقد ذكر الخصاف انه تعتبر بحالهما جميعا فيجب على الزوج الموسر
للموسرة نفقة اليسار ويجب على المعسر للمعسرة والموسرة نفقة الاعسار ويجب على الموسر للمراة المعسرة ادنى من
نفقة الموسرات واوسع من نفقة المعسرات ❁ والدليل على اعتبار حال الزوج قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته
ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ❁ والذي يدل على ما قاله الخصاف ان النفقة تجب للكفاية والمعسرة لا تحتاج
الى نفقة الموسرات فلذلك قصرها عنهن ❁ واما قوله في النفقة والكسوة انها بالمعروف فلان الحاكم لا يعتبر بواحد
من الزوجين وانما يوجب الوسط من الكفاية وذلك هو المعروف ❁ وقد قال اصحابنا ان النفقة غير مقدرة وقال الشافعي
نفقة الزوجة مقدرة على الموسع مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد ❁ والدليل على ما قلناه انها
نفقة واجبة فلم تتقدر بالشرع كنفقة ذوي الارحام والمماليك ❁ فان كان لها خادم فرض عليه نفقة الخادم وذلك
لان عليه القيام بمصالحها ومن جملة ذلك اصلاح طعامها وذلك يتولاه الخادم فكان عليه ان يقوم بنفقته ❁ وقد
قالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امراته وهو ادنى الكفاية لان الخادم وان كانت
مولاته موسرة لا تتسع في كفايته ❁ وقد قال ابو حنيفة ومحمد لا تقضي باكثر من نفقة خادم واحد وقال ابو يوسف
اذا كان لها خادمان فرض لهما ❁ وجه قولهما ان الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم لها فاذا اقام
غيره مقام نفسه لم يلزمه ان يقيم اكثر من واحد مثله ❁ ولانه ليس اعتبار خادمين باولى مما زاد على ذلك ❁ لابي يوسف
ان المراة قد تحتاج الى خادمين احدهما لخدمة منزلها والاخر يتردد الى الزوج بطلب النفقة وابتياع ما يصلح لها
وما زاد على ذلك لا حاجة بها اليه ❁ فاما اذا كان الزوج معسرا فقد روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يفرض عليه نفقة
خادم وان كان لها خادم ❁ وقال محمد ان كان لها خادم فرض عليه نفقتها وان لم يكن لها خادم لم يفرض ❁ وجه
رواية الحسن ان المعسر يلزمه ادنى الكفاية وقد يكتفي المراة بخدمة نفسها فلم يلزمه اكثر من ذلك ❁ وجه قول
محمد انه اذا كان لها خادم فقد استغنت بنفسها فلا يلزمه القاضي استيناف خادم لها ❁ فان
اختلفا فقالت المراة هو موسر وقال الزوج انا معسر فالقول قوله مع يمينه وذلك لان الاصل الفقر والغنى حادث
فالقول قول من يدعي الاصل لان من يدعي معنى حادثا لا يقبل قوله الا ببينة ❁ فان اقام كل واحد منهما البينة
على ما ادعاه اقامت المراة انه موسر واقام الرجل انه معسر فالبينة بينة المراة لان شهود الاعسار شهدوا
بالاصل وشهود اليسار شهدوا بمعنى حادث فالرجوع الى شهادة من عرف الحادث اولى ❁ فان لم يقم
بينة وحلف انه معسر فان محمدا قال يفرض على المعسر القوت الذي ليس له فضل بقوم الدقيق وما يكفيها كل يوم
وما لا بد منه من الادام الدهن وذلك لان المعسر يلزمه ادنى الكفايات والخبز في الغالب لا يؤكل الا مادوما
والدهن لا يستغنى عنه فيفرض لها قيمة ذلك ❁ قال محمد ولا ينبغي ان يوجب النفقة على الدراهم لان
السعر يغلو ويرخص ولكن يجعلها على الكفاية في كل زمان ❁ وانما اراد محمد ان يبين بهذا ما ذكر في كتاب النكاح
ان المعسر يفرض عليه خمسة دراهم في الشهر والموسر عشرة دراهم انه ليس على طريق التقدير وانما هو قيمة
الطعام في ذلك الزمان فتبين انه يجب عليه قيمة الطعام في كل شهر بحسب اختلاف الاسعار ❁ قال
محمد واما الكسوة فكما سمي يعني في كتاب النكاح لان هناك ذكر الثياب مقدرة ولم يذكر قيمتها وذلك لا
يختلف باختلاف الازمان ❁ وقد بين ذلك محمد لان التقدير منهم كان على الوقت ولم يكن لكل زمان ❁ قال
واذا غاب الزوج فاستدانت المراة عليه ولم يكن فرض لها النفقة لم يلزمه ما استدانت على الزوج وهي متطوعة
فيما انفقت فان كانت النفقة فرضت عليه رجعت عليه بما استدانت ❁ وهذا مبني على اصلنا ان النفقة لا تصير دينا
الا ان يحكم بها حاكم ويقدرها او يتراضى بها الزوجان فيقدرها الزوج على نفسه فاما اذا لم يوجد احد هذين الامرين
سقطت بمضي الزمان ❁ وقال الشافعي تصير دينا بنفسها يقضى بها عليه بعد مضيه ❁ ولنا انها نفقة فلا تصير دينا بنفسها
كنفقة ذوي الارحام ❁ ولان النفقة ليست بعوض عن شيء بدلالة انها لو كانت عوضا عن البضع صار له عوضان والعقد
الواحد لا يوجب عن شيء واحد عوضين ❁ ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع لانه تصرف فيما ملكه بالعقد ومن تصرف

في ملكه لا يستحق عليه عوض فبقي ان يكون صلة والصلات لا يتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى اليها كالهبات
ولو قلنا ان النفقة في مقابلة الاستباحة فالاستباحة منفعة وعوض المنافع لا يستحق عندنا الا بسبب كبدل المنفعة
واذا ثبت ان النفقة لا تصير دينا من غير حكم فاذا استدانت فقد سقطت نفقتها بمضي الزمان فاستدانتها لا يلزم من لم يامرها
بالاستدانة ولا له عليه ولاية ❁ فاما اذا حكم الحاكم فقد صارت دينا فرجعت بها عليه لا لاستدانتها ولكن لوجوب دينها كما
ترجع لو لم تستدن ❁ وكذلك اذا قدر الزوج النفقة ثم تراضيا لانه املك بالالزام نفسه من الحاكم فاذا الزمه
ذلك بالزام الحاكم فلان يلزمه بتقديره نفسه اولى ❁ واذا احضرت المراة رجلا لزوجها في يده امانة او مضاربة مقر بذلك
للزوج ومقر ايضا بالزوجية او كان الحاكم يعلم ذلك فرض الحاكم لها في ذلك المال نفقتها ❁ وقال زفر لا يفرض ❁ وجه
قول اصحابنا ان الذي عنده المال اذا اقر به وبالزوجية فقد اقر بثبوت حقها فيه فيقضي القاضي عليه بما اقر لان كل
من في يده شيء فالظاهر انه ماله فيقضي القاضي عليه ويسري الى الغائب من طريق الحكم ❁ وليس كذلك اذا جحد
احد الامرين لانه اذا جحد الزوجية لا يمكنها اقامة البينة لانها ليست بخصم عن الزوج وان جحد المال لم يمكنها اقامة
البينة ايضا لانها ليست بخصم في اثبات حقوق زوجها ❁ وجه قول زفر ان القضاء بالنفقة انما يقع على
الغايب والمودع ليس بخصم عنه في ذلك فلم يجز القضاء عليه من غير خصم ❁ وقد ذكر ابو الحسن الامانات ولم
يذكر الدين وقد قالوا انها اذا احضرت رجلا للغايب عليه دين وهو معترف بذلك وبالزوجية قضى عليه كما لو كان
في يده الوديعة ❁ وكذلك بنفقة والديه والصغار يقضى على المودع لان نفقتهم تجري مجرى نفقتها ❁
وقد قالوا ان كانت الوديعة ما سوى الدراهم والدنانير والطعام لا يقضي القاضي بالنفقة فيها لانه لا يمكن ايجاب
النفقة الا بالبيع وبيع عروض الغايب في النفقة لا يجوز ❁ فان كانت الوديعة طعاما قضى فيها
لانها نفس المستحق ❁ وكذلك ان كانت اثوابا من جنس ما يلبس مثلها قضى فيها بالكسوة لانها جنس
المستحق ❁ وقد قالوا اذا قضى لها بشيء من ذلك اخذ منها كفيلا ❁ وذلك لان القاضي منصوب للاحتياط
ويجوز ان يحضر الغايب فيقيم البينة على طلاقها او ايفا نفقتها فكان الواجب ان يتوثق القاضي بما يعطيها
بالكفالة ❁ وانما قالوا ان علم القاضي بالوديعة والزوجية يغني عن اقرار المودع لانه يقضي بعلمه فيه فلا
يحتاج الى بينة يفتقر اليها ❁ فان جاءت والزوج غايب فطلبت ان يفرض لها عليه نفقة لم يجب
الى ذلك ولم يحكم عليه وهو غايب ❁ وقد كان قول ابي حنيفة الاول ان القاضي يقضي لها وذهب الى ظاهر حديث
ابي سفيان ان النبي صلى الله عليه قال لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ❁ وهذا قول ابرهيم
ثم رجع الى قول شريح فقال لا يقضي لها بشيء وذلك لان القضاء على الغايب لا يجوز الا بحضوره او بحضور من قام مقامه
وما روي في قصة هند انما قاله صلى الله عليه على طريق الفتوى لا القضاء بدليل انه لم يقدر لها ما تاخذه ❁ وقد
قال زفر في المراة اذا احضرت وسالت القاضي ان يفرض لها على الغايب سمع بينتها بالزوجية وفرض لها
وامرها بالاستدانة فاذا حضر الزوج امرها باعادة البينة في وجهه فان فعلت قضى عليه بما استدانت وان لم
تفعل لم يقض عليه بشيء ❁ وقال ابو يوسف لا يسمع بينتها ولا يفرض لها وهو صحيح لان البينة لا تسمع الا على
خصم ❁ واما زفر فانه يسمع هذه البينة ليتوصل الى الاذن لها في الاستدانة فاذا حضر الزوج وسمع عليه
البينة قضى بالفرض المتقدم واوجب عليه الدين وان لم تعد البينة لم يجز القضاء عليه مع غيبته فيسقط ما
استدانت ❁ قال ولا يقضى في الوديعة بالنفقة الا للزوجة والاولاد الصغار والكبار الزمنى والاناث
والوالدين ❁ اما الزوجة فلان نفقتها تجري مجرى الديون بدلالة وجوبها مع الاعسار فتاكدت على ساير النفقات
واما الاولاد الصغار فنفقتهم كنفقتها ❁ واما الابوين فلان الغايب في حكم ما لهم لقوله صلى الله عليه انت ومالك
لابيك ❁ واما الاولاد الكبار الزمنى والاناث فلوجود الولاد ❁ ومن سواهم من ذوي الارحام نفقتهم صلة لم
يتاكد حكمها فلم يجز ان يثبت في مال الغايب ❁ وقد قالوا ان الزوجة لو طلبت من الحاكم ان يدفع مهرها
ودينها من الوديعة لم يفعل ذلك وان كانا من جنسه ❁ لان النفقة انما يدفعها للضرر في تاخيرها الا ترى انها
للكفاية وفي دفعها منفعة للغايب لانه يختار كفاية امراته وولده وهذا المعنى لا يوجد في الدين والمهر ❁ وقالوا
ان كان الحاكم فرض على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحاكم ان يقضي لها بنفقة ما مضى من الوديعة قضى
لها بذلك لان النفقة لما جاز القضاء بها استوى الماضي والمستقبل لان طريقهما واحد ❁ ولا يبيع في النفقة
عروضا ولا عقارا وذلك لان البيع انما يكون على طريق الحجر والحجر عند ابي حنيفة على الحر العاقل البالغ لا يجوز ❁
فاما على قولهما فانما يبيع الحاكم العروض على الحاضر الممتنع فاما الغايب فلا يعلم امتناعه فلا يباع عليه ❁
واذا فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع عن دفعها لم يحبسه الحاكم اول مرة بتقدمه اليه وامره بدفع النفقة
واخبره انها ان عادت فطلبت ان يدفع اليه حبسه يفعل ذلك مرتين او ثلاثا فان لم يدفع حبسه والاصل
في ذلك ان النفقة صارت دينا بالقضاء فهي كساير الديون واما لا يحبس اول مرة لانه لا يعلم الامتناع لجواز
ان يمطلها ثم يدفع فاذا تكرر ذلك فقد امتنع من حق وجب عليه مع القدرة فاستحق العقوبة ❁ وانما وجب
الحبس في الدين لقوله صلى الله عليه لصاحب الحق اليد واللسان فاليد الملازمة ❁ وروي ان رجلا اعتق شقصا له في
عبد فحبسه النبي عليه السلام حتى باع غنيمة له في ذلك ❁ وبنى علي رضي الله عنه حبسا بالكوفة وسماه نافعا فهرب الناس منه

فبني حبسا اوثق منه وسماه مخيسا وقال اما تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا وهذا بحضرة الصحابة
من غير خلاف ۞ وقد قال اصحابنا اذا كان على الرجل دين فادعى الاعسار وادعى غريمه اليسار فكل دين هو بدل عن
مال حصل في يده وصار به غنيا كاثمان البياعات وبدل القرض او كان مالا التزمه بعقد كالكفالة والمهر فانه لا يصدق في
ذلك الاعسار وذلك لان ما كان بدلا عن مال حصل في يده فقد عرفنا غناه فدعوى الفقر دعوى زوال ما في يده وذلك معنى
حادث فلا يصدق وما التزمه بعقد اذا ادعى الاعسار يريد اسقاط ما التزمه فلا يقبل قوله وما سوى ذلك فالقول قوله
في الاعسار لان الاصل الفقر قال عليه السلام لحبة وسواء ابني خالد لا تيأسا من الخير ما تهززت رؤوسكما فكل
مولود يولد احمر لا قشرة عليه ثم يرزقه الله تعالى من فضله واذا كان الاصل الفقر ثم ادعى الغنى يدعي معنى حادثا فلا
يقبل دعواه الا ببينة واذا جعلنا القول قوله لم يحبسه الحاكم لان الحبس عقوبة فيستحقها الممتنع من الحق مع
القدرة فاما مع عدمها لا يستحقها فاذا حبسه الحاكم شهرين او ثلثة سال عن امره فان لم يظهر له مال اخرج عنه
وقد اختلفت الرواية في ذلك فقالوا الحبس شهرين وقال ثلثة وقال الحسن اربعة وهذا ليس بخلاف لان
المعتبر ان يمضي مدة يعلم من حاله انه لو كان له مال لاظهره من ضجره بالحبس وذلك يختلف باختلاف الناس فمنهم
من يضجر بقليل المدة ومنهم الذي لا يضجر بكثيرها فكان على الحاكم ان يقدر الحبس بما يغلب في ظنه في حال
الرجل واذا مضت المدة وقامت البينة بالاعسار او سال الحاكم عنه فبان اعساره لم يحبسه لانه غير قادر على
اداء المال فلا يجوز ان يعاقب على الامتناع الا ان القاضي لا يخرجه الا بحضرة غريمه او وكيل غريمه لان الاخراج من الحبس
قضاء بالاعسار وذلك يقف على حضور الخصم ۞ ولا يمنع خصمه ان يقيم بينة على يساره فلم يجز اخراجه الا بحضرته
حتى يعلم عجزه عن اقامة البينة واذا اخرجه من الحبس لم يحل بينه وبين خصمه وبين ملازمته ليأخذ ما يفضل عن كسبه
عن حاجته الا انه لا يمنعه من تصرفه ولا سفره وقال الشافعي يحول بينهما حتى يثبت اليسار لنا ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه ابتاع بعيرا بتمر الى اجل فلما حل الاجل طالبه الاعرابي فقال ما عندنا شيء فقال الاعرابي واغدراه فتبادر اليه اصحاب
رسول الله صلى الله عليه فقال عليه السلام دعوه فلصاحب الحق اليد واللسان فاخبر ان للاعرابي اليد مع قوله لا شيء عندي ولان
الغريم يمكنه الاستيفاء من الكسب كما يمكنه من المال فاذا جاز له ان يلازمه حتى يستوفي من احدهما كذلك الاخر ۞
فان ادعى الزوج انه قد اعطاها لم يقبل قوله وحلفت المراة لانه يدعي قضاء الدين فلا يقبل قوله الا ببينة وعليها
اليمين لان من جعل القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة وهو مما يصح بذله فالقول قوله مع يمينه كالديون ۞ قال وان كان
موسرا ادام الحبس لانه يقدر على ايفاء الحق والممتنع مع القدرة مستحق للعقوبة وقال ابو يوسف اذا علم
الحاكم منه الضجر لم يحبسه وامر المراة ان تستدين عليه وذلك لان الفقير لا يقدر على اداء النفقة فلا يجوز
ان يحبس مع عدم القدرة على الاداء فاما الاستدانة فالكلام فيها فرع على ان المعسر بنفقة امراته لا يفرق بينه
وبينها وقال الشافعي ان طلبت الفرقة فرق لنا انها نفقة واجبة فاذا عجز عنها لم يزل ملكه بغير عوض كنفقة
العبد ولانه حق من حقوق النكاح لا يستحق به المهر فلا تثبت الفرقة لاجله كالوطء الثاني والثالث ۞ ولانه
مال مقصود بالعقد كالمهر واذا ثبت انه لا يفرق وجب ان يتوصل الى ايفاء حقها بالاذن لها في الاستدانة عليه ۞ ولا يقال
لا فائدة في الاذن بالاستدانة لانه اذا فرض النفقة صارت دينا عليه فاذا استدانت على نفقتها رجعت عليه وان لم يوذن
لها في الاستدانة وذلك لان فائدة الاذن انها تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وان لم يرض بذلك واذا استدانت
من غير امر لم يجز فكانت المطالبة اليها خاصة فان استدانت قبل ان يامرها الحاكم فهي متطوعة ولا شيء من ذلك
على الزوج لانها لا تملك الزامه الدين الا ان ياذن لها في الاستدانة او ياذن لها من له عليه ولاية ۞ فاما قوله انها
متطوعة فان كان يريد بالانفاق فقد وضع المسئلة على ان الحاكم لم يفرض النفقة فاذا انفقت فهي متطوعة فاما
اذا فرض صارت دينا لها فلا تكون متطوعة بالانفاق ويجوز ان يريد بقوله متطوعة اي في الاستدانة بمعنى ان الزوج لا يجب
عليه للغريم شيء ۞ واذا فرض القاضي النفقة او صالحت المراة زوجها على نفقة كل شهر ثم منعها ذلك شهورا غائبا
كان او حاضرا فلها ان تطالبه بنفقة ما مضى لما قدمنا ان النفقة تصير دينا بالفرض والاصطلاح فصار كسائر الديون وليس
كذلك نفقة ذوي الارحام اذا مضت المدة لانها موضوعة للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلم يجز الرجوع فاما
نفقة الزوجة فتثبت مع الغنى عن الكفاية الا ترى انها تجب للموسرة وليس بمضي الزمان اكثر من الاستغناء ۞ فان مات
الزوج قبل ان يعطيها لم يحكم لها بنفقتها في ماله وذلك لان النفقة طريقها طريق الصلات فاذا لم تقبض بطلت بالموت
كالهبة ۞ وان اسلفها الزوج نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضي الوقت الذي استسلفت له لم يكن لورثته
الرجوع عليها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وكذلك ان ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها وقال محمد
يحتسب لها من النفقة حصة ما مضى وما بقي عليها يرد الباقي وكذلك الكسوة يسقط حصة ما مضى وترد الباقي وروى
ابن رستم عن محمد انها ان كانت قبضت نفقة شهر فما دونها لم يرجع عليها بشيء وان قبضت اكثر من ذلك ارتجع عنها نفقة
شهر وردت الباقي وجه قولهما ان النفقة صلة فاذا اتصل بها القبض لم يثبت فيها رجوع بعد الموت كالهبة ولمحمد
انها قبضت عوضا ... بالمستحق على الزوج في المستقبل فاذا بطل الاستحقاق بالموت بقي القبض بغير حق فيجب
رده كالديون واما الرواية الاخرى فهي استحسان ووجهها ان الشهر وما دونه في حكم اليسير فصار
كنفقة الحال وما زاد عليه في حكم الكثير فيثبت له الرجوع ۞

باب النفقة على ذوي الارحام

قال الاصل في هذا الباب ان الانسان يجب عليه مع اليسار نفقة ابويه الفقيرين لقوله تعالى ولا تقل لهما اف
فمنع من ادخال الضرر عليهما بهذا القدر وادخال الضرر بترك الانفاق اكثر وقال النبي عليه السلام انت ومالك لابيك واقل احوال
هذا اللفظ ان يفيد وجوب الانفاق وقال عليه السلام ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من
كسب اولادكم واذا كان مال الولد مضافا الى الاب بانه كسبه صار غنيا به فوجب نفقته عليه ۞ ويجب عليه نفقة
الاولاد الصغار والكبار الزمنى من الاناث والعميان وذلك لان رحمهم كاملة كالوالدين ولان الاولاد موجود كالاب
وهذا لا خلاف فيه فاما من سوى الوالدين والولد فالنفقة واجبة عندنا لكل ذي رحم محرم اذا كان فقيرا عاجزا عن الكسب
وقال ابن ابي ليلى تجب النفقة لكل وارث وقال الشافعي لا تجب النفقة الا للوالدين والولد لنا قوله تعالى فان
ارضعن لكم الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك وهذا يدل على
وجوب النفقة على كل وارث الا ما قام الدليل عليه ولا يقال ان ابن عباس حمل ذلك على نفي المضارة لان عمر قد
حمله على النفقة ولان الكناية بذلك تنصرف الى الابعد ولان نفي الضرر لا يختص بالوارث بل يعم جميع الناس فوجب
حملها على ما يختص الوارث ولان لهم رحما كاملة فصاروا كالوالدين والولد واما الخلاف مع ابن ابي ليلى
منصوص في ابن العم ومن يجري مجراه فالدليل على انه لا نفقة لهم انه يجوز ان يجري بينهم المناكحة فصاروا كالاجانب
[illegible] ان نفقة ذوي الارحام تجب على الاغنياء ولا تجب على الفقير الا نفقة زوجته واولاده الصغار وذلك
لان نفقة ذوي الارحام انما هي على طريق الصلة فلو اوجبناها على الفقير لم يكن ايجابها عليه اولى من ايجابها له
فاما الزوجة فنفقتها اجريت مجرى الديون بدلالة انه يقضى لها مع يسارها والديون تجب في حال الاعسار واليسار
والاولاد الصغار يجرون مجراها الا ترى انها في المستحقة لاجل نفقتهم ولا يقضى بنفقة احد من ذوي الارحام
على غيره اذا كان غنيا لانه مستغن بماله فكان ايجاب نفقته فيه اولى من ايجابها في مال غيره ولانا لو
قضينا للغني على الغني لم يكن ذلك باولى من القضاء للمقضي عليه على المقضي له فاما الزوجة فانها تستحق
النفقة مع الغنى خاصة لان نفقتها تستحق بحكم العقد كالابدال فيجب ان تجب مع اليسار ۞ واذا
حصل الفقر في ذوي الارحام قضي لصغارهم بالنفقة لانه لا مال لهم ولا كسب فوجب صلة ارحامهم بالغا ما بلغ
وكذلك الاناث لان المراة لا تقدر على الكسب فهي كالصبي وكذلك الكبار الزمنى والعميان والمجانين لانهم لا
يقدرون على الكسب ۞ فاما الكبار الاصحاء فلا يقضى لهم بنفقة على غيرهم وان كانوا فقراء الا الابوين خاصة
والجد والجدة مع عدمهما وذلك لان الصحيح قادر على التكسب فصار غناه بكسبه كغناه بماله فلا تجب نفقته
على غيره فاما الابوان فيقضى على ولدهما بنفقتهما مع الصحة لان تعريضهما للكسب مع غنى الولد الحاق مشقة بهما
والولد ممنوع من ذلك ولان مال الولد في حكم كسب الاب فصار كماله نفسه قال ابو يوسف اذا كان الابن
فقيرا والاب زمنا فان الاب يشارك الابن في القوت بالمعروف لان كسب الابن مضاف الى الاب بانه كسبه فيثبت
حقه فيه ولانه لا يخشى التلف بمشاركة ابنه ولو لم يشاركه خشي التلف على الاب فكانت المشاركة اولى
ولا يشارك الاب الموسر في نفقة ولده احد لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن فالزم الاب اجرة الرضاع
مع وجود الام فدل على انها لا تشارك الاب ۞ فاذا لم تشاركه الام مع المساواة في الدرجة فالابعد اولى ۞ وكذلك
قالوا لا يشارك الاولاد في نفقة الوالدين احد واذا كان للفقير ابن غني واب غني فنفقته على ابنه دون
ابيه لان مال الابن مضاف الى الاب بانه كسبه ومال الاب ليس بمضاف الى الابن فصار ايجاب النفقة
فيما هو في حكم ماله اولى ولان مال الابن لما اجري مجرى مال الاب صار الاب غنيا به فلم تجب نفقته على غيره
وعلى هذا قالوا لا يشارك الزوج احد في نفقة زوجته لان ذلك مستحق لها بحكم العقد كالمهر ۞ فاما من
سوى هؤلاء فالنفقة تنقسم عليهم على قدر مواريثهم اذا كانوا ذوي رحم محرم وذلك لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك
فعلق الاستحقاق بالارث فوجب اعتباره ۞ وقد قال اصحابنا فيمن اوصى لورثة فلان وله بنون وبنات
كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو اوصى لولد فلان فان الذكر والانثى سواء لانه في الفصل الاول
علق الاستحقاق بجهة الارث وذلك مبني على التفضيل ۞ فان كان له والد وابن ابن فنفقته على
الوالد وذلك لانه اقرب من ابن الابن فايجاب النفقة عليه اولى فاما الجد وابن الابن فعلى الجد السدس وعلى
ابن الابن ما بقي لانهما استويا في الدرجة فكانت النفقة على قدر ميراثهما ۞ فان كان له ام وعم او عم واخ لاب
وام او لاب فعلى الام الثلث وعلى العم او الاخ الثلثان وذلك لان الام تشاركهما في ايجاب النفقة فاذا اجتمع
معها قسمت النفقة على قدر ميراثهما ۞ قال ابن سماعة عن محمد في صغيرة لها اب معسر وام ام فالحضانة
للجدة والنفقة على الاب وذلك لما بينا ان الاب لا تشاركه في النفقة غيره ولان الام لا تشاركه مع قربها
فالجدة مع بعدها اولى ۞ قال وان كان للصغيرة مال فالنفقة في مالها لما بينا انه لا يقضى بالنفقة لغني الا
الزوجة ۞ قال فان كان مالها غائبا امر الاب ان ينفق عليها ويرجع في مالها لانه لو لم يكن لها مال لزمه الانفاق
فاذا كان المال غائبا امكننا تحصيل حقها من الانفاق وحق الاب في اثبات الرجوع ۞ قال فان لم يكن امره
بالنفقة وانفق لم يرجع الا ان يكون اشهد انه يرجع وذلك لان الظاهر ان الانسان يتبرع بالنفقة على ولده

ولا يرجع بها على الظاهر والله تعالى اعلم الا ان يكون لها الرجوع فيما بينه وبين الله ۞ قال فان كان مال الصبي غايبا والاب معسر
لا يقدر على شي امرت الجده ان تنفق ويكون ذلك دينا على الاب يرجع به في مال ابنه لان الجده لا يلزمها الانفاق على
من له مال مع وجود الاب فاذا كان لها مال غايب فكانه ليس فيطالب الاب بالنفقه فاذا لم يقدر عليها استدين
عليه ليتوصل الى ايصال حق الصغير ثم يرجع الاب في ماله لانه لا يلزمه ان يتبرع عليه مع الغنى ۞ قال ابو يوسف في الفقير
اذا كان له اولاد صغار ولهم جد موسر ابو ابيهم لم افرض النفقه على الجد لانه لا يلزمه نفقه ابيهم اذا كان فقيرا فاولى ان
لا يلزمه نفقه اولاده ۞ قال الجد امر الجد بالنفقه على ولد ابنه ويكون ذلك دينا على ابيه لانا نتوصل الى ايجابها في
الحال بمال الجد ويكون ذلك دينا على الاب لانه المطالب به فنوفر الحقين ۞ فان كان الاب زمنا او اشله بحالها
قضى على الجد بالنفقه في قولهم لانه يلزمه نفقه ابيهم اذا كان فقيرا فكذلك يقضى عليه لولده ۞ وقد قالوا في عم وخال
ان النفقه على العم لانهما تساويا في القرابه والعم هو المستحق للميراث ۞ وقد قالوا في خال وابن عم النفقه على
الخال لانه ذو رحم محرم وابن العم رحم محرم فيسقط حكمه ۞ وقالوا في عمه وخاله وابن عم فعلى الخاله الثلث وعلى
العمه الثلثان وذلك لان ابن العم لا يعتد به في النفقه والميراث يكون بين العمه والخاله اثلاثا فكذلك النفقه ۞ فان كان
معهما عم موسر فالنفقه عليه لانه ساواهن في الرحم والمحرم وهو الوارث دونهما ۞ فان كان معسرا فالنفقه عليهما
لان المعسر في النفقه اذا لم يكن والدا ولا زوجا كالميت لانه لا يقدر عليه فيعتبر من سواه ۞ وقالوا في ثلث اخوات
متفرقات وابن عم ان النفقه على الاخوات على خمسه على الاخت من الاب والام ثلثه وعلى الاخت للاب سهم وعلى
الاخت للام سهم لان ابن العم لا يعتد به في النفقه فكان ليس له الا الاخوات وميراثه لهن على خمسه بالفرض والرد
فكذلك النفقه عليهن على خمسه ۞ ولو كانوا اخوه متفرقين فالنفقه على الاخ للاب والام والاخ للام على سته
السدس منها على الاخ للام لان الاخ للاب لا يرث معهما فيسقط حكمه فوجب عليهما النفقه على قدر ميراثهما
على الاخ للام السدس وما بقي على الاخ للاب والام ۞ وقالوا في فقير له ابن فقير وثلثه اخوه متفرقين فنفقته
على الاخ للاب والام والاخ للام ونفقه الولد على الاخ للاب والام خاصه وذلك لان النفقه على الاخوين على
قدر ميراثهما فاما الولد فوارثه العم للاب والام دون العم للاب والعم للام ۞ قال وان كان مكان الابن بنت
فالنفقه على الاخ للاب والام خاصه وذلك لان الفصل الاول لا يمكن ايجاب النفقه على الاخوه الا مع الحكم بان
الولد كالميت ولو مات الولد كان الميراث للاخ للاب والام والاخ للام وفي المسله الثانيه لا يحتاج الى الحكم
باماته البنت لان الاخ يرث معها واذا لم نحكم بانها كالميته فالميراث للاخ للاب والام خاصه فكذلك النفقه عليهم ۞
وقال ابن سماعه عن ابي يوسف في غلام له والد محتاج وهو ممن فرضت نفقته على قرابته من قبل ابيه دون قرابته
من قبل امه كل من اجبرته على نفقه الاب اجبرته على نفقه الغلام اذا كان الاب حيا وذلك لان النفقه مع بقا الاب
تجري مجرى اقامه كفايه الاب فتجب على من ابنه دون من ابوابيه ۞ فان لم يكن له قرابه من قبل ابيه قضيت
بالنفقه على ابيه وامرت الخال ان ينفق عليه ويكون ذلك دينا له على الاب وذلك طاينا ان اقارب الاب
يلزمهم نفقته اذا كان زمنا ونفقه ولده تجري مجرى نفقته فاما اقارب الام فلو الزمتهم النفقه للزمتهم الولد ولا
يجوز ان يشارك الاب في نفقه ولده احد فقضى عليهم وجعل دينا على الاب ۞ وقال في الاب الفقير والام
الموسره افرض النفقه على الاب وامر الام بالنفقه على الغلام ويكون دينا على الاب لانها لا تشارك الاب في
نفقه ولده فلم يبق الا ان تنفق عليهم دينا على الاب ۞ وقالوا في رجل محتاج وله اولاد صغار واخ موسر
فرض النفقه على عمهم وهذا صحيح لانه ممن يلزمه نفقه ابيهم ۞ وقالوا في زوج معسر وللمراه اخ موسر
اجبرته على نفقتها وارجع بها على الزوج لان الزوج لا يشركه في نفقه زوجته احد فكان على الاخ ان ينفق دينا على الزوج
كما لو استدانت عليه ۞ وقال محمد يحبس الرجل في نفقه ولده لانه لا يستدرك الا بالحبس الا ترى انها تسقط بمضي الزمان
وليس كذلك سائر الديون الا ترى ان الاب لا يحبس فيها لانها لا تسقط بمضي الوقت وفي الحبس ضرر فلم يجز ان يلحق الاب
ضرر بوجل مال ولده ولهذا قال اصحابنا في الممتنع من اداء الحقوق انه يحبس والممتنع من القسم يضرب لانه لا يستدرك
الحق بالحبس الا ترى انه يفوت بمضي الزمان فاستدرك بالضرب ۞ وقالوا في صبي صغير اعتقه مولاه ولا شي
له ينفق عليه من بيت المال لانه من جمله المسلمين وليس له قرابه غني ۞ وقالوا في صغير في يدي رجل قال لرجل
هذا عبدك اودعتنيه فجحد قال محمد استحلفه بالله ما اودعته فان حلف قضيت بنفقته على الذي هو في يديه
وذلك لانه اعترف برقه واقر به لغيره فرد اقراره فبقي على حكم ملكه فيلزمه نفقته ۞ قال محمد لو كان
كبيرا لم استحلف المدعي عليه لان الكبير في يد نفسه فدعوى من هو في يده لا يتعلق به حكم فوجب ايقاف الامر
على من يدعي عليه الكبير ۞ واذا ثبت وجوب النفقه على ذي الرحم الغني وجب ان يبين حد الغنى قال ابن سماعه
في نوادره سمعت ابا يوسف قال لا اجبر نفقه ذوي الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكوه وان كان معه
ماتا درهم الا درهم وليس له عيال وله اخت محتاجه لم اجبره على نفقتها وان كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر
خمسين درهما وقال هشام عن محمد اذا كان له نفقه شهر وعنده فضل عن نفقه شهر له ولعياله اجبرته على نفقه
ذوي الرحم المحرم ۞ وقال محمد فاما من لا شي له وهو يكتسب في كل يوم درهما ويكتفي منه باربع دوانق فانه يرفع
لنفسه ولعياله ما يتسع فيه وينفق فضله على من يجبر على نفقته لابي يوسف ان النفقه للرحم صله والصلات

تلزمه مع الغنى كالصدقه ۞ ولمحمد ان من كان له كفايه شهر فما زاد عليها فهو غني عنه في الحال والسهم يتسع
للاكتساب فكان عليه صرف الزياده الى اقاربه ومن لم يكتسب دايما وهو غير محتاج الى جميعه فما زاد على
كفايته يجب صرفه الى اقاربه كفضل مال من اذا كان له مال ۞ قال ولا معنى لاعتبار النصاب لان ذلك يعتبر في
وجوب حقوق الله تعالى الماليه وهذا حق الادمي فلا يعتبر فيه النصاب وانما يعتبر الامكان ۞ قال
ابو الحسن اذا كان الرجل غايبا لم ينفق على احد من ماله الا الابوان والزوجه والولد الصغير وهذا
انما يعني به اذا اعترف من في يده المال بالزوجيه والمال وقد بينا ذلك فيما تقدم ۞ وقد قالوا
ان الاب ينفق من مال ابنه اذا كان محتاجا عند غيبه الابن لان له شبهه ملك في ماله فجاز له تناول ما يحتاج
اليه من غير اذنه ۞ قالوا فان انفق الاب من مال ابنه وحضر الابن فقال الابن كنت موسرا وقال الاب كنت
معسرا انظر الى حال الاب في حال الخصومه فان كان معسرا فالقول قوله وان كان موسرا فالقول قول الابن لانه
اذا كان معسرا فالظاهر انه لم يتغير حاله ومن ادعى الظاهر فالقول قوله ۞ فان اقاما البينه فالبينه بينه الابن
لان شهوده يشهدون بالغنى وشهود الاب يشهدون بالفقر ومن علم الغنى فقد علم معنى لم يعلمه غيره ۞
قال ابو حنيفه لا يباع على غايب شي في نفقه الا الوالدين فانهما يبيعان ما يحتاجان اليه من العروض دون
العقار وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز بيعها وهو القياس وذكر ابو الحسن ان محمدا انكر قول ابي حنيفه وقال هو
حسن لابي حنيفه ان الاب له ولايه في مال الابن في حال الصغر والبلوغ يرتفع ولايته فجاز ان يبقى اثرها
كالمولوف الا ترى انه اذا مات سقطت ولايته وبقي اثرها وهو تصرف الوصي ولان مال الولد مضاف الى الاب
بانه كسبه وفي بيع العروض منفعه للغايب لانها مما يتلف وتهلك فكان في بيعها جمع بين المنفعتين وليس
كذلك العقار لانه لا منفعه في بيعه للغايب اذ لا يخشى هلاكها فلم يجز بيعه لهما وهو القياس انه لا ولايه
للاب على الغايب فصار كغيره من الاقارب ۞ وقد قال محمد ان القاضي لا يبيع للاب العروض ولكن لا
يعترض عليه في بيعها لان البيع يجوز للاب لبقا حكم الولايه وهذا المعنى لا يوجد في فعل القاضي ولان هذه العروض
يجوز ان تكون وديعه في يد الابن فاذا باعها الاب وجب عليه ضمانها فاذا باعها الحاكم ابراه من ضمان العهده
وذلك ضرر على الغايب ۞ واما الذي قال ابو الحسن انه لا يباع على غايب في النفقه الا نفقه الوالدين والزوجه
والولد الصغير فليس بصحيح وانما يختص هذا بالابوين فاما الذي يجمع هولا فهو القضا بالنفقه في وديعه
الغايب اذا اعترف بها المودع فنقل ابو الحسن جواب احدى المسالتين على الاخرى ۞ وقد قال اصحابنا ان النفقه
لا تجب مع اختلاف الدين الا الوالدين والولد والزوجه والجد اذا كان الاب ميتا ومن سواهم تجب نفقته مع اتفاق
الدين فاما الوالدان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الكافرين ۞ واما الزوجه فلان نفقتها
تجب بحكم العقد كالمهر وذلك لا يختلف بالاديان ونفقه الولد تجري مجرى نفقتها ۞ واما نفقه ذوي الارحام
فتنفقهم على طريق الصله وذلك لا تجب مع اختلاف الدين بينهم الا ترى انه يجوز للمسلم ان يبتدي بقتل ابيه
الحربي ولا يجوز له ان يبتدي بقتل ابيه فدل على انه تجب صله رحم الوالدين مع اتفاق الدين واختلافه ولا تجب
صله رحم من سواهم مع اختلاف الدين لما بيناه ۞ قال اصحابنا ان الكافر يجبر على نفقه ولده المسلم وكذلك
الذميه ويجبر الكافر على نفقه بنته المسلمه ويجبر المسلم على نفقه بنته النصرانيه لان هذا الرحم مناكده
فيجب صلتها مع اختلاف الدين واتفاقه ۞ وقد قالوا ان وجوب النفقه لابويه الذميين استحسان
لابنه والقياس ان لا تجب ۞ وقالوا لو دخل ابواه وهو حربيان بامان لم يجب عليه نفقتهما لانه صله اهل
الحرب ممنوع منها ولذلك لا يجوز ان يتصدق عليهم ۞ وقد قالوا ان العبد لا يلزمه نفقه ولده الحر
وذلك لانه لا ولايه له عليه ولا يد فلا يستحق عليه نفقته ولان اكسابه للمولى والمولى اجنبي من هذا
الولد فلا تجب نفقته في ماله ۞ قال ولا تجب على الحر نفقه ولده المملوك لانه ملك لغيره والانسان لا
تجب عليه نفقه مملوك غيره ۞ وقد قالوا فيمن وجب عليه نفقه غيره انها الماكول والمشروب والملبوس
والسكنى والرضاع لانها موضوعه للكفايه وهذه الامور يحتاج اليها للكفايه ۞ فان كان المنفق عليه خادم
يحتاج الى خدمته فرض له لانه من جمله الكفايه مع الحاجه ۞ وقد قال اصحابنا ان المراه لا يجب عليها ان
ترضع ولدها الا ان لا توجد مرضعه فتجبر على رضاعه ۞ وقال مالك ان كانت شريفه لم تجبر وان كانت دنيه
اجبرت لنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فاوجب بدل الرضاع على الاب ولان الرضاع
مؤنه المولود كنفقته بعد الكبر فكما لا يلزمها ان تنفق عليه اذا استغنى عن الرضاع لم يلزمها ان ترضع ۞
وقد قالوا ان الاب اذا التمس لولده مرضعه فارادت الام ان ترضعه فهي اولى بها لانها اشفق عليه
واولى به ۞ وان ارادت ان تاخذ اجرا على ذلك مع بقا النكاح لم يجز وذلك لانها مستحقه النفقه
واجرة الرضاع تجري مجرى النفقه فلا تجب نفقتان ولان اجرة الرضاع تجب بحفظ الصبي وحفظه من
نطاقه البيت ومنفعه البيت تحصل للزوجين فلم يجز ان تاخذ عوضا عن منفعه تحصل لها ولهذا قالوا
لو استاجرها على رضاع ابنه من غيرها جاز لانه لا يجب عليها ان تسكنه معها فلم يكن في حفظه منفعه تعود
اليها منزلها ۞ واما المبتوته في احدى الروايتين لا تجوز لها ان تاخذ الاجره لانها مستحقه النفقه والسكنى

وفي الرواية الاخرى يجوز لان النكاح زال فهي كالاجنبية ۞ واما اذا انقضت العدة والتمست الاجرة وقال
الاب انا اجد من يرضعه باقل من ذلك فذلك له لانا لو الزمناه دفع ما تلتمسه الام لاستحقت عليه والحقت
به الضرر وقد قال الله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده قيل في التاويل لا تضار والدة فتلزم الرضاع
مع كراهتها ولا يضار الاب بان يلزمها الزيادة على ما تلتمسه الاجنبية ۞ فاما اذا رضيت الام بما تاخذه
الاجنبية فهي اولى لانها اشفق على الصغير وانفع له ۞ وقال في الجارية المشتركة تاتي بولد
فيدعيه مولياها فنفقة هذا الولد عليهما وعلى الولد اذا كبر نفقة كل واحد منهما لان كل
واحد منهما اب كامل في حقه ۞ وقد قال في ابن المفقود تفرض القاضي في ماله لابويه وامراته والصغار من
ولده والزمنى من الذكور والاناث النفقة لان القاضي يلي عليه فقام مقامه فجاز ان ينصب عنه خصما
ويقضي القاضي عليه بنفقة هولاء ولا يقضي بنفقة من سواهم لان صلتهم لم تتاكد تاكد الديون ولا يعلم حيوته
فلا تثبت الصلات في ماله ۞ وقد قال في الرواية انه لا يقضي في مال المفقود للجد وولد الولد وانما اراد بذلك
مع وجود الاب والولد لانهم حينئذ في حكم ذوي الارحام ۞

باب العدد

قال رضي الله عنه العدة التربص الذي يلزم المراة بزوال النكاح او بشبهه وهي على ثلثة اضرب الحيض والشهور ووضع الحمل ۞
فاما العدة بالحيض فانها تجب بالطلاق والفرقة من النكاح الفاسد وبالوطي بشبهة النكاح وبعتق ام الولد وبموت مولاها
والاصل في وجوبها قول الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولانها موضوعة للاستبراء والحيض يقع
به الاستبراء ۞ فاما العدة بالشهور فهي على ضربين ضرب منها يجب بدلا عن الحيض فيمن لا تحيض لصغر او لكبر او لفقد
الحيض والاصل في وجوبها قول الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائي لم يحضن
وهذه العدة تجب على كل من لو كانت من ذوات الحيض لزمها الحيض ولا تجب هذه العدة ولا العدة بالحيض الا بوجود
الدخول او ما يجري مجرى الدخول من الخلوة والاصل في ذلك قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ۞ واما الضرب الثاني من الشهور فهو الذي يلزم المتوفى
عنها زوجها اذا لم تكن حاملا والاصل في ذلك قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة
اشهر وعشرا ۞ وهذه العدة لا تجب الا في النكاح الصحيح ويستوي فيها الدخول وعدم الدخول لان الله تعالى اوجبها
بموت الزوج واطلاق ذلك يقتضي من كان نكاحها صحيحا ولم يفصل في الاية بين الدخول وعدمه ۞ واما وضع الحمل
فتنقضي به كل عدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف مثله الا في امراة الصغير والاصل في ذلك قوله تعالى
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ۞ قال ابو الحسن وتجب العدة في النكاح الفاسد من يوم وقعت
الفرقة بفعل حاكم او غيره وقد بينا هذه المسئلة خلاف زفر ۞ قال وعدة ام الولد ثلث حيض اعتقها السيد او مات
عنها وقال الشافعي حيضة واحدة لنا ان ما يلزمها عدة بدلالة ما روي عن عمر وغيره من الصحابة انهم قالوا عدة ام الولد ثلث حيض
فسموا ذلك عدة ۞ ولانها تجب على حرة والحرة لا يلزمها الاستبراء واذا ثبت انها عدة لم تتقدر بحيضة واحدة كسائر العدد
وانما استوى في الواجب عليها الموت والعتق لان عدتها عدة وطي فهي كالعدة من النكاح الفاسد ۞ ولان العدة تلزمها
بعد الموت بالعتق فما يلزمها في حال الحيوة ۞ قال وكذلك المنكوحة نكاحا فاسدا يستوي فيها الموت والطلاق ۞
لان عدتها تجب على وجه الاستبراء وعدة الوفاة تجب على طريق العبادة لحرمة النكاح ۞ قال وعدة الحامل وضع حملها وان
وجبت عليها وهذا الاختلاف فيه في المطلقة واما الخلاف في المتوفى عنها زوجها فقال علي رضي الله عنه عدتها
ابعد الاجلين وقد بينا هذه المسئلة ۞ فاما الامة فعدتها بالحيض حيضتان وقال نفاة القياس ثلث حيض لنا حديث
ابن عمر ان النبي صلى الله عليه قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وقال عمر عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة
ونصف ولانه حق من حقوق النكاح يتقدر بنفسه فاثر الرق فيه كالقسم ۞ فاما العدة بالشهور التي هي بدل عن
الحيض فعدة الامة شهر ونصف وقال مالك ثلثة اشهر لنا انها عدة فكان للرق تاثير فيها كالعدة بالحيض ۞
واما في الوفاة فعدتها شهران وخمسة ايام لانها تتبعض فكان عدتها على النصف من الحرة كعدة المطلقة بالشهور ۞
والامة والحرة في وضع الحمل سوا لانه مما لا يتبعض فيستوي فيه الحرية والرق كالحدود التي لا تتبعض ۞ قال
والعدة بالنساء دون الرجال وذلك لقوله صلى الله عليه طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وقال عليه السلم الطلاق بالرجال
والعدة بالنساء ۞ وقد ذكر ابو الحسن العدة بالشهور ولم يبين كيفيتها وجملته ان الوفاة والطلاق اذا
اتفق في غرة الشهر اعتبرت الشهور بالاهلة وان نقصت عن العدة في قول اصحابنا جميعا ۞ واذا حصل ذلك في بعض
الشهر قال ابو حنيفة تعتد في الطلاق تسعين يوما وفي الوفاة مائة وثلثين يوما وكذلك قال في صوم الشهرين
المتتابعين اذا ابتداه في بعض الشهر وقال ابن سماعة وبشر عن ابي يوسف تعتد بقية الشهر بالايام ثم تتم عدتها على الايام
تسعين يوما ثم قال بعد ذلك تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر
الثالث بالايام ۞ اما اذا كانت الفرقة في غرة الشهر فلان اطلاق الشهر يقتضي بالاهلة بدلالة قوله صلى الله عليه الشهر
هكذا وهكذا واشار باصابع يديه ثلثا وحبس ابهامه في الثالثة فوجب حمل العدة على الشهور المطلقة ۞ واما اذا كانت

الفرقة في بعض الشهر فوجه قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف ان ابتدا العدة وجب بالايام
فكان اكمالها على ما ابتديت عليه ۞ ولانا اذا اعتبرناها بالايام زادت على الشهور والعدة يعتبر فيها الاحتياط فكانت
الزيادة اولى وليس كذلك الاجارة اذا وقعت على الشهور في بعض الشهر لان كل جزء من الاجارة كالمعقود
عليه بعقد مبتدا فصار عند استيفائه الشهر كانه ابتدا العقد فيكون بالاهلة وليس كل جزء من العدة كعدة مبتداة
وجه قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد ان اطلاق الشهر يقتضي الاهلة الا ان الشهر الاول تعذر ذلك
فيه فعدلنا عن الظاهر الى الايام وبقية الشهور يمكن اعتبار الظاهر فيها فاعتبرناه وسوينا بين العدة والاجارة
قال ابو يوسف في الاية الشهر انه يعتبر بالايام حتى يكمل مائة وعشرين يوما ولا ينظر الى نقصان الشهور ولا الى تمامه
وروى عمرو بن خالد عن زفر في الايلا في بعض الشهر انها تعتبر بكل شهر بما فيها ناقصا كان او تاما لابي يوسف ان اعتبار
الايام يوجب تاخير الفرقة فلم يجز ايقاعها بالشك كمن علق طلاق امراته بمدة في المستقبل او شك في المدة لو قدر
ان البينونة تتعلق بمدة الايلا فهي كمدة العدة وهي تقضي بالاهلة كذلك هذا ۞ واذا كانت المعتدة حاملا فولدت
ولدين انقضت العدة بالاخير منهما وذلك لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والحمل عبارة عن الولدين
ولان الحمل انما تنقضي به العدة لبراءة الرحم بوضعه فما دام معها ولد فلم تبرا رحمها فلم تنقض به العدة ۞ وقالوا
في الرحبية? اذا ظهر منها اكثر ولدها ماتت فعلى هذا يجب ان تنقضي العدة بظهور اكثر الولد ۞ واذا اسقطت
المراة المعتدة فان كان السقط استبان بعض خلقه انقضت به العدة وان لم يستبن لم تنقض به وذلك
لانه اذا استبان فهو ولد فصار كالولد الكبير وان لم يستبن فيجوز ان الحامل يكون ولدا ويجوز ان يكون غيره
فلم تنقض العدة بالشك ۞ وقد قال الشافعي في احد قوليه انه يرى النسا وهذا غلط لان النسا لم
يشاهدن خلق الولد في الرحم حتى يعرفن نظيره فلم يجز الرجوع فيه الى قولهن ۞ وقال في القول الاخر
يجعل في الماء الحار فان انحل فليس بولد وان لم ينحل فهو ولد وهذا غلط لانه يجوز ان يكون قطعة من لحمها
او كبدها انفصل عنها فاذا لم يعلم انه ولد ۞ قال وليس للعدة بالحمل مدة سوا وجدت بعد وجود
الفرقة بيوم او اقل او اكثر ولو ولدت والميت على سريره انقضت به العدة على ما جاءت به السنة ۞ وذلك لقوله
تعالى ان يضعن حملهن ولم يفصل ۞ فاما السنة التي ذكرها فما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال في المتوفى عنها
زوجها اذا ولدت وزوجها على سريره جاز ان تتزوج ۞ وعلى الذمية اذا كانت تحت مسلم ما على الحرة المسلمة
الحرة كالحرة والامة كالامة ۞ وذلك لان العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج والذمية غير مخاطبة بحق الله تعالى
وهي مخاطبة بحقوق الادميين فتجبر على العدة لحق الزوج ۞ وان كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في موت
ولا فرقة في قول ابي حنيفة اذا كان ذلك في دينهم وقال ابو يوسف ومحمد عليها العدة وذكر ابو الحسن
في جامعه في ذمية تحت ذمي اذا مات عنها او طلقها فتزوجت في الحال جاز الا ان يكون حاملا فلا يجوز
نكاحها لابي حنيفة ان العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج فما كان من حق الله تعالى فالذمية غير مخاطبة
في احكام الدنيا كالصلوة والصيام وما كان من حقوق الزوج فلا يعتقده حقا لنفسه فلم تجز المطالبة بحقه ۞
فاما اذا كانت حاملا فانما منع من التزويج لكي لا يختلط النسب بوطي الزوج الثاني فيحفظ النسب حق الولد وهو ممن
لا يسقط حقوق نفسه فلم يجز اعتبار اسقاطه للحق فكان على الحاكم استيفا الحق له لهما ان الذمية
من اهل دار الاسلام كالمسلمة ولان احكامنا تجري عليهم كسائر الاحكام ۞ وقد ذكر محمد مسئلة المهاجرة انه
لا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة وقد قدمنا هذه المسئلة ۞ فان جا الزوج مسلما وتركها في دار الحرب
فلا عدة عليها في قولهم لان على قول ابي حنيفة الكافرة يلزمها العدة لحق المسلم واختلاف الدارين يمنع من ثبوت الحقوق
لاحدهما على الاخر وعلى قولهما انما تجب العدة على الذمية لجريان حكمنا على اهل الذمة والحربية لا تجري عليها احكامنا ۞
قال وتوجب الخلوة الصحيحة العدة في النكاح الصحيح دون الفاسد وذلك لان الخلوة في النكاح الصحيح قائمة مقام
الوطي في استقرار المهر فكذلك في وجوب العدة ۞ ولان العدة اولى لانها تجب على وجه الاحتياط والمهر يجب
لا على وجه الاحتياط فاذا وجب المهر بالخلوة فاولى ان تجب العدة ۞ ولان التسليم الموجب بالعقد قد حصل فيجب
به العدة كما يجب بالوطي ۞ واما النكاح الفاسد فالخلوة فيه ليست موجبة بالعقد الا ترى انه لا يوجب المهر
فلذلك لا يوجب العدة ۞ واما الخلوة الفاسدة فعلى ضربين كل خلوة يمكن معها الوطي وجبت بها العدة وان لم
يستقر بها المهر كخلوة الصائم والمحرم والخلوة بالحائض والصائمة صوم فرض وذلك لانهما يتهمان في حق الزوج في
العدة تجب على وجه الاحتياط ۞ فاما الخلوة التي لا يمكن معها الوطي كخلوة المريض المدنف او المريضة التي لا
او الصغير الذي لا يجامع مثله او الصغيرة لانها لا يشتهى بالوطي ولم يوجد التسليم الذي اوجبه العقد ۞
واذا طلق الرجل امراته في مرضه الذي مات فيه ثلثا او طلاقا باينا ثم مات قبل ان تنقضي عدتها فورثت اعتدت
اربعة اشهر وعشرا فيها ثلث حيض عند ابي حنيفة ومحمد وكذلك كل معتدة ورثت وقال ابو يوسف
ثلث حيض لنا ان المطلقة في المرض بائنا في حكم المتوفى عنها زوجها في استحقاق الميراث وهو لا يثبت
بالشك فلان تصير في حكم المتوفى عنها في العدة وهي تثبت على وجه الاحتياط اولى ولا يلزم امراة المرتد لانها
كذلك في احدى الروايتين وهذا معنى قول ابي الحسن وكذلك كل معتدة ورثت لابي يوسف ان العدة انتهت بالطلاق

وانما ورثت لان الزوج متهم في الفرار فبقيت العدة على حالها ۞ قال فان كان الطلاق رجعيا في صحة او مرض فعليها اربعة اشهر وعشر وبطل عنها الحيض في قولهم وذلك لان الرجعية زوجة وموت الزوج يوجب على زوجته عدة الوفاة كغير المطلقة ۞ واذا مات الصبي عن امرأته وهي حامل فعدتها ان تضع حملها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عدتها اربعة اشهر وعشر اوجه قولهما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولا يقال ان هذا عموم والقياس عندكم ان تعتد بالشهور فهلا خصصتم العموم بالقياس وذلك لان هذا عموم لم يتفق على تخصيصه فلا نخصه بالقياس فان قيل هذا مخصوص بالحمل من الزنا قلنا ليس كذلك لان العدة تنقضي به في قياس قولهما وتصور ذلك فيمن تزوج بالحامل من الزنا ثم طلقها ثم وضعت حملها الا ترى انهما قالا في امرأة الصغير ان عدتها تنقضي بوضع الحمل وهو من الزنا ۞ ولان من جاز ان تعتد من زوجها بالشهور جاز ان تعتد بوضع الحمل كامرأة الكبير ۞ لابي يوسف ان انتفاء الحمل ليس منه فلا تنقضي به العدة كالحمل الحادث بعد الموت ۞ قال ابو الحسن وان مات وهي حامل ثم حبلت بعد موته قبل انقضاء العدة فعدتها الشهور عندهم ۞ وهذا الفصل مشتبه العبارة في الكتب وقد بينه ابو الحسن بيانا ازال الشبهة لان اصحابنا يقولون اذا ظهر الحمل بعد الوفاة فعدتها الشهور يفصلون بينها وبين امرأة الكبير فيقولون اذا ظهر حمل بامرأة الكبير فنسبه ثابت بالفراش وثبوت نسبه يقتضي الحكم بوجوده قبل الموت فصار كالحمل الظاهر ۞ واما امرأة الصغير فلا يثبت نسب ولدها منه حتى يصير محكوما به قبل الموت فلذلك لا تنقضي به العدة ۞ والصحيح ما ذكره ابو الحسن ان العدة تنقضي بحملها ظاهرا كان عند الموت او غير ظاهر والذي لا تنقضي به العدة فهو الحادث وكذلك ذكر محمد في كتاب الطلاق وقد قال ابو الحسن في جامعه ۞ فان حبلت التي عدتها بالحيض بعد الطلاق حملا حادثا فعدتها ان تضع حملها وان كان لاكثر من سنتين اذا علم انها حملت بعد لزوم العدة وذلك لان عدة الحيض موضوعة للاستبرا والاستبرا لا يكون مع الحمل فلذلك توقف انقضاء العدة بوضعها ۞ واذا بلغ المرأة طلاق زوجها او موته فعليها العدة من يوم طلق او مات وحكي عن علي رضي الله عنه انه قال من يوم يأتيها الخبر لنا ان العدة مضي الزمان وذلك موجود وان لم تعلم به ولانها لا تقف على فعلها الا ترى انها لو علمت ولم تجتنب ما تجتنبه المعتدة انقضت عدتها وما لا يقف على فعلها فلا معنى لاعتبار علمها فيه

باب اقراء العدة

قال الكلام في هذا الباب يجب ان يتقدم عليه ان الاقراء ما هي قال اصحابنا هي الحيض وقد روي ذلك عن بضعة عشر من الصحابة ۞ وروى ابرهيم عن علقمة عن علي وعبد الله رضي الله عنهما انهما قالا هو احق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة وعن عمر وابن مسعود مثله ۞ وعن مكحول ان ابا بكر وعمر وعليا وابن مسعود وابا الدردا وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس رضي الله عنهم قالوا مثل ذلك ۞ وقال الشعبي عن اثني عشر او ثلثة عشر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخير فالخير منهم ابو بكر وعمر وعلي وابن مسعود وابن عباس ان الرجل احق بامرأته اذا طلقها واحدة او ثنتين ما لم تغتسل من القرء الثالث ۞ وروى عطا الخراساني عن ابن عباس في قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء قال هي ثلث حيض ۞ وروي عن ابن عباس انه قال اذا طعنت في الحيضة الثالثة بانت ولا تحل لها ان تتزوج حتى تغتسل من الحيضة الثالثة ۞ وعن زيد بن ثابت اذا طعنت في الثالثة بانت ولم يحك عنه في خروجه من الحيضة الثالثة شيئا ۞ وقال ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما الاقراء الاطهار وبه قال الشافعي وقد تكلم الناس في هذه المسئلة من طريق اللغة وبين كل واحد منهم ان الاسم يقع على ما قاله فلا معنى للرجوع الى اللغة لانهم اتفقوا ان القرء يتناول الامرين وان مراد الله تعالى بالاية احدهما فيجب الرجوع الى ما دل عليه الدليل الا انا وجدنا اهل اللغة وان سموا القرء طهرا فلم يسموه بذلك الا بتخلل الدم فدل على ان الاسم انما يتناوله لمعنى يرجع الى غيره ۞ والدليل على ان المراد بالاية الحيض قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قال ابن عباس وابرهيم ومجاهد والضحاك الولد ودم الحيض ولم يحك عن احد من اهل التاويل خلاف فجعل امرها بالاعتداد دون نهاها عن كتمان الحيض والحبل دل على ان العدة بما نهاها عن كتمانه ويدل عليه قوله واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائي لم يحضن ومن حكم المبدلات ان يشترط عدمها في الانتقال الى ابدالها كقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فلما شرط عدم الحيض في الانتقال الى الاشهر دل على ان الحيض هو المبدل ۞ ولان الخلاف اذا وقع فيما يتناوله الاية وجب الرجوع الى لغة النبي صلى الله عليه وسلم الا ترى ان الصحابة لما اختلفوا في التابوه والتابوت قال اكتبوها بالتاء فانها لغة قريش والقران نزل بلغتهم ۞ وقد روى عروة ان فاطمة حدثته انها اتت النبي صلى الله عليه وسلم فشكت اليه الدم فقال انما ذلك عرق فانظري اذا اتاك قرؤك فلا تصلي واذا مر القرء فتطهري وصلي ما بين القرء الى القرء ۞ وروى مسروق عن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ۞ ويدل عليه قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ۞

ولان

ولان ما تنقضي به العدة الاصلية [illegible] كالاستبرا وقد دل عليه قول رسول الله عليه السلام لا توطأ الحامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة وقد ثبت ان الاقراء هي الحيض قال اصحابنا اذا وجب على المرأة عدتان من جنس واحد مثل المطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها الزوج الثاني [illegible] وان كانتا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة [illegible] وقال الشافعي لا تتداخل العدتان [illegible] فاذا انقضت استانفت الاخرى [illegible] ان العدة مضي اجل [illegible] حتى انقضت العدة [illegible] ولانها معتدة [illegible] عقيب الوطئ [illegible] واذا كانت معتدة [illegible] ۞ واما الكلام في انتقال العدة وتغيرها فهو على ضروب احدها كل عدة كانت احداهما بدلا عن الاخرى اذا طرا المبدل انتقل اليه مبتوتة كانت او رجعية وهو كالصغيرة اذا اعتدت ببعض الشهور ثم رات الدم وذلك لان البدل [illegible] مع القدرة على المبدل [illegible] ۞ واما الآيسة اذا اعتدت ببعض الشهور ثم رات الدم فقد ذكر ابو الحسن انها تستقبل [illegible] وهذا ظاهر على الرواية التي تقدر للاياس مقدارا [illegible] رات الدم وحملت [illegible] ۞ فاما على الرواية التي لم تقدر للاياس قدرا بلغته ثم رات الدم بعده لم يكن حيضا كما تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها ۞ وكان ابو بكر الرازي يقول في الآيسة اذا رات الدم ان هذا يجوز في العادة ومعناه التي ظنت انها ايست فاما الآيسة فما تراه من الدم لا يكون حيضا الا ترى ان وجود الحيض منها كانت معجزة لنبي من الانبيا فلا يجوز ان يوجد الا على وجه المعجزة ۞ ومن هذه الجملة ما قالوا فيمن اعتدت بحيضة او حيضتين ثم ايست استقبلت العدة بالشهور لانها لو ثبتت اجتمع البدل والمبدل في عبادة واحدة فان قيل هذا غير ممتنع اذا طرا البدل على المبدل الا ترى ان المحدث في صلاته اذا لم يجد الماء بنى بالتيمم فكذلك هاهنا وجب ان تبني بالشهور والجواب ان الصلوة ليست هي الاصل والبدل وانما هي عبادة موداة بالاصل والبدل وهذا غير ممتنع كما يوديها بالركوع والسجود او بالايما فاما العدة فهي في نفسها اصل وبدل فلا يجمع بينهما كما لا يجمع بين التراب والماء ۞ والفصل الثاني كل عدتين وجبتا في حال الحيوة وليست احداهما بدلا عن الاخرى كالامة اذا طلقت ثم اعتقت فان كان الطلاق رجعيا انتقلت الى عدة الحراير وان كان بائنا لم تنتقل وقال مالك لا تنتقل في الوجهين وقال الشافعي تنتقل فيهما اما الرجعية فلانها زوجة والحرة اذا وجبت عليها العدة من زوجها كانت عدة الحراير كما لو طلقها بعد العتق ۞ واما البائن فلان احدى العدتين ليست بدلا عن الاخرى فلا تتغير بعد البينونة كعدة الوفاة ۞ واما النوع الثالث فهي المطلقة اذا مات عنها زوجها فان كانت رجعية انتقلت الى عدة الوفاة لانها زوجة وقد قال الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ۞ فان كانت مبتوتة فهو على وجهين ان لم ترث لم تتغير عدتها لان احدى العدتين ليست ببدل عن الاخرى فلا تنتقل بعد البينونة ولان الله تعالى اوجب الشهور على الزوجات والبائنة ليست بزوجة ۞ واما اذا ورثت فانها تضم الى الحيض الاشهر في قول ابي حنيفة ومحمد وقد قدمنا هذه المسئلة ۞ قال ابو الحسن ومن حبلت في عدتها فالعدة ان تضع حملها وذلك لان وضع الحمل اصل العدد الا ترى انها موضوعة لبراءة الرحم ووضع الحمل اصل ما يستبرا به الرحم فيسقط معه ما سواه كما تسقط الشهور مع الحيض ۞ وقال محمد فيمن مات عن امرأته وهو صغير او كبير ثم حبلت بعد موته فعدتها الشهور لا تتغير لان هذه العدة لا يقصد بها الاستبرا وانما هي عبادة فان كانت حاملا في ابتدائها تعلقت العدة بوضع الحمل وان كانت حائلا تعلقت بالشهور فلم تتغير بوجود الحمل ۞ قال فان كانت في عدة الطلاق فحبلت بعد الطلاق وعلم ذلك فعدتها ان تضع حملها لان المقصود بهذه العدة الاستبرا وقد بينا ان وضع الحمل اصل في الاستبرا فاذا قدرت عليه سقط ما سواه ۞ قال محمد وان لم يعلم انها حبلت بعد الطلاق ثم جاءت بولد لاكثر من سنتين فقد حكمنا بانقضاء عدتها قبل وضعها لستة اشهر لان الظاهر لا يحمل امرها على انها تزوجت في عدتها فلم يبق الا ان يحكم بانقضاء عدتها قبل الحمل ۞ وقد ذكرنا جملة ما ذكره ابو الحسن في الباب ونحن نضم اليه جملة تغير العدد ولم يذكره ۞ قال اصحابنا اذا زوج المولى ام ولده ثم مات وهي تحت زوج او في عدة من زوج فلا عدة عليها لموت المولى لانها ليست فراشا له والعدة تجب لزوال الفراش ۞ فان اعتقها ثم طلقها الزوج فعدتها عدة الحراير وان اعتقها وهي في العدة فان كانت رجعية تغيرت عدتها وان كانت بائنة لم تتغير على ما قدمناه ۞ فان كان قد انقضت عدتها ثم مات المولى فعليها بموت المولى ثلث حيض لانها عادت فراشا له فوجبت العدة لزوال الفراش ۞ فان مات المولى والزوج وبين موتهما اكثر من شهرين وخمسة ايام ولا يعلم ايهما مات اولا فعليها اربعة اشهر وعشر فيها ثلث حيض في قولهم لانه لو مات الزوج اولا فقد وجب عليها شهران وخمسة ايام لانها امة ثم مات المولى بعد انقضاء عدتها فوجب عليها ثلث حيض وان مات المولى اولا عتقت بموته ولم يجب عليها عدة منه فلما مات الزوج وهي حرة وجب عليها اربعة اشهر وعشر فقد حصل هاهنا حال يجب شهران وخمسة ايام وثلث حيض وحال يجب اربعة اشهر وعشر فيها ثلث حيض ۞

واما اذا كان بين موتيهما اقل من شهرين وخمسة ايام فعليها اربعة اشهر وعشر في قولهم لانه لا حال لوجوب الحيض لانه
ان مات المولى اولا لم يجب بموته شي لانها تحت زوج وجب عليها الاربعة اشهر وعشر وان مات الزوج اولا وجب عليها
شهران وخمسة ايام ثم مات المولى وهي في العدة لم يجب عليها شي لموته فالزمناها اكثر المدتين واما اذا لم يعلم كم كان
بين موتيهما ولا ايهما اول فعليها عند ابي حنيفة اربعة اشهر وعشر لا حيض فيها وقال ابو يوسف ومحمد عليها ثلث حيض
لابي حنيفة قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وهذا انعقد بالنص فلا يزاد عليه بالقياس ولان كل امرين حادثين لا يعلم تاريخ ما بينهما يحكم بوقوعهما معا كالغرقى واذا حكمنا بموت
الزوج مع موت المولى وجبت عليها العدة وهي حرة فكانت عليها عدة الحراير ولم يكن لايجاب الحيض حال فسقط
لهما انه يحتمل ان يكون موت الزوج تقدم وانقضت العدة ثم مات المولى ويحتمل ان يكون المولى مات ثم مات الزوج
والعدة يعتبر فيها الاحتياط فيجمع بين الحيض والشهور وعلى هذا الاصل قال بشر عن ابي يوسف اذا تزوجت
ام الولد بغير اذن مولاها ودخل بها الزوج ثم مات الزوج والمولى ولا يعلم كم بين موتيهما ولا ايهما اول فعليها
حيضتان في قياس قول ابي حنيفة لانه يحكم بموتيهما معا وفي قول ابي يوسف يجب عليها ثلث حيض في اربعة اشهر
وعشر على اصله في اعتبار الاحتياط قال فان علم ان بين موتيهما ما لا يحيض فيه حيضتين فعليها اربعة اشهر
وعشر فيها حيضتان وذلك لانه يحتمل ان يكون المولى مات اولا فاجاز نكاحها بعتقها فوجب عليها عدة الحراير
بالوفاة ويحتمل ان يكون الزوج مات اولا فيجب عليها حيضتان فاحتطنا في الجمع بينهما قال وان حاضت
حيضتين بعد موتيهما فعليها اربعة اشهر وعشر فيها ثلث حيض في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه يجوز
ان يكون المولى مات اولا فعتقت فصح نكاحها فلما مات الزوج وجب عليها الشهور ويحتمل ان يكون الزوج مات
اولا ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلث حيض فاحتطنا في ايجاب الشهور بالحيض واذا اشترى
الرجل زوجته ولم يعتقها ولم يطاها فعليها ثلث حيض حيضتان من النكاح تحتسب فيها ما تحتسب الزوجة وحيضة من
العتق لا تحتسب فيها وذلك لانه لما اشتراها فسد نكاحها فصارت معتدة في حق غيره وان لم تكن معتدة في حقه
بدلالة انه لا يجوز له ان يزوجها فاذا اعتقها صارت معتدة في حقه وحق غيره لان المعنى المانع من كونها معتدة في
حقه اباحة وطيها وقد زال فوجب عليها حيضتان من فساد النكاح ومن العتق وعدة النكاح يحتسب فيها الاحداد
فاما الحيضة الثالثة فانها تجب من العتق خاصة وعدة العتق لا احداد فيها فان كان طلقها قبل ان يشتريها
تطليقة باينة ثم اشتراها حلت له وطيها وكان له ان يتزوجها وذلك لان الملك سبب في الاباحة فاذا حصل
بعد البينونة صار كعقد النكاح واذا حلت له سقط الاعتداد عنها فان حاضت ثلث حيض قبل العتق ثم
اعتقها فلا عدة عليها من النكاح وتعتد من العتق بثلث حيض وذلك لانها وان لم تكن معتدة في حقه بعد الشرى
فهي معتدة في حق غيره بدلالة انه لا يزوجها فاذا مضت الحيض مع وجوب العدة في وجه من الوجوه اعتد
بها فاذا اعتقها وجب عليها بالعتق عدة اخرى واذا اشترى المكاتب زوجته ومات وقد ترك وفا
فادّيت الكتابة فسد النكاح قبل الموت بلا فصل ووجب عليها العدة من فساد النكاح حيضتان ان كانت لم تلد منه
وقد دخل بها وذلك لانا حكمنا بعتق المكاتب اذا ترك وفا فادي في اخر جزء من اجزا حياته فاذا اعتق ملكها
ففسد النكاح فلما مات زال الاستبراء فبقيت الحيض فان كانت قد ولدت فعليها تمام ثلث حيض
لانها ام ولد فيجب عليها حيضتان بالنكاح والعتق وحيضة بالعتق خاصة وان لم يترك وفا فعليها شهران
وخمسة ايام دخل بها او لم يدخل بها اذا لم تكن ولدت منه لانه لما مات عاجزا لم يفسد نكاحها فمات عنها وهي زوجة
امة فيجب عليها شهران وخمسة ايام والدخول وعدم الدخول في عدة الوفاة سواء فان كانت ولدت منه
سعت وسعى ولدها على نجومه فان عجزا فعدتها شهران وخمسة ايام لما قلناه فان ادّيا عتقا وعتق المكاتب
فان كانت ادت وهي في العدة فعليها ثلث حيض مستانفة من يوم عتقها تستكمل فيها شهرين وخمسة ايام من
يوم مات المكاتب وذلك لان المكاتب اذا ترك وفا او لم يترك وفا فاكتسب الولد وادى حكمنا بعتق المكاتب
في الحال واسندناه الى ما قبل الموت من طريق الحكم الا ترى انه مات عاجزا في الظاهر فلم يحكم بعتقه
قبل موته مع العجز وانما حكم عند الادا فتعتق بعتقه وجب عليها الحيض بعد العتق وليس كذلك اذا
ترك وفا لان الدين ينتقل من ذمته الى المال واذا ادي حكمنا بسقوط مال الكتابة عنه قبل موته وسلامته
للمولى فيعتق في ذلك الوقت وقد قال زفر في الفصلين جميعا انا نحكم بعتقه قبل الموت
وجعل الولد اذا ادى كالكسب اذا ادي منه قال وان اديا فعتقا بعدما انقضت العدة بالشهرين
وخمسة ايام فعليها ثلث حيض مستقبلة لان عدة الوفاة لما انقضت تجدد وجوب عدة بالعتق فكان عليها
ان تعتد بها قال ابن سماعة عن محمد في نوادره اذا اشترى المكاتب امراته وولده منها ومات وترك
وفا ودين له او مالا فعدتها ثلث حيض في شهرين وخمسة ايام لاني لا اعلم يؤدى المال فيحكم بعتقه
او يتوى فيحكم بعجزه فوجب الجمع بين العدتين واذا تزوج المكاتب بنت مولاه ثم مات المولى ثم مات
المكاتب وترك وفا فعليها اربعة اشهر وعشر دخل بها او لم يدخل بها لان النكاح عندنا لا يفسد بموت
المولى فاذا مات المكاتب وترك وفا وهي حرة وجب عليها عدة الحراير وان لم يترك وفا وقد دخل بها

فعليها ثلث حيض فان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها لانه مات عاجزا فملكته قبل موته وانفسخ النكاح
فوجب عليها العدة بالفرقة في حال الحيوة فان كان دخل بها وجبت والا لم تجب

باب ما يلزم المعتدة في عدتها

قال الشيخ ابو الحسين اذا كانت المراة في عدة من طلاق فينبغي لها ان لا تخرج من بيتها ليلا ولا نهارا لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة ولان نفقتها دائمة على زوجها فصارت كالزوجة وقد اختلف السلف في تاويل قوله
تعالى الا ان ياتين بفاحشة مبينة فقال عبد الله الفاحشة ان تزني فتخرج لاقامة الحد وهو احدى الروايتين عن ابرهيم وقال
ابن عباس العصيان والفسق وقال ابن عمر واحدى الروايتين عن ابرهيم الخروج نفسه هو الفاحشة وقد ذكر بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة عن حماد عن ابرهيم قال الفاحشة ان تخرج وبه كان ابو حنيفة قال قال وحدثنا ابي ليلى عن الحكم عن ابن مسعود
قال الفاحشة ان تزني فتخرج لاقامة الحد وهو قول ابي يوسف وليس يمتنع ان يكون جميع ذلك مرادا بالاية لان اللفظ يحتمله
وقد كان اصحابنا يقولون الصحيح قول ابن مسعود لان الغاية لا يكون غاية لنفسها فلما قال الا ان ياتين بفاحشة دل على ان
الفاحشة غير الخروج وليس يمتنع ان يصح قول ابرهيم فيكون معناه ولا يخرجن الا وهي بصفة من فعل الفاحشة
كما يقول لا تزني الا وانت فاسق ولا تشتم النبي صلى الله عليه الا وانت كافر معناه انه اذا فعل ذلك كان بهذه الصفة فاما المتوفى
عنها زوجها فلا باس بان تخرج بالنهار في حوايجها ولا تبيت في غير منزلها الذي تعتد فيه قال هشام عن محمد لا باس
بان تنام في غير بيتها اقل من نصف الليل والاصل في ذلك ما روي ان فريعة بنت مالك بن سنان اخت
ابي سعيد الخدري قتل زوجها فاستاذنت النبي صلى الله عليه في الانتقال فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله ولم
ينكر خروجها اليه ومنعها من الانتقال فدل على جواز الخروج من غير انتقال وروى علقمة ان نسوة من همدان نعي
اليهن ازواجهن فسالن ابن مسعود فقلن انا نستوحش فامرهن ان يجتمعن بالنهار فاذا كان الليل فلترجع كل
امراة الى بيتها ولان نفقتها في مال نفسها فلا بد لها من الخروج لاصلاح امرها والذي قال محمد انها تنام في
غير بيتها اقل من نصف ليل صحيح لان البيتوتة عبارة عن الكون في المكان اكثر الليل قال ومنزلها الذي تؤمر بالكون
فيه والاعتداد هو الموضع الذي كانت تسكنه قبل مفارقة زوجها وقبل موته كان الزوج ساكنا فيه او لم يكن وكان
اصحابنا يعبرون عن هذا فيقولون يجب عليها ان تعتد في المكان الذي تضاف اليها بالسكنى عند الفرقة وذلك
لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا قال اصحابنا اذا زارت اهلها
فطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد لان ذلك الموضع هو الذي تضاف اليها وان كانت في غيره فان
اضطرت الى الخروج فلا باس بذلك اذا لم تجد منه بدا مثل ان تخاف سقوط منزلها او تغار على متاعها او تكون باجرة
ولا تجد ما تؤديه في اجرته فلا باس عند ذلك ان تنتقل لان الكون في منزلها عبادة والعبادات تسقط بالاعذار
وقد روي ان عليا لما قتل عمر رضي الله عنهما نقل ام كلثوم لانها كانت في دار الامارة وروي ان عايشة رضي الله عنها
نقلت اختها ام كلثوم بنت ابي بكر لما قتل طلحة فدل على انه يجوز الانتقال للعذر فاما اجرة المنزل فان
كانت تقدر عليه لم تنتقل لان من توصل الى ادا العبادة بمال وجب عليه ذلك كمشتري الماء للطهارة وان لم تقدر
سقطت العبادة عنه كما تسقط شرب الماء بمن لا يجد الثمن قال وتكون في السكنى في بيتها الذي تنتقل
اليه بمنزلة كونها في المنزل الذي انتقلت منه في ترك الخروج منه وذلك لانها معذورة في الانتقال الى الاول
فصار الثاني كانه منزلها في الاصل فلزمها المقام فيه حتى تنقضي العدة فان كان المنزل لزوجها وقد مات
عنها فلها ان تسكن في نصيبها ان كان ما يصيبها من ذلك يكفيها في السكنى وذلك لانها تقدر ان تسكن في
حقها فتودي العبادة على وجهها قال وتستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها لانه لا يجوز لهم
الاطلاع عليها فاما ان كان نصيبها لا يكفيها او خافت على متاعها منهم فلا باس ان تنتقل لان هذا عذر وقد
بينا جواز الانتقال للعذر قال والمطلقة ثلثا والرجعية والباين وساير الفرق التي توجب العدة في
ذلك سوا فيما يلزم المعتدة اما الرجعية فهي زوجة فلزوجها ان يمنعها من الخروج كما يمنع قبل الطلاق
واما المبتوتة والمطلقة ثلثا فلما قدمناه واما قوله وساير الفرق ليس على ظاهره لانهم قد قالوا في المجوسية
اذا اسلم زوجها وابت الاسلام فلا سكنى لها ولا نفقة لان اعتداد الزوج حفظ مائه فيسكنها لان السكنى حق
الله تعالى والمجوسية لا تخاطب بحقوق الله تعالى وتخاطب بحقوق الادمي وفي حفظها حق لزوجها فان طلبه لزمها
والا لم يلزمها فاما المسلمة اذا قبلت ابن زوجها قالوا لا نفقة لها ولها السكنى لانها مسلمة مخاطبة بحقوق
الله تعالى والسكنى من حقوقه واما الامة اذا اختارت نفسها والمراة العنين اذا اختارت الفرقة فلها السكنى
والنفقة اما السكنى فلانهن ممن يلزمهن العبادات واما النفقة فلان امتناعهن بحق فلا تسقط نفقتهن
واما التي قبلت فقد امتنعت بغير حق فلا يجب لها النفقة فان كانت المعتدة امة فلها ان تخرج في ذلك كله في
الطلاق والوفاة وكذلك المدبرة وام الولد والمكاتبة وذلك لان الامة لا يلزمها المقام في منزل زوجها
في حال قيام النكاح وحال العدة مرتبة على ذلك ولان خدمتها للمولى فلو منعناها من الخروج اسقطنا حق المولى
من الخدمة وعلى هذا المدبرة وام الولد فاما المكاتبة فسعايتها حق لمولاها فلو الزمناها ترك الخروج تعذرت السعاية

واما المعتق بعضها فهي بمنزلة الامة عند ابي حنيفة في جميع عدتها ۞ قال فان كانت الامة قد بوأها مولاها منزلا لم تخرج ايضا ما
دامت على ذلك فان اراد المولى ان يخرجها فلا باس وذلك لما بينا ان العدة مرتبة على النكاح والامة اذا بوأها المولى في
حال النكاح كان للزوج ان يمنعها من الخروج حتى يبدو للمولى فكذلك المعتدة ۞ وروى ابن سماعة عن محمد في الامة اذا طلقها
زوجها وكان المولى مستغنيا عن خدمتها فليس لها ان تخرج وان لم يأمرها قال لانه اذا جاز لها ان تخرج باذنه جاز لها ان تخرج
بغير وجه الا ترى ان الخروج لحق الله تعالى فلو لزمها لم يسقط باذنه ۞ فاما الكتابية فلها ان تخرج الا ان يحبسها
الزوج لحفظها في عدتها وذلك لان السكنى حق لله تعالى وللزوج وله حق في حفظها لان ولدها يلحقه فكان له ان يسكنها
قال فان اسلمت الكافرة في العدة او اعتقت الامة لزمها فيما بقي من عدتها ما يلزم الحرة المسلمة وذلك لان المانع من
وجوب السكنى قد زال وقد حصل الاسلام والحرية مع العدة فصار كالابتداء ۞ قال واما الصغيرة فلها ان تخرج من
منزلها اذا كانت الفرقة بائنا لا رجعة فيها باذن الزوج او لم يأذن لان السكنى عبادة والصغيرة لا يلزمها العبادات
ولا يلزمها لحق الزوج لانه لا حق له في حفظ الولد ولا ولد لها ۞ فاما ان كانت الفرقة رجعية لم يجز لها ان تخرج
الا باذنه لانها زوجة وخروج الزوجة موقوف على اذن زوجها ۞ قال ابو يوسف اذا طلق النصراني النصرانية
فلها في قول ابي حنيفة ولا تتزوج حتى تنقضي عدتها ولا سكنى لها الا ان يشاء زوجها ان يسكنها وذلك لان من اصله
ان العدة تجب على الذمية لحق الذمي الا ان السكنى لا يلزمها لانها حق الله تعالى وهي غير مخاطبة بحقوقه ويلزمها لحق
الزوج ان طلب ذلك ۞ فاما ام الولد اذا اعتقت او مات سيدها فلها ان تخرج لان عدتها عدة وطء كالمنكوحة
نكاحا فاسدا ۞ واما المعتدة من نكاح فاسد فلها ان تخرج لان العدة فرع على حال الفراش وهي لا يلزمها السكنى
في حال الفراش فكذلك في حال العدة ۞

باب ما تجتنب المعتدة في عدتها

قال الشيخ ابو الحسن كل معتدة بالغة مسلمة بانت من زوجها فعليها ان تجتنب في عدتها الطيب والاصل في هذا ان المتوفى عنها زوجها
يلزمها الاحداد في عدتها بلا خلاف بين الفقهاء وقال نفاة القياس لا احداد عليها لنا ما روي ان ام حبيبة لما بلغها موت
ابي سفيان استطرت [illegible] ادهنت وقالت ما بي من طيب لكني سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول لا يحل لامراة تؤمن بالله
واليوم الاخر ان تحد على ميت اكثر من ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا ۞ وروي ان امراة مات عنها زوجها فجاءت
الى رسول الله صلى الله عليه تستأذنه في الانتقال فقال ان احداكن كانت تقيم في شر احلاسها الى الحول ثم تخرج فتلقي البعرة
افلا اربعة اشهر وعشرا فدل على انه يلزمها في شر احلاسها وهذا هو الاحداد ۞ ولان النكاح لما حرم عليها في العدة
امرت ان تجتنب الزينة حتى تبعد من صفة الملتمسة للرجال ۞ واما المبتوتة فعليها الاحداد عندنا وقال الشافعي
لا احداد عليها لنا حديث ام سلمة ان النبي صلى الله عليه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب وهذا عام في كل
معتدة ۞ ولانها مسلمة بانت من زوجها ببينونة تتعلق بها تحريم الوطء وهي من اهل العبادة فيلزمها الاحداد في عدتها
كالمتوفى عنها زوجها ۞ فاما الاحداد فهو ان تجتنب الطيب ولبس المطيب والمعصفر وما صبغ بالزعفران والدهن
والكحل ولا تختضب ولا تمتشط ولا تتزين ولا تلبس حليا ولا تتشوف ۞ فاما الطيب فلنهيه صلى الله عليه عن الحناء
وقوله انه طيب فالطيب اولى ان تمنع منه ۞ وكذلك الثوب المطيب والحناء تمنع منه لهذا الخبر والمصبوغ بالزعفران
والعصفر لرائحته فتستلذه فهو كالطيب ولهذا قالوا انه اذا غسل حتى لا ينفض جاز لزوال معنى الطيب منه ۞
فاما الدهن فلحديث ام حبيبة ۞ والكحل يقصد به الزينة وقد قالوا انها تكتحل اذا اشتكت عينها بالكحل الاسود
وتصب في راسها الدهن اذا اشتكت لان هذا مفعول للحاجة لا للطيب والزينة فاما الحلي والامتشاط فهو
الزينة وهي ممنوعة من ذلك ۞ وقال ابو يوسف لا باس ان تلبس القصب والخز الاحمر وقال في الاصل
لا تلبس خزا ولا قصبا تتزين به وذلك لان القصب والخز قد تلبس للزينة وقد تلبس للحاجة والبرد فاعتبر فيه القصد
فان قصدت ان تتزين به لم يجز وان لم تقصد جاز ۞ وقالوا لو لم يكن لها الا ثوب مصبوغ فلا باس ان تلبسه ولا
تقصد به الزينة وذلك لانها معذورة في لبسه اذا لم تجد ما تستر به العورة ۞ ولا احداد على الكافرة لانه امتناع
من الطيب لحق الله تعالى فلا يلزمها كالاحرام ۞ ولان ترك الطيب عبادة بدنية فلا تلزم الكافرة ۞ ولا احداد على
الصغيرة وقال الشافعي عليها الاحداد لنا انها عبادة بدنية فلا يلزمها بالشرع كالصوم والصلاة ولا يلزم العدة لانها
ليست بعبادة وانما هي مضي زمان ومن اصحابنا من قال لا يلزمها العدة وانما يجب علينا ان لا نزوجها الا بعد مضي
زمان ۞ وعلى الامة والمكاتبة الاحداد لانها عبادة بدنية لا يسقط بها حق المولى كالصوم والصلاة وليس كذلك
المقام في المنزل لان ذلك يسقط به حق المولى ۞ وليس على المطلقة الرجعية احداد لانها زوجة ووطؤها
حلال كغير المطلقة ۞ ولانها مأمورة ان تتزين وتتشوف فيقع عليها عين الزوج فيراجعها ۞ واما
ام الولد اذا اعتقها مولاها او مات عنها فلا احداد عليها لانها معتدة من الوطء كالمنكوحة نكاحا فاسدا ۞ فاما
المعتدة من نكاح فاسد فلا احداد عليها لان الاحداد يجب لحرمة الزوجية والنكاح الفاسد لا حرمة له ۞

باب المطلقة يسافر بها في عدتها

قال اصحابنا ليس للمطلقة طلاقا يملك الرجعة ان تخرج من منزلها الذي تعتد فيه في سفر حج فرضه او غيره

مع زوجها ولا مع محرم غيره حتى تنقضي عدتها [illegible]

[illegible]

باب المعتدة متى يلحق نسب ولدها

قال الاصل في هذا الباب ان اقل مدة الحمل ستة اشهر [illegible]

[illegible]

بعد الطلاق ولا حاجة بنا الى ذلك ه وان جات به لاكثر من سنتين فقد ثبت نسبه وكان رجعة لانه لا بد ان يكون لوطي
حادث ووطيها مباح للزوج فلم يجز حمل امرها على وطي غيره فيحمل على انه وطيها في العدة فصار مراجعا فيثبت نسب الولد وتصح
الرجعة ه واما المبتوتة اذا جات بولد لاكثر من سنتين فعند ابي حنيفة ومحمد يحكم بانقضا عدتها قبل الولادة
بستة اشهر وترد ما اخذت من النفقة وقال ابو يوسف تنقضي عدتها بوضع الحمل ولا تثبت نسبه ولا ترد النفقة لهما
ان الولد لا بد ان يكون لوطي حادث بعد الطلاق ولا يجوز ان يحمل الامر على ان الزوج وطيها لان وطيه محظور ولا يجوز
ان يحمل على ان اجنبيا وطيها بشبهة فلم يبق الا ان يحمل على وطي مباح وهو ان عدتها قد انقضت وتزوجت واقل
ما يجوز ان يكون الحمل فيه ستة اشهر فوجب عليها رد النفقة في المدة التي حكمنا بانقضا عدتها ولانا ان حملنا
امرها على ان اجنبيا وطيها بشبهة سقطت النفقة عن زوجها لانهم قالوا في الزوجة اذا تزوجت فحبلت فلا نفقة على
زوجها واما ابو يوسف فقال يجوز ان يكون الزوج وطيها ويجوز ان يكون اجنبي وطيها بشبهة فلا ترد
النفقة بالشك ولا ترد النفقة بالشك وقد روى بشر عن ابي يوسف في كتاب الطلاق في هذه المسئلة مثل قول
ابي حنيفة ومحمد وقال لانها صارت مانعة نفسها من الحمل فهو اكثر من النشوز ه قال ابو الحسن واما الصغيرة
اذا طلقت فجات بولد لتسعة اشهر ولم تكن ادعت حملا في الثلثة الاشهر فان نسب ولدها لا يثبت عند ابي حنيفة
ومحمد وزفر والحسن وقال ابو يوسف يثبت نسب الولد ان جات به لاقل من سبعة وعشرين شهرا اصلها وان جات
به لسبعة وعشرين شهرا كاملا لم يثبت قال وجملة هذا ان الصغيرة اذا ادعت حملا في مدة العدة لم يحكم بانقضا
عدتها لمضي الشهور في قولهم جميعا لان المرجع في البلوغ والحمل الى قولها فاذا ادعت فقد اشتغلت عدتها عن الشهور
فصارت كذوات الحيض لا يحكم بانقضا عدتها الا باقرارها فاما اذا لم تدع حكمنا بانقضا عدتها لمضي ثلثة اشهر في قول
ابي حنيفة ومحمد وزفر وذلك لان عدتها الشهور الا ترى ان الاصل فيها عدم البلوغ فيحمل على الاصل حتى يحدث
غيره واذا حكمنا بانقضا عدتها صارت عند تمام الشهور كالبالغة اذا اقرت بانقضا العدة فيثبت نسب ولدها لاقل
من ستة اشهر من حين اقرارها ه وليس كذلك المتوفى عنها زوجها لانا لا نحكم بانقضا عدتها لمضي الشهور لان عدتها
يجوز ان تكون بالشهور ويجوز ان تكون بوضع الحمل فما لم تقر بانقضا عدتها لم يحكم باحد الامرين لابي يوسف ان المراهقة يجوز
ان تكون حبلت ونحن لا نعلم فيقف عدتها على وضع الحمل ويجوز ان تكون بلغت فيقف عدتها على الحيض فما لم تقر لم يحكم بانقضا
عدتها كالمتوفى عنها ه واذا ثبت هذا الخلاف قال ابو يوسف ان كانت مبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جات به لاقل
من سنتين من يوم الطلاق لانا نحكم بالعلوق قبل الطلاق وان جات به لسنتين لم يثبت لانه حمل حادث بعد الطلاق ه
وان كانت رجعية يثبت نسب ولدها اذا جات به لاقل من سبعة وعشرين شهرا لانا نحكم بان العلوق كان في مدة العدة
فيصير به مراجعا ه واما المتوفى عنها زوجها فيثبت نسب ولدها ما بينه وبين سنتين وقال زفر اذا لم
تدع الحمل في مدة العدة وجات به لعشرة اشهر وعشرة ايام لم يثبت لنا ان المتوفى عنها يجوز ان تكون حاملا فلا تنقضي
عدتها بالاشهر فما لم تقر لم يحكم بانقضا عدتها كالمعتدة من الطلاق ه لزفر ان الاصل عدم الحمل فاذا مضت الاربعة
الاشهر والعشر حكمنا بانقضا عدتها فكانها اقرت فان جات بولد بعد ذلك لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه والا لم
يثبت ه قال اصحابنا اذا اعترفت المعتدة بانقضا عدتها ثم اتت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه وان جات به لتمام
ستة اشهر لم يثبت وقال الشافعي يثبت ما لم تتزوج ه لنا ان اقرارها معنى يصح رجوعها لم يحكم ببطلانه فوجب
ان يحمل على الصحة كرجوعها وليس كذلك اذا جات بولد لاقل من ستة اشهر لانا حكمنا ببطلان اقرارها لان الحمل لا يجوز
ان يكون لاقل من ستة اشهر فعلمنا بانها اقرت وهي حامل ه واذا كانت المتوفى عنها صغيرة فجات بولد لاقل
من عشرة اشهر وعشرة ايام لزمه وذلك لانا حكمنا بانقضا عدتها لمضي الشهور في الظاهر فلما جات بولد لاقل من ستة
اشهر بان انها كانت حاملا عن العدة فبطل ما حكمنا به ويثبت نسب الولد ه وقد ذكر ابو الحسن في هذا الباب
ثبوت النسب ولم يذكر ما يثبت به وجملة هذا ان الزوجة اذا جات بولد فانكر زوجها الولادة فانه يثبت النسب بشهادة
امراة ثقة وقال الشافعي لا يثبت الا بشهادة اربع نسوة لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه اجاز شهادة القابلة في الولادة
ولان ما جاز ان يقتصر فيه على قول النسا لم يشترط فيه العدد كالاخبار واما المعتدة ان جات بولد فانكر الزوج الولادة
ولم يكن اقر بالحمل ولا كان الحمل ظاهرا فان النسب لا يثبت عند ابي حنيفة الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين وقال
ابو يوسف ومحمد يثبت بشهادة امراة لابي حنيفة ان العدة انقضت بوضع الحمل وصارت اجنبية وولد الاجنبية لا
يثبت نسبه بشهادة النسا وليس كذلك الزوجة لان الولادة تثبت بشهادة النسا والنسب يثبت بالفراش ه لهما
ان هذا الولد جات به على حكم الفراش وحكم الفراش اقوى من نفس الفراش الا ترى انه لو جات به على الفراش ينتفي
باللعان وهذا لا ينتفي باللعان فاذا ثبت ولادة الزوجة بقول امراة فهذا اولى ه واما اذا كان الزوج اقر
بالحبل او كان ظاهرا فالقول قول المراة في الولادة وان لم تشهد لها قابلة عند ابي حنيفة وقالا لا يثبت الا
بشهادة امراة لابي حنيفة انه ثبت كون الولد في الرحم باقراره او ظهوره ولا بد من الانفصال فالقول قولها
في انفصاله كدم الحيض لهما ان كل ما يمكن ان يعلم من جهة غيرها لم يثبت بقولها كساير الحقوق وليس كذلك
الحيض لانه لا يعلم من جهة غيرها ه ولم يذكر ابو الحسن اقل المدة التي تصدق المراة فيها بانقضا العدة وقال
ابو حنيفة انها لا تصدق اذا كانت حرة في اقل من شهرين وقال ابو يوسف ومحمد تسعة وثلثين يوما ه

لابي حنيفة على رواية محمد ان انقضا العدة فيها قالا نادر والامين اذا ادعى خلاف الظاهر لم يقبل قوله كالمودع والوصي
انفقت على الصغير الفا في يوم ولا يقال قد قلتم ان المعتدة اذا لم تعترف بانقضا عدتها عشرين سنة صدقتموها
وان كان ذلك خلاف الظاهر لانا لا نصدقها بالظاهر لكن لان الاصل انها معتدة فيحمل على يقين سابق فلا يستقل عنه بالشك
واذا ثبت هذا قال الظاهر ان من اراد الطلاق اوقعه في اول الطهر فتعتد عقيب الطلاق في اقل الطهر خمسة عشر يوما
ثم تثبت بعده حيض خمسة ايام لانه لا يجوز ان تحكم بحيض ثلثة ايام لان ذلك نادر ولا بحيض عشرة ايام لان ذلك نادر فيحكم
بالوسط ثم بعده خمسة عشر طهر وخمسة حيض وخمسة عشر وخمسة حيض فذلك ستون يوما ه وروى الحسن عنه انه قال
احكم بالطلاق في اخر الطهر لانه لا ضرورة الى اثباته في اوله لان طلاق السنة يجوز في اول الطهر واخره الا اني احكم
في الحيض بعشرة ايام لاني اعتبرت اقل الطهر وفي ذلك تقليل العدة فوجب ان يحكم باكثر الحيض حتى لا يفوت حق الزوج
من كل وجه فتبتدى عقيب الطلاق على هذه الرواية بعشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة
حيض فذلك ستون يوما فاتفق الحكمان وان اختلف الطريقان لهما ان الامين متى ما امكن حمل قوله على
الصحة لا يحمل على الفساد ويجوز ان تكون صادقة في انها حاضت قبل الحيض وطهرت اقل الطهر وطلقها في اخر
الطهر فابتدات بالعدة عقيب الطلاق بثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض فذلك تسعة
وثلثون يوما ه واما الامة اذا اعتدت فعند ابي حنيفة اقل ما تصدق فيه على رواية محمد ان تكون اربعين يوما
لانه يحكم عقيب الطلاق بخمسة عشر يوما طهر وخمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض فاما على رواية الحسن فتبتدى بعشرة
حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض فتنقضي العدة بخمسة وثلثين يوما فاختلف حكم الروايتين في هذه المسئلة ه
فاما على قولهما فاحد وعشرين يوما لانها تبتديان بثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض ه واما النفسا
اذا كانت حرة فقال ابو حنيفة في رواية محمد لا تصدق في اقل من خمسة وثمانين يوما لانه تثبت النفاس خمسة
وعشرين يوما لانه لو اثبت اقل من ذلك احتاج ان تثبت بعده طهر خمسة عشر يوما ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر
لان من اصله ان الدمين في الاربعين لا يفصل بينهما طهر وان كثر فجعل النفاس خمسة وعشرين يوما حتى تثبت
بعده طهر خمسة عشر فيقع الدم بعد الاربعين واذا كان كذلك كان بعد الاربعين خمسة حيض وخمسة عشر
طهر وخمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض فذلك خمسة وثمانون يوما واما على رواية الحسن فانه
يوم لا تثبت بعد الاربعين عشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض ه
واما ابو يوسف فقال لا تصدق في اقل من خمسة وستين يوما لانه يحكم باحد عشر يوما نفاس لان العادة
ان اقل النفاس يزيد على اكثر الحيض ثم تثبت بعده خمسة عشر يوما طهر وثلثة حيض وخمسة عشر يوما طهر وثلثة حيض
وخمسة عشر يوما طهر وثلثة حيض ه واما محمد فقال اربعة وخمسين يوما وساعة لان اقل النفاس ما وجد من
الدم فيحكم بنفاس ساعة وبعده خمسة عشر يوما طهر وثلثة حيض وخمسة عشر يوما طهر وثلثة حيض وخمسة عشر يوما طهر وثلثة
حيض ه واما ان كانت امة فعلى رواية محمد لا تصدق في اقل من خمسة وستين يوما لانه يثبت بعد الاربعين
خمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض ه وعلى رواية الحسن خمسة وسبعين يوما لانه يثبت بعد الاربعين
عشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض ه فاما ابو يوسف سبعة واربعين لانه يثبت احد عشر نفاسا
وخمسة عشر طهرا وثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض ه واما محمد فقال ستة وثلثين يوما وساعة لانه يثبت
ساعة نفاس وخمسة عشر طهر وثلثة حيض وخمسة عشر طهر وثلثة حيض ه اخر الطلاق

كتاب العتاق

العتق اسقاط الحق عن الرق والحقوق تسقط الحق عنها بالاسقاط فاسقاط الحق عن الرق عتق ومن استباحة البضع
طلاق ومن الديون براءة فاما الاعيان فلا يصح اسقاط الحق عنها لان المالك للعين اذا اسقط حقه عنها بقيت العين على
ملكه بالاسقاط فلم يسقط حقه فاما الحقوق فاذا اسقط حقه عنها سقط ولم يلزمه بذلك شي يحتاج الى النقل فلذلك
سقط الحق عنها بالاسقاط والاصل في جواز وقوع العتق ان الله تعالى افترض علينا في الكفارات ولا يصح
ان يفترض ما لا يجوز وندبنا اليه بقوله فك رقبة ولا يندب الى ما لا يصح فعله وهو مما ندب اليه والدليل
على ذلك ما روي ابن عباس ان النبي صلى الله عليه قال ايما مومن اعتق مومنا في الدنيا يعتق الله بكل عضو منه عضوا منه
من النار وفي حديث ابي ذر ان النبي صلى الله عليه قال خير الاعمال الايمان بالله وجهاد في سبيل الله قلت فاي الرقاب
خير قال اغلاها ثمنا وانفسها عند اهلها وفي حديث واثلة بن الاسقع قال اتينا رسول الله صلى الله عليه في صاحب لنا
قد اوجب فقال اعتقوا عنه يعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ه وفي حديث البرا بن عازب قال جا اعرابي
الى النبي صلى الله عليه فقال يا رسول الله علمني عملا يدخلني الجنة فقال لين كنت اقصرت الخطبة فقد اعرضت المسئلة
اعتق النسمة وفك الرقبة قال اوليسا واحدا قال لا عتق الرقبة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين في
ثمنها وعن ابي نجيح السلمي قال حاصرنا مع رسول الله صلى الله عليه الطايف فسمعته يقول من رمى بسهم في
سبيل الله فله درجة في الجنة ومن شاب شيبة في الاسلام كانت له نورا يوم القيامة وايما مسلم اعتق رجلا مسلما كان
وقا كل عضو من عظامه عظما من عظام محرره من النار وايما امراة مسلمة اعتقت امراة مسلمة كانت وقا كل عضو من عظامها عظما من عظامها

باب اللفظ الذي يقع به العتاق الصحيح وما في معناه

قال الفاظ العتاق على ضربين صريح وكناية فالصريح لفظ الحرية والعتق والولاء وما تفرع منها وهو على ثلثة اضرب اخبار كقوله اعتقتك وحررتك وصفة كقوله انت حر وانت عتيق ونداء كقوله يا حر ويا عتيق ويا مولاي فاما الحرية والعتق فهو الصريح وذلك لان اهل اللغة استعملوها في هذا المعنى ووضعوها له لان الحرية عبارة عن اسقاط الحقوق يقال ارض حرة اذا لم يكن عليها خراج واسقاط حق المولى عن مملوكه انما يكون بتبطيل رقه وانما قلنا ان الاخبار عن هذه الالفاظ يقع به الحرية لان الواجب حمل امور المسلمين على الاخبار بالصدق دون الكذب وذلك لا يكون الا بعد تقدم العتق فاما الصفة اذا قال انت حر وانت عتيق فهو صريح الايقاع ولان الظاهر انه وصفه بصفة وان تلك الصفة موجودة فاما اذا قال انت مولاي فهذه اللفظة مشتركة في اللغة يعبر بها عن النصرة قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم واراد الناصر ولا يجوز ان يكون بقوله لعبده يا مولاي يريد به النصرة لان المولى لا يستنصر بعبده وقد يعبر بالمولى عن ابن العم قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي ولا يجوز ان يكون هذا هو المراد لان نسب العبد غير معروف وقد يعبر بالمولى عن المعتق وهو المولى الاعلى ولا يجوز ان يكون ذلك مراده لان العبد لا يعتق مولاه فلم يبق الا ان يكون المراد به مولاي الذي انعمت عليه فلذلك كان صريحا في الحرية وانما الفاظ النداء مثل قوله يا حر ويا عتيق ويا معتق ويا مولاي فان الحرية تقع بها لان الظاهر انه موصوف بهذه الصفة حتى ناداه بها وقد قال اصحابنا ان هذه الالفاظ يقع بها العتق نوى او لم ينو لان ما كان صريحا في موضوعه لم يفتقر الى النية كصريح الطلاق وقالوا ان قال عنيت انه حر في العمل او مولاي في الدين لم يصدق في القضاء لانه نوى خلاف ظاهر لفظه ويصدق فيما بينه وبين الله لان الكلام يحتمله فاما قول ابي الحسن انه اذا قال انت حر لوجه الله عتق وان ذكر وجه الله ليس بشرط في العتق وانما هو على طريق التاكيد وليبين انه قصد بالعتق القربة وقد ذكر محمد في الاصل ان من قال لعبده انت حر لوجه الشيطان عتق لانه ذكر الحرية ونفى القربة عنها وانتفاء القربة لا يمنع من وقوع العتق وعلى هذا قالوا لو قال لعبده انت حر من عمل كذا او انت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء لانه اعتقه في زمان دون زمان واعتقه من عمل دون عمل والمعتق في زمان معتق في كل زمان والمعتق من عمل معتق من كل عمل ومما يلحق بالصريح وليس بموضوع للعتق قوله وهبت لك نفسك وبعتك نفسك ان العتق يقع بذلك قبل العبد او لم يقبل لان الهبة والبيع يقتضيان زوال الملك وانتقاله الى الموهوب له والى المشتري والعتق يقع بزوال ملك المولى عن الرق ولا ينتقل الرق الى العبد فكانه اتى بلفظ الحرية وزيادة وانما لم نجعل هذا صريحا لانه ليس بموضوع في اللغة للعتق الا انه ملحق بالصريح بمعنى انه لا يفتقر الى نية في وقوع العتق به وانما لا يفتقر الى القبول لان قبول الموهوب له والمشتري يحتاج اليه ليدخل الشيء في ملكه والرق لا يدخل في ملك العبد فلا يقف على قبوله وقال ابو حنيفة اذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال اردت به اني وهبت له عتقه بمعنى اني لا اعتقه لم يصدق في القضاء وذلك لان اللفظ الذي وضع لازالة الملك اذا استعمل في تعيينه الملك فقد نزل ظاهره ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه وقد روى معلى عن ابي يوسف فيمن قال لعبده انت عتيق فلان او معتق فلان انه يعتق في القضاء وذلك لانه وصفه بالحرية من جهة غيره فاقتضى ذلك صحة الصفة وهذا لا يكون الا وفلان مالك فاعتقه قال فان قال لم اعتقك فلان فليس بشيء لانه اضاف العتق الى من ليس بمالك في الظاهر فلا يقع به شيء قال ابو الحسن وكذلك ان قال راسك حر او بدنك حر والاصل في هذا انه اذا اضاف الحرية الى الرقبة او الى ما يعبر به عنها عتق وكذلك ان اضافه الى جزء شايع وقع على الجزء وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة لم يعتق والكلام في هذه المسئلة قد ذكرنا في الطلاق

باب اللفظ الذي لا يقع به الحرية الا ان يريد به الحرية

قال رضي الله عنه قد ذكرنا في الباب الاول صريح العتق وهذا الباب يتضمن بيان الكناية قال ابو الحسن رحمه الله اذا قال لعبده لا سبيل لي عليك فان نوى العتق فهو حر وان لم ينو فهو رقيق لان المولى قد يقول لا سبيل لي عليك باللوم والعقوبة لانك وفيت بالخدمة وفعلت ما امرتك وقد يقول لا سبيل لي عليك لاني كاتبتك الى ان يؤدي عنك ولا سبيل لي عليك لاني اعتقتك واذا احتمل اللفظ العتق وغيره لم يقع العتق الا بالنية وكذلك اذا قال لا ملك لي عليك لانه يحتمل لاني بعتك او لاني اعتقتك فلا يقع احدهما الا بالنية وكذلك خرجت من ملكي يحتمل البيع والعتق وكذلك اذا قال خليت سبيلك لانه يحتمل خليت سبيلك فلا استخدمك ويحتمل اعتقتك قال محمد ان قال لا سبيل لي عليك الا سبيل الولاء فهو حر في القضاء ولا يصدق انه اراد غير العتق لانه نفى كل سبيل واثبت الولاء وذلك لا يكون الا بعد الحرية وان قال لا سبيل لي الا سبيل الموالاة دين في القضاء لان اطلاق الموالاة تقتضي الموالاة في الدين وانه جاز ان يعبر بها عن ولاء العتق قال ابن سماعة عن محمد اذا قال لمملوكه نسبك حر او ابواك حران فان كان يعلم انه سبي لم يعتق لان المسبي نسبه حر وابواه حران فهو صادق في قوله وان لم يكن سبي فهو حر لان حرية الابوين تقتضي حرية الولد الا ان يطرا الرق والرق انما يطرا بالسبي وليس بمسبي فلم يبق الا انه وصفه بالحرية قال ابو يوسف اذا قال لعبده انت لله لم يعتق في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان نوى العتق عتق و

ابي حنيفة انه موصوف بهذه الصفة قبل العتق وبعد العتق على وجه واحد والعتق انما يقع بالصفة التي لا يوصف بها المملوك فاما ما يوصف بها فلا يقع كما لو قال انت اسود او طويل ولابي يوسف ان العتق يقع لله فاذا قال انت لله فقد ذكر ما يحتمل الحرية ونواها فيقع ولو قال انت عبد الله ونوى العتق لم يعتق عند ابي حنيفة وابي يوسف اما ابو حنيفة فقوله ظاهر لان العبد موصوف بهذه الصفة قبل العتق وبعده واما ابو يوسف فقال اذا قال انت لله فهذه اللفظة تستعمل فيما يجعل للقربة وهذا يتضمن معنى العتق واما قوله انت عبد الله فلا يتضمن معنى القربة فلذلك لم يقع به العتق قال معلى قال ابو يوسف اذا قال جعلتك لله في صحته او في مرضه وقال لم انو العتق او لم يقل شيئا حتى مات فانه يباع فان نوى العتق فهو حر فان قال هذا في مرضه ومات قبل ان يبين فهو عبد ايضا وذلك لانه يحتمل ان يريد بهذا اللفظ النذر ويحتمل العتق فلا يقع احدهما الا بالنية ولا يجوز ان يلزم الورثة بعد الموت الصدقة لان النذر يسقط بالموت عندنا وقال الفضل بن غانم عن ابي يوسف فيمن قال لامته قد اطلقتك يريد العتق قال تعتق لان الاطلاق يقتضي زوال اليد وقد يزيل المولى يده عن العبد بالعتق وبغيره فاذا نوى العتق عتق قال فان قال لعبده طلقتك يريد العتق لم يكن عتقا وهذا من مسائل الباب الذي يلي هذا الباب وهو ما لا يصلح للعتق وان نوى قال فان قال فرجك علي حرام يريد العتق لم يكن عتقا لان الرق يجتمع مع التحريم الا ترى انه يشتري اخته من الرضاعة وجارية قد وطئها ابوه او ابنه فلم يكن في التحريم دلالة على العتق وروى ابن سماعة عن محمد عن ابي يوسف في نوادره فيمن قال لعبده الف نون حا را او قال لزوجته الف نون تا طا الف لام قاف فتهجا ذلك هجا ان نوى به العتق والطلاق وقع لان هذه الحروف يفهم منها ما هو عبارة عنه كالكلام الا انهم لم يجعلوها صريحا لانها لم توضع للمعنى وان اراد به فصارت كالكناية المفيدة للمعنى وان لم توضع لم يقف على النية

باب ما لا يقع به الحرية وان نوى

قال ابو الحسن رحمه الله اذا قال لعبده يدك حر او ساقك حر او رجلك حر او شعرك حر فانه لا يعتق وان اراد به العتق وهذا قد بيناه وذكرنا انه اذا اضاف العتق الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة لم يعتق كما اذا اضاف اليه الطلاق لم تطلق ويجوز ان يقال كل ما لو اضاف اليه البيع لم يصح فاذا اضاف اليه العتق لم يقع عن الجملة وما اذا اضاف اليه البيع كان بيعا للجملة فاذا اضاف اليه العتق وقع قال في الاصل اذا قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق وذلك لان نفي السلطان قد يجتمع مع الرق في المكاتب فلم يفد ذلك الحرية وليس كذلك السبيل لانه لا يبقى مع الرق الا ترى ان للمولى على مكاتبه سبيلا في المطالبة بمال الكتابة قال محمد اذا قال لعبده اذهب حيث شئت او توجه اين شئت من بلاد الله يريد به العتق لم يعتق وذلك لانه رفع يده عنه ورفع اليد لا ينافي الرق كالمكاتب ولو قال لعبده قد بنت مني او كانت امة فقال لها انت طالق او قد بنت مني او حرمتك او انت خلية او برية او بتة او اخرجي او اعتدي او استبرئي او تقنعي او اختاري وما اشبه ذلك وهو ينوي العتق فذلك كله باطل وقال الشافعي ان نوى بالطلاق العتق وقع لنا ان ما لا يملكه بلفظ النكاح لا يزيل الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الاعيان ولان الطلاق في الموضع الذي جعل صريحا لا يزيل الملك بنفسه ففي الموضع الذي جعل كناية اولى ان لا يزيل واذا ثبت ان العتق لا يقع بلفظ الطلاق الصريح فكذلك كناية الطلاق وكذلك الفاظ التحريم لان التحريم يجتمع مع الرق قال محمد اذا قال لعبده راسك راس حر او بدنك بدن حر او فرجك فرج حر لم يعتق لان هذا تشبيه والشيء اذا شبه بالشيء لم يقتض مشاركته في كل معانيه فلم يعتق قال ولو نون فقال راسك راس حر او بدنك بدن حر او فرجك فرج حر فهو حر لانه وصفه وليس بتشبيه ومتى وصف العبد بما يعبر به عن جملته بالحرية عتق وقال في الاصل اذا قال ما انت الا مثل الحر او انت مثل الحر لم يقع العتق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا تشبيه وقد بينا ان التشبيه لا يقتضي المشاركة في كل الصفات وليس كذلك اذا قال ما انت الا حر لانه نفي واثبات وهذا اكد للاثبات كقولهم لا اله الا الله واثبات الحرية يقتضي العتق وقد روى معلى عن ابي يوسف فيمن قال كل مالي حر ولم يعنه عبيده لم يعتقوا لان المال لا يوصف بالحرية التي هي العتق فاذا جمع بين العبيد وغيرهم من الاموال علم انه اراد الحرية التي يوصف الجميع بها وذلك اسقاط حق الغير عنه وزوال اعتراضه فيه

باب العتق بدعوى النسب

قال الشيخ رضي الله عنه الاصل في هذا الباب ان من وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه فهو على وجهين احدهما الصفة مثل ان يقول هذا ابني او هذه امي او امي او هذا عمي او خالي او اخي فانه يعتق في رواية الحسن في جميع ذلك وقال في الاصل يعتق في جميع ذلك الا في قوله هذا اخي او هذه اختي فانه لا يعتق وانما عتق بهذه الصفات لان قوله هذا ابني يقتضي الحرية ومن وصف مملوكه بصفة الحرية عتق عليه ولانه لم يرد في الشريعة استعمال لفظ الابوة والبنوة على وجه الاكرام فلم يبق الا ان يكون تحقيق الصفة فيعتق فاما اذا قال هذا اخي فانه يعتق في رواية الحسن لانه وصفه بصفة من يعتق عليه على طريق التحقيق فصار كقوله هذا عمي او خالي وجه رواية الاصل لان هذه اللفظة قد يجري استعمالها في الشرع بعضه على طريق التحقيق والاكرام قال الله تعالى فان لم تعلموا اباءهم فاخوانكم في الدين واذا احتملت هذه اللفظة احتمل ان يكون اراد الاكرام فلم يقع به العتق واما القسم الثاني فهو ان يذكر الصفة على وجه

فلا يعتق في جميع الاوصاف الا في قوله يا مولاي ويا مولاتي ويا حر لان هذه الالفاظ تستعمل في النداء على طريق الاكرام
في الغالب ولا يراد به التحقيق فلم يحمل على العتق من غير نية ۞ واما اذا قال يا مولاي عتق عندنا وقال زفر لا يعتق
لنا ان هذه اللفظة لا تستعمل مع العبد على طريق الاكرام في العادة فصار كقوله هذا مولاي لزفر انه
تستعمل هذه اللفظة على طريق التعظيم فصار كقوله يا سيدي ويا مالكي لا يعتق ۞ قال محمد لانا انما اعتقناه
في قوله يا مولاي لاجل الولاء لا لاجل الملك وهذا صحيح لان قوله يا سيدي ويا مالكي يذكر على وجه التعظيم فلا
يقع به الحرية ۞ فاما اذا قال يا حر فانه صريح في الحرية وذلك لانه لا يذكر على طريق الاكرام وانما يذكر على
وجه الصفة ۞ وقال عمرو قال محمد الا ان يكون اسم العبد حرا يعرف بذلك فلا يعتق لان النداء يحمل
على الاسم دون الصفة ۞ قال ابو حنيفة اذا قال لعبده هذا ابني ومثله لا يولد لمثله او قال هذا ابي ومثله
لا يلد مثله عتق عليه وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق وهو قول ابي حنيفة الاول ۞ فاما اذا قال لمعروف النسب
هذا ابني فانه يعتق في قولهم لابي حنيفة ان قوله هذا ابني يتضمن حرية موقعة مع النسب وكل واحد
من الامرين ينفرد عن الاخر الا ترى ان المأذون يشتري امه فلا يعتق والاجنبي يعتق عبده ولا نسب
بينهما فاذا اقر بما يتضمن الامرين ما احدهما ينفرد عن الاخر صار كانه قال هذا ابني وهو حر ۞ ولان الحرية
المضمنة بالنسب يجوز ان يثبت وان لم يثبت النسب كمن قال لمعروف النسب هذا ابني ۞ ولا يلزم
اذا قال لامرأة ومثله لا يلد مثلها هذه بنتي ان الفرقة لا تقع لان هذا الاقرار لا يتضمن فرقة موقعة وانما يتضمن نفي
النكاح لاجل النسب واذا لم يثبت النسب لم يتعلق به حكم الفرقة يبين الفرق بينهما انه لو قال لزوجته
وهي معروفة النسب هذه بنتي لم تقع الفرقة وبمثله يقع العتق وانما افترقا لما قدمنا وكذلك لو قال لزوجته
ومثله لا يلد مثلها هذه بنتي ثم قال اوهمت او اخطأت لم تقع الفرقة ولو قال لعبده هذا ابني ثم قال اوهمت
او اخطأت وقع العتق لما ذكرنا قولهما انه اقر بالنسب والحرية من احكامه وقد علمنا انه كذب في النسب
فلا تثبت الحرية بحكمه كما لو قال لزوجته وهي اكبر منه هذه ابنتي قالا وليس كذلك المعروف النسب لانه يجوز
ان يكون ابنه من الزنا ومن ملك ابنه من الزنا عتق عليه فكانهما قالا في البنوة المستحيلة ان العتق لا يثبت حكمها
وما لم يكن مستحيلا في الصورة وانما يستحيل احكاما ثبت به العتق وهذا الفرق ليس بصحيح لانهم قالوا في
النكاح اذا قال لمعروفة النسب هذه بنتي لم تقع الفرقة وان كان لا يجوز ان يتزوج بنته من الزنا ۞

باب التدبير

قال ابو الحسن رحمه الله التدبير ان يستحق العبد العتق بموت مالكه على اي وجه مات وباي سبب مات ۞ قال رضي الله عنه
الاصل في هذا ان التدبير ماخوذ من العتق الواقع عن دبر الانسان وحقيقته ان يعلق عتق مملوكه بموته على الاطلاق
والاصل في جواز التدبير انه عتق معلق بشرط فصار كتعليقه بدخول الدار ۞ ولان الموت يوقع زوال الملك والتدبير
يمنع دخول المدبر في ملك الورثة فهو كالوصايا ۞ واما اذا علق العتق بموت بصفة او بموت ومعنى اخر فليس بمدبر
لان التدبير نوع من الاستيلاد والاستيلاد يتعلق العتق فيه بالموت على الاطلاق ۞ ولانه لم يقصد ايجاب القربة
في الحال الا ترى ان جراء القربة لم يخصها بموت من مرض دون مرض او بالموت ومعنى اخر فصار ذلك صريح
العتق المعلق بالشرط فاذا وجد الموت بالصفة التي شرطها عتق فلم يكن مدبرا ۞ فاما اذا اطلق التعليق بالموت
فقد قصد ايجاب القربة في الحال فثبت حكم الحرية وتعلق الولاء بها فلذلك لم يجز التصرف فيه ۞ والتدبير
يقع بصريح اللفظ مثل ان يقول دبرتك ويقع بلفظ اليمين مثل ان يقول ان مت فانت حر وبلفظ الوصية التي
توجب له رقبته او بعضها ۞ فاما قوله انت مدبر وقد دبرتك فهو الصريح فجرى مجرى قوله انت حر في العتق ۞
واما لفظ اليمين فلانه علق الحرية بالموت مطلقا وهذا معنى التدبير ۞ واما اذا اوصى له برقبته او بوصية
يستحق من جملتها رقبته او بعضها فلان العبد لا يملك رقبة نفسه والوصية تقتضي زوال ملك المولى
وانتقاله الى الموصى له وذلك في العبد حرية مثل ان يقول لم يعتقك نفسك او وهبتها لك ۞ وقد قالوا في لفظ
اليمين انها قوله ان مت فانت حر او متى مت او ان حدث لي حدث او متى ما حدث بي حدث او اذا احدث بي حدث
وذلك لان هذه الالفاظ شروط فقد علق العتق بالموت ۞ وكذلك اذا قال انت حر بعد موتي لانه علق الحرية
بالموت مطلقا ۞ وكذلك اذا قال قد دبرتك بعد موتي لان هذا صريح العتق عن دبر ۞ وكذلك اذا قال اعتقتك بعد
موتي لانه علق الحرية بالموت ۞ وكذلك انت حر مع موتي لان مع تقتضي المقارنة والشروط لا بد من تقديمها
فكانه قال بعد موتي ۞ وكذلك اذا قال عند موتي لانه علق العتق بالموت ولا بد من وجوده اولا ۞ وكذلك في
موتي لان حرف الظرف اذا دخل على الفعل جعله شرطا وكذلك ان ذكر مكان الموت الوفاة او الهلاك لان الجميع
بمعنى واحد ۞ وقالوا في لفظ الوصية اذا قال اوصيت لك بعتقك او برقبتك او بنفسك فهذا كله تدبير لان
هذا يعبر به عن الجملة وقد علمنا ان الوصية له برقبته عتق وكذلك ان قال اوصيت لك بثلث مالي لان الرقبة
من جملة المال فقد صار موصيا له بثلثها وهذا عتق معلق بالموت ۞ قال بشر عن ابي يوسف فيمن اوصى لعبده بسهم
من ماله قال يعتق بعد موته ولو اوصى له بجزء من ماله دخل سدس الرقبة في الوصية واستحق عتق جزء من رقبته

واذا اوصى له بجزء من ماله فالخيار الى الورثة ما لهم التعيين فيما شاءوا فلم يتضمن الوصية الرقبة لا محالة فلم يكن مدبرا ۞ واذا صح
التدبير لم يجز بيع المدبر ولا هبته ولا اخراجه من ملكه الا الى الحرية وقال الشافعي يجوز بيعه لنا ما روى ابو ايوب عن
نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ۞ وروي امتناع بيع المدبر عن زيد وابن عمر ۞ ولانه
حق حرية اوجب استحقاقها فمنع البيع كالاستيلاد والكتابة ۞ ولان القول يوجب الحرية فجاز ان يوجب حق حرية لا
يلحقه الفسخ كالفعل الا ترى ان السبي يوجب الحرية فيمن سبى اباه او ابنه ثم اوجب الفعل حق حرية لا ينفسخ وهو الاستيلاد
واذا ثبت انه لا يجوز بيعه ولا تمليكه فلما كان تصرف يجوز ان يقع في الحر يجوز ان يقع في المدبر مثل الاجارة والاستخدام
والوطء في الامة ۞ وذلك لا ينافي الحرية لا يكون اكثر من الحرية واذا لم يمنع الحرية هذا التصرف فحقها اولى ۞
وكل تصرف لا يجوز في الحر لا يجوز في المدبر الا الكتابة وهذا كالبيع والهبة والرهن ۞ فاما البيع والهبة فقد دللنا
عليهما ۞ واما الرهن فلان المقصود منه الاستيفاء وما لا يجوز بيعه لا يمكن الاستيفاء منه ۞ وقالوا ان للمولى ان
يزوج المدبرة بغير رضاها لان وطيها على ملكه ومثل هذا التصرف يجوز في الحرة ۞ فاما جواز الكتابة فلان التدبير
يقتضي حرية مؤجلة فاذا كاتبه فقد اراد ان يعجل الحرية والمولى يملك تعجيل الحرية المؤجلة كما يملك عتق ام الولد ۞
فاذا ثبت ان التدبير عتق يتعلق بموت المولى قلنا اذا زال ملك المولى عنه بغير الموت عتق مثل ان يرتد ويلحق
بدار الحرب فيحكم الحاكم بلحاقه فيعتق لذلك لان هذا قد جرى مجرى الموت في زوال الاملاك وانتقالها الى الورثة
فكذلك في عتق المدبر ۞ وكذلك المستامن اذا اشترى عبدا في دار الاسلام فدبره ولحق بدار الحرب
فاسترق عتق مدبره لان الاسترقاق اوجب زوال ملكه عن املاكه حكما فهو كالموت ۞ فاما العتق المعلق
بالموت من وجه دون وجه مثل ان يقول ان مت في سفري او من مرضي كذا او ان غرقت او قتلت او يعلق العتق
بموته وشرط اخر مثل ان يقول ان مت وفلان فهذا ليس بمدبر لما بينا ان عتقه لم يتعلق بموت مطلق فيجوز
بيعه وهبته والتصرف فيه كما يجوز في العبد الذي علق عتقه بدخول الدار ۞ وعتق المدبر المطلق
والمقيد من الثلث ۞ وروي عن ابن مسعود والنخعي وجماعة انهم قالوا يعتق من جميع المال ۞ وقال سعيد بن جبير وشريح
والحسن وابن سيرين يعتق من الثلث لنا ما روى نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المدبر يعتق من الثلث
ولانه عتق علق بموته وما تعلق بالموت من التبرع فهو من الثلث كسائر الوصايا ۞ وقد قالوا ان اكساب
المدبرة ومهرها وارشها للمولى لانها باقية على ملكه وانما يستحق الحرية عند وجود الشرط وما قبل
الشرط فهي كالامة ۞ وولد المدبرة بمنزلتها لاجماع الصحابة ۞ وروي عن ابن مسعود انه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق
بعتقها ويرق برقها ۞ وخوصم الى عثمان رضي الله عنه في اولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبيد وما ولدته بعد التدبير
مدبرون وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف ۞ وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة ولا
يعرف في السلف خلاف ذلك ۞ وانما قال في بعض اصحاب الشافعي فلا يعتد بقولهم على الاجماع ۞ ولان حرية تتعلق
بموت المولى على الاطلاق فيسري حق الحرية الى ولدها كام الولد ۞ وقد قالوا ان ولا المدبر بالتدبير لمدبره لا ينتقل
عنه وان عتق من جهة غيره لان حق الحرية عندنا ثابت في الحال وحق الحرية يثبت الولاء والولاء لا ينفسخ ۞ وانما
يتصور العتق من جهة غير المدبر في مدبرة بين شريكين جاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم
نصيب شريكه منه والولاء بينهما ۞ وكذلك مدبر بين شريكين اعتقه احدهما وهو موسر فضمن عتق بالضمان ولا
يتغير الولاء عن الشريكين في قول ابي يوسف ومحمد اذا اعتق احدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما ۞ وقد
قالوا ان التدبير عتاق موقع عند الشرط فيعتبر فيه ما يعتبر في الشرط ۞ فان قال انت مدبر على الف فقبل
فهو مدبر والمال ساقط لان التدبير موقوف على قبوله المال والمدبر على ملك المولى فلا يجوز ان يلزمه دين
له فسقط المال ۞ فان علق عتقه بموته مع شرط اخر مثل ان يقول ان مت وفلان فان مات المولى
اولا لم يعتق وان مات الاخر بعد ذلك لان موت المولى احد الشرطين فلا يعتق به وينتقل الملك الى الورثة
فوجد الشرط الثاني ولا ملك للمعتق فلا يعتق ۞ وان مات فلان اولا فقد صار مدبرا لان عتقه تعلق
بموت المولى على الاطلاق ۞ قال ابو يوسف اذا قال انت حر ان مت او قتلت فليس بمدبر وقال زفر هو مدبر
لابي يوسف انه علق العتق باحد امرين فصار كانه قال ان مت او مات زيد ۞ لزفر انه علق عتقه
بالموت لا محالة من تعلق عتقه بالموت بكل حال فهو مدبر ۞ وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال اذا مت ودفنت
او غسلت وكفنت فانت حر فليس بمدبر فان مات وهو في ملكه استحسنت ان يعتق من الثلث وذلك لانه
علق العتق بالموت ومعنى اخر والتدبير تعليق العتق بالموت على الاطلاق فاطلقت في القياس ان لا يعتق كما
لو قال اذا مت ودخلت الدار فانت حر لكنه استحسن فقال يعتق من الثلث لانه علق العتق بالموت وبصفة
توجد عند الموت قبل استقرار ملك الورثة فصار كما لو علقه بموت بصفة وليس كذلك اذا قال ان مت
ودخلت الدار لان دخول الدار ليس له تعلق بالموت فصارت هذه صفة منفصلة عن الموت كسائر الاعيان ۞ وقال
محمد في الاصل اذا قال انت حر بعد موتي ان شئت الساعة فشاء العبد ساعتئذ فهو حر بعد موت المولى من
الثلث لانه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت فاذا وجد قبل ذلك لم يتعلق به حكم ۞ فان مات المولى فشاء
عند موته عتق من الثلث بغير تدبير لان العتق لم يتعلق بمجرد الموت فان شاء فقد تقدم الشرط فصار ذلك بحكم الوصايا

[illegible]

... قال وكذلك ان كثرت الجنايات لم يضمن المولى الا قيمة واحدة

لانه جعل مانعا من تسليمه بسبب سابق على الجنايات من غير اختيار فصار كانه دبر بعد وجودها وهو لا يعلم

ولان المنع منع واحد فلا يلزمه من غير اختيار اكثر من قيمة واحدة

الاستيلاد

قال الشيخ ابو الحسين رحمه الله ... كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها او مالك لبعضها فهي ام ولد له لان الاستيلاد ...

ثبوت النسب فاذا ثبت الاصل ثبت فرعه — قال وكذلك ان ثبت نسب ولد مملوكة من غير سيدها ...

[illegible]

المولى فقيل ولا تعتق ۞ قال ولا تضمن ام الولد عند ابي حنيفة بالايدي لا تضمن في الغصب كما تضمن في العتق ولا
تضمن في البيع الفاسد ولا تضمن في العتق اذا كانت ام ولد بين رجلين فاعتقها احدهما لم يضمن المعتق لشريكه ولم تسع في شي لربها
وقال ابو يوسف ومحمد تضمن في ذلك كما تضمن الامة وهذا فرع على ان رقها لا قيمة له عند ابي حنيفة بدلالة انها
لا تسعى للورثة ولا للغرما ولو كان لرقها قيمة لسعت كالمدبرة ۞ وعنده المولى لا يملك منها الا منافع الوطي والاستخدام
والاستغلال فالمتلف لها متلف للمنافع وذلك غير مضمون عندنا وليس كذلك المدبرة لان المولى يملك منها معنى زايدا
على المنافع لانها تسعى لورثته ولغرمايه لهما ان الحرية متعلقة بالموت كالتدبير ولانها على ملكه يطاها ويستخدمها
فتضمن بالملك كالامة ۞ قال محمد في الاملا وتضمن في الغصب عند ابي حنيفة بما تضمن به الصبي الحر اذا غصب يعني
اذا ماتت من سبب حادث لان هذا يجري مجرى ضمان الجناية لان الغاصب قرب بها من سبب التلف وام الولد تضمن بالجناية
فاما قولهم ان احد الشريكين اذا اعتقها لم يضمن فلان ضمان العتق ادون من ضمان الغصب الا ترى انه يختلف باليسار
والاعسار فاذا لم يضمن عنده بالغصب فلان لا يضمن بما هو دونه اولى ۞ ولا تسعى لانها صارت في يد نفسها بالحرية
فلم يلزمها السعاية كما لو مات المولى ۞ قال فان قتلت ضمنت في قولهم جميعا لان ضمان القتل يثبت به الحر فلان يثبت
فيما ثبت له حق الحرية اولى ۞ قال وتعتق اذا مات المولى من جميع المال ولا تسعى للوارث ولا للغريم وذلك لحديث
سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه امر بعتق امهات الاولاد ولا يجعلن من الثلث ولان حريتها متعلقة بالنسب
وحرية النسب لا يجتمع معها السعاية فكذلك حريتها بالاستيلاد ۞ واذا جاءت ام ولده بولد لم يات به فنسبه
ثابت من المولى فان نفاه انتفى بغير لعان وذلك لان ام الولد صارت فراشا فثبوت نسب ولدها بدلالة ان زوال فراشها
يوجب العدة كالزوجة والولد الحادث على الفراش يثبت نسبه من غير اعتراف ۞ وانما كان له نفيه من غير لعان
لانه يملك نقل فراشها وابطاله بغير لعان الا ترى انه يزوجها فيزيل الفراش فكذلك يملك نقل النسب المتعلق به
بقوله وليس كذلك الزوجة لانه لا يملك نقل فراشها بقوله فلا يملك نقل النسب المتعلق به ۞ واما
كيفية النفي فعلى ما بيناه في ولد الزوجة عند ابي حنيفة ينفيه ما لم يقبل التهنية او تطول وقت الاعتراف
وعند ابي يوسف ومحمد مدة النفاس وقد روى الحسن عن ابي حنيفة انه ينفيه ما لم يكتسب اليه او يعبر عن نفسه
وهذا انما يريد به في الغايب اذا قدم فعلم بالولادة جاز له النفي حين علم الا ان يكون قد عبر الولد عن نفسه
او نسب اليه لان ذلك يوجب ثبوت نسبه من طريق الحكم ۞ وقد روى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
في ولد ام الولد ليس له ان ينفيه الا عند حضرة الولادة وهذا انما يريد به في الحاضر للولادة دون الغايب ۞
وقد قالوا جميعا انه ينفيه على اختلافهم في وقت النفي الا ان يكون قد حكم بثبوت نسبه بشي وانما اراد بذلك
ان يجني عليه فيحكم الحاكم عليه بارش الجناية لان الحكم بثبوت النسب يمنع من النفي كالاقرار ۞ فان حرم وطيها
بعد ان صارت ام ولد بوجه من الوجوه مثل ان يطاها ابنه او ابوه او يطا هو امها او ابنتها لم يلحق نسب الولد
الذي تاتي به بعد التحريم الا ان يدعيه وهذا على وجهين اذا حرمت ام الولد بما يفسد به نكاح الحرة ولا يبقى
معه فراشها لم يثبت نسب ولدها من مولاها الا ان يدعيه مثل المسايل التي ذكرناها لان فراش الزوجة اقوى من
فراش ام الولد وهذه المعاني تقطع فراش الزوجة فلان تقطع فراش ام الولد اولى ۞ وكذلك اذا زوجها لانها صارت
فراشا للزوج فيستحيل ان تكون فراشا لغيره ۞ فاما اذا حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة ولا يزيل فراشها مثل
الحيض والنفاس والاحرام والصوم فان نسب ولدها يثبت منه لان هذا تحريم عارض فلا يغير حكم الفراش ۞
قال وللمولى من الاستمتاع بها والتصرف ما يكون من المدبرة لان عتق كل واحدة منهما متعلق بموته ولانه
عتق معلق بالشرط فلا يمنع الاستمتاع ۞ فان زوجها المولى فجاءت بولد فهو ابن الزوج وذلك لان فراش المولى
زال بحدوث فراش الزوج والولد يلحق بالفراش ولان فراش الزوج اقوى من فراش المولى لو كانا باقيا لان الحسب(?)
فيه لا ينتفي فلحوق النسب به اولى ۞ وان ادعاه المولى لم يثبت نسبه منه ويعتق عليه لانه ولد ثابت النسب
من غيره فلا يصح دعوته له ۞ ويعتق لانه في ملكه وقد اعترف بحريته ۞ قال وسوا كان النكاح جايزا او فاسدا
وانما يريد بالنكاح الفاسد اذا اتصل بالدخول لان المراة لا تصير فراشا في النكاح الفاسد الا بالوطي ۞ قال واذا
كانت الامة بين رجلين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما وكانت ام ولد لهما فان جاءت باخر لم يثبت نسبه منهما
ولا من احدهما الا ان يدعيه لان وطيها حرام على كل واحد منهما تحريما يمنع فراش النكاح فلم تكن فراشا لهما فلم يثبت
نسب ولدها ۞ فان ادعياه او احدهما ثبت لانه على ملكهما ومن ادعى ولدا على ملكه ليس بثابت النسب
من غيره ثبت نسبه منه ومما ذكرت من فصول هذه المسالة بعد هذا اذكره في بابه الذي افرده له ۞

باب العبد يكون بين رجلين فيعتق احدهما نصيبه

قال ابو حنيفة رضي الله عنه في عبد بين رجلين اعتق احدهما نصيبه فالاخر بالخيار ان شا اعتق وان شا ضمن ان كان المعتق موسرا
وان شا استسعى ۞ قال وهذا الباب مبني على اصل وهو ان العتق عند ابي حنيفة يتبعض في حال اليسار والاعسار
وعتق البعض لا يوجب عتق الجميع وقال ابو يوسف ومحمد لا يتبعض في الحالين وقال الشافعي يتبعض مع الاعسار ولا
يتبعض مع اليسار ۞ لابي حنيفة ما روى نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه قال من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ
ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل واعطى شركاوه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق عليه ما اعتق وهذا يدل على تعلق
عتق الباقي بالضمان ۞ وروى نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه قال من اعتق شقصا له في مملوك فعليه عتقه كله ان كان له مال
يبلغ ثمنه تقوم عليه قيمة عدل فان لم يكن له مال عتق منه ما اعتق ۞ فاوجب النبي صلى الله عليه على المعتق عتق الجميع
ولا يصح ان يوجب عتق ما عتق ۞ وروي بهذا الاسناد انه قال كل من عتق ما بقي وجوبا فقد وجب عليه ان يعتق
ما بقي ۞ وروى سالم عن ابيه ان النبي صلى الله عليه قال اذا كان العبد بين اثنين فاعتق احدهما نصيبه فان كان موسرا قوم عليه
قيمة العبد لا وكس ولا شطط ثم اعتق العبد وهذا نص في التبعيض ۞ وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وعروة
بن الزبير عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسعيد بن المسيب عن رجال من الصحابة ان رسول الله صلى الله عليه قالوا اذا كان العبد بين الثلاثة
فاعتق احدهم فانه يقوم عليه باعلا القيمة ثم يغرم ثمنه ثم يعتق العبد ۞ ولان العتق ازالة ملك فجاز ان يتبعض
كالبيع وعلى الشافعي ان ما يتبعض في حال الاعسار يتبعض في حالة الايسار كالبيع وعكسه الطلاق ۞ وجه
قولهما قوله عليه السلام من اعتق شركا له في عبد فقد عتق كله وليس لله شريك ۞ ولان الاستيلاد لا يتبعض
وهو حق الحرية فلان لا يتبعض نفس الحرية اولى ۞ واذا ثبت ما ذكرنا قال ابو حنيفة اذا اعتق احد الشريكين
وهو موسر فلشريكه ثلث خيارات ان شا ضمنه قيمة نصيبه لان النبي صلى الله عليه الزم واوجب الضمان على المعتق الموسر
ولانه اتلف عليه نصيبه الا ترى انه لا يتصرف فيه بالتمليك فجاز له تضمينه ۞ فاذا ضمن الذي اعتق فهو بالخيار
ان شا اعتق ما بقي لانه انتقل اليه بالضمان ۞ وان شا استسعاه في قيمة ما بقي منه ۞ لان ما بقي منه على
ملكه وقد اخرجه الى الحرية لاستحالة ان يترك على الحرية مع وقوع الحرية في جزء منه ولا يجوز ان يلزمه
ازالة الملك بغير عوض فجاز له ان يستسعي ولان الذي لم يعتق كان له ان يستسعي على ما سنبينه فاذا ضمن
نقل الى شريكه ما كان له من الحق فقام مقامه فيه ۞ وايهما اختار المعتق فولا العبد له لانه عتق على ملكه
والولا للمعتق ۞ وان شا الذي لم يعتق اعتق نصيبه لانه باق على ملكه فجاز ان يساوي شريكه في التصرف ۞
وان شا استسعى العبد عندنا وقال الشافعي لا اعرف السعاية في الشريعة والدليل على ثبوتها حديث بشير بن نهيك
عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه من اعتق شقصا من مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال فان لم يكن له
مال استسعي العبد غير مشقوق عليه ۞ ولان نصيبه على ملكه فجاز اخذ العوض عنه من العبد كالكتابة ۞ ولا
يجوز ان يقال الكتابة لا تلزم العبد من غير رضاه والسعاية تلزمه بغير رضاه لان الكتابة تثبت بالعقد فافتقرت الى
التراضي والسعاية تثبت من طريق الحكم فجاز ان لا تقف على الرضا ۞ ولان الكتابة انما وقفت على الرضا لانها عقد مبتدا
ويجوز ان يرضى العبد بها ويجوز ان يختار البقا على الرق وفي مسالتنا لا يجوز تبقيته على الرق فلذلك لزمته
السعاية بغير رضاه ۞ فاي الوجهين اختار الشريك العتق او السعاية فقد صار الولا بينهما لان نصيب كل
واحد منهما عتق على ملكه كما لو اعتقاه معا ۞ واما اذا كان المعتق معسرا فللشريك خياران ان شا اعتق
وان شا استسعى وليس له التضمين وقال بشر المريسي له ان يضمنه في الحالين ۞ قال القياس ما قاله بشر
لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار وانما تركوا القياس لما قدمنا من الاخبار وقد فرق رسول الله صلى الله عليه
بين اليسار والاعسار ۞ ومن اصحابنا من قال القياس ان لا يضمن المعتق في الحالين لانه تصرف في ملكه على وجه
اضر بغيره فصار كمن احرق ناره فاحترق منه دار جاره ۞ وانما تركوا القياس في الموسر واوجبوا عليه الضمان للخبر
واذا انتفى الضمان وجب سقوط احد الخيارات الثلث فبقي الخياران اما العتق واما السعاية لما قدمنا ۞ فاما على
قول ابي يوسف ومحمد فلا خيار للشريك لان المعتق ان كان موسرا فقد وجب الضمان عليه فليس للذي لم يعتق ان
يستسعي لان نصيبه انتقل الى شريكه وعتق عليه ۞ وان كان المعتق معسرا فليس للشريك الا السعاية وذلك لان
الضمان كان واجبا على المعتق وقد سلمت المنفعة للعبد فاذا تعذر تضمين الشريك ضمن العبد كالغاصب
وغاصب الغاصب ۞ ولان الرق الذي ضمنه الشريك لم يسلم للعبد جاز ان يرجع عليه به كما في العبد الرهن
اذا اعتقه الراهن ولا مال له ان المرتهن يضمنه الاقل من قيمته ومن الدين ۞ والولا في الوجهين جميعا على قولهما
للمعتق لان العبد عتق باعتاقه وانتقل نصيب شريكه اليه ۞ وقد قال اصحابنا ان احد الشريكين اذا اعتق وهو
معسر لم يجز التصرف في بقيته العبد بتمليك ببيع او هبة وقال الشافعي يجوز للشريك البيع والتصرف لنا
قوله عليه السلام من اعتق شقصا له في عبد فقد عتق كله ليس لله شريك ۞ ولان الحرية وقعت في الرقبة وحق
الحرية في الرقبة يمنع التمليك فنفس الحرية اولى ۞ وعلى هذا الخلاف الذي قدمناه قال ابو حنيفة
فيمن اعتق سهما من عبده فباقيه على ملكه لان العتق يتبعض عنده الا انه لا يجوز تبقيته على الرق لوقوع الحرية
فيه فان شا اعتق ما بقي وان شا استسعى ۞ وقال ابو يوسف ومحمد عتق كله باعتاقه السهم الاول لان العتق لا
يتبعض ۞ وعلى هذا الخلاف قال ابو حنيفة في عبد بين ثلثة اعتق احدهم نصيبه ثم اعتق الاخر بعده فللثالث
ان يضمن المعتق الاول ان كان موسرا لان الضمان وجب له بعتقه وان شا اعتق لنفسه وهو في التصرف وان شا
استسعى نصيبه على ملكه ۞ وليس له ان يضمن المعتق الثاني لانه ثبت له حق النقل الى الاول وذلك
النقل يتعلق به حكم العلاق(?) والولا لا يلحقه الفسخ فلا يجوز ان ينقل حق التضمين الى غيره ۞ فان اختار
تضمين الاول فللاول ان يعتق لان السهم انتقل اليه ۞ وله ان يستسعي لانه قام مقام المضمن ۞

وليس له ان يضمن المعتق الثاني لان المالك لم يكن له ان يضمنه وقد قام هذا مقامه ۞ فاما على اصلهما فلما اعتق
الاول عتق جميع العبد وعتق الثاني باطل ۞ واذا ثبت حكم اختلاف اليسار والاعسار في الضمان فاليسار هو ان يكون للمعتق
من المال مقدار قيمة ما بقي من العبد قلت او كثرت لانه يقدر على تخليص العبد ۞ وان كان لا يبلغ قيمة بقية العبد لم يضمن وهو
المعسر المراد بالخبر لانه لا يقدر على تخليص العبد وليس المراد باليسار والاعسار ما يعتبر فيمن تحل له الصدقة ۞ قال
وتعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم عتق لان العتق سبب الضمان فصار كالاتلاف في المتلفات ان القيمة تعتبر يوم
الاتلاف ۞ قال وكذلك حال المعتق في يساره وعسرته وذلك لانه اذا اعتق وهو موسر فقد ثبت حق
التضمين للشريك فلا يتغير بالاعسار الطاري كما لا يتغير الدين ۞ وان اعتق وهو معسر فالعتق لم يوجب
الضمان فلا يجوز ان يجب بعد ذلك الا بتجدد سبب آخر ۞ قال والمعتق بعضه بمنزلة المكاتب حتى يودي
السعاية اما الى المعتق اذا ضمن واما الى الآخر اذا اختار السعاية ۞ وقال ابو يوسف ومحمد هو حر عليه دين وهذا
فرع على اختلافهم في تبعيض الحرية فعند ابي حنيفة ان الرق باق وانما يستحق تخليص رقبته من الرق كالمكاتب
فلا يرث ولا يورث ولا تجوز شهادته ولا يتزوج الا انه يفارق المكاتب من وجه واحد وهو انه اذا عجز لا يرد في الرق
لان المعنى الموجب للسعاية وقوع الحرية في جزء منه وهذا المعنى موجود بعد العجز ۞ واما على قولهما
فالعتق وقع في جميعه وانما يودي دينه مع الحرية فهو كسائر الاحرار ۞ قال ابو الحسن وان كان العبد بين
جماعة فاعتق احدهم نصيبه فاختار بعض الشركا الضمان وبعضهم السعاية وبعضهم العتق فذلك لهم ولكل واحد
منهم ما اختاره في قول ابي حنيفة لان العتق اوجب لهم الخيار بين ثلثة معان ونصيب كل واحد منهم غير
متعلق بنصيب الآخر فلم يتعين على احد الامور باختيار الآخر ۞ فان مات بعض من لم يعتق وله ورثة
فاختار بعض الورثة العتق وبعضهم السعاية وبعضهم الضمان فذلك لهم في رواية ابي محمد في الاصل وقال الحسن بن زياد
ليس للورثة الا ان يضمنوا جميعا او يستسعوا جميعا او يعتقوا جميعا وجه ما ذكر في الاصل ان نصيب الميت
على ملكه وقد انتقل اليهم بالموت وان كان لا ينتقل اليهم بالعقود لان الموت نقل من طريق الحكم كالتضمين واذا
انتقل اليهم نصيب الميت صاروا كالشركاء في الاصل فلكل واحد ان ينفرد بالاختيار ۞ واما الذي ذكره عن الحسن
فالظاهر انه رواه عن ابي حنيفة لان ابا الحسن ذكر في اول الباب قول الحسن بن زياد ان العتق لا يتبعض فلا يصح ان يفرع
هذا الفرع من مذهب نفسه ووجه ذلك ان الورثة انتقل اليهم ما كان للميت من الحق ولو اراد الميت تبعيض
الاختيار لم يجز له الا ان يضمن جميع نصيبه او يستسعي الجميع كذلك ورثته في حقه ۞ قال ابو الحسن وان
اعتق بعضهم كان عتقهم باطلا وكانت لهم السعاية الا ان يجمعوا على العتق فان اجمعوا عليه جاز العتق والولا للميت وذلك
لان من اصل ابي حنيفة ان المعتق بعضه كالمكاتب والمكاتب لا ينتقل الملك فيه بالارث فاذا اعتقه الورثة كان عتقهم
براءة من السعاية فعتق على ملك الميت وكان الولاء له ۞ وان اعتق بعضهم لم يعتق بعتقه كالمكاتب ۞ والفايدة في كون
الولا للميت انه ينتقل الى الذكور من ولده دون الاناث ۞ واذا اختار الذي لم يعتق ضمان المعتق ثم اراد ان
يرجع عن ذلك ما لم يقبل المعتق منه التضمين او يحكم به الحاكم وهي رواية ابن سماعة وقد ذكر في الاصل اذا اختار
التضمين لم يكن له اختيار السعاية ولم يفصل تفصيل ابن سماعة فمن اصحابنا من قال ان رواية الاصل محمول على هذا التفصيل وجعل
المسئلة على رواية واحدة ومنهم من جعلها روايتين فوجه رواية الاصل ان الشريك مخير بالخيار بين تضمين المعتق
او العبد فاذا اختار التضمين فقد ابرأ العبد فلا يجوز ان يضمنه بعد ذلك ۞ ولانه لو اختار السعاية لم يكن له
ان يختار التضمين وانه لم يفتقر الى اختياره قضاء او رضا فكذلك اذا اختار التضمين ۞ وجه رواية ابن سماعة ان اختيار
الشريك تضمين المعتق نقل الملك اليه ببدل وذلك لا يتم الا بالرضا او القضا فما لم يوجد احدهما لم يتم الاختيار
فكان له الرجوع عنه الى السعاية ۞ قال ابو بكر الرازي وعلى هذا تضمين الغاصب وغاصب الغاصب اذا
اختار المغصوب منه تضمين احدهما لم يكن له تضمين الآخر الا ان يرضى المضمّن او يقضى عليه بالضمان ۞ واما
اذا اختار الشريك السعاية لم يكن له بعدها اختيار التضمين رضي بذلك العبد او لم يرض لان ايجاب السعاية على
العبد ليس فيه نقل ملك اليه بعوض حتى يقف على معنى يفتقر الى الاختيار فصح الاختيار فلم يكن للمولى الرجوع عنه
قال فان مات العبد قبل ان يختار الذي لم يعتق شيئا فله ان يضمن المعتق في رواية ابي محمد عن ابي حنيفة وفي رواية
الحسن عن ابي حنيفة واحدى روايتي بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وروى ابن سماعة وبشر وعلي عن ابي يوسف في عبد
بين شريكين اعتقه احدهما وهو موسر فمات العبد قبل ان يضمن المولى الذي لم يعتق صاحبه فان ابا حنيفة قال لا
ضمان على المعتق وقال ابو يوسف هو ضامن وهو قياس قول ابن ابي ليلى وجه رواية ابي محمد ان المعتق صار في
حكم الغاصب للعبد بالعتق فتلف العبد لا يوجب سقوط الضمان كموت المغصوب بعد الغصب ولان الضمان
يستند الى حال العتق وقد كان المعتق حيا فصح نقل الملك فيه فصار كتضمين المتلفات بعد التلف ۞
وجه رواية ابن سماعة ان نصيب الذي لم يعتق على ملكه وبدل تلفه عليه وانما يثبت له حق الضمان بشرط النقل
فاذا مات تعذر فيه النقل فلم يجز ايجاب الضمان ۞ واما ابو يوسف فعنده ان العتق اوجب ضمانا مستقرا
وانتقل الملك الى المعتق فمات على ملكه فلا يسقط الضمان ۞ قال فان اختلفا في قيمة العبد والعتق متقدم
لحال اختلافهما فالقول قول المعتق مع يمينه وان كان العتق في الحال نظر الى قيمة العبد يوم [illegible] ۞

فان كان قد مات فالقول قول المعتق ۞ اما اذا اختلفا في حال العتق فيمكن الرجوع الى قيمة العبد في الحال فلا معنى للتحالف
والبينة بل ينظر الى العبد فيقوم في الحال ويقضى بقيمته ۞ واما اذا اتفقا ان العتق متقدم لحال الخصومة ولا يمكن
الرجوع الى قيمة العبد لانها قد تزيد وتنقص فكان القول قول المعتق لانه هو الذي يلزمه الضمان فالمرجع الى قوله في
قدره ۞ وقد قالوا في الشفعة اذا احترق البناء واختلفا في قيمته وقيمة الارض فالمرجع الى قيمة الارض في الحال
والقول في البناء قول المشتري لان الشفيع يريد ان يتملك عليه الارض ولا يجوز تملكها الا بقوله كذا في مسئلتنا
فالمعتق لا يريد ان يتملك على شريكه وانما شريكه يلزمه الضمان فلم يلزمه الا مقدار ما اعترف به ۞ وكذلك اذا مات
المعتق لانه لا يمكن القاضي الرجوع الى القيمة فكان القول قول المعتق ۞ فان اختلفا في حال المعتق في اليسار
والعتق متقدم فالقول قول المعتق لانه لا يمكن الرجوع الى حاله الآن لجواز ان تتجدد فلم يبق الا اعتبار
حال العتق ولا يتيقن وجوب الضمان عليه فكان القول قوله ۞ قال وان اعتق احدهما نصيب صاحبه لم
يعتق منه شيء على قول ابي حنيفة لان العتق يختص بالسهم المعتق فاذا كان لا يملكه فهو كعتق عبد لا
يملكه وعلى قولهما ان كان عتق البعض عتق الجميع فانهما يوقعان العتق في ملكه ثم يسري الى ملك
شريكه فاذا انتفى ايقاع العتق في نصيب شريكه لم يعتق ولا تثبت السراية فيه ۞ قال وان كان المعتق
جارية حاملا لم يضمن المعتق من قيمة الولد شيئا وكذلك كل حمل عتق بعتق امه فلا ضمان فيه على المعتق لان الحمل
في الآدمية نقص والمتلف لا يلزمه بنقص المتلف زيادة ضمان ۞ ولان الحمل صفة فيها فصار كسائر صفاتها فلا
يضمنها على الانفراد ۞ فاما قوله وكذلك كل حمل عتق بعتق امه انما يريد اذا كان المعتق مالكا لها مثل مسئلتنا
ومسئلة عتق الرهن والاصل في الوارث الجارية الموصى برقبتها لرجل وبحملها لآخر فاعتق صاحب الرقبة الام عتق الحمل
وضمن قيمته ۞ قال وكذلك اذا كان الشريك في العبد صبيا او مجنونا لهما اب او جد او وصي فلهم ما للصبي
لو كان بالغا غير العتق ۞ وكذلك اذا كان الشريك مكاتبا او ماذونا وذلك لان الصبي والمكاتب والماذون لا
يملكون العتق فلا يملك ذلك من يلي عليهم واذا سقط العتق بقي حق التضمين والسعاية ۞ فان كان الشريك
صبيا فاختار وليه السعاية فالولاء له لانه من اهل الولاء ۞ وان كان مكاتبا او ماذونا فالولاء لمولاه لانه لا يجوز ان
يثبت الولاء الا للحر واذا لم يثبت له ثبت لمولاه ۞ قال فان لم يكن للصغير ولي وقف الامر حتى يبلغ وذلك لان تضمينه
لا يجوز فتوقف الحق على بلوغه الى حال التصرف وهذا اذا لم يكن هناك حاكم فان كان نصب له الحاكم من يختار
اصلح الامرين جاز ۞ واذا صالح الذي لم يعتق العبد على اكثر من نصف قيمته دراهم او دنانير فالفضل باطل
في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وذلك لان نصف القيمة قد وجب على المعتق او على العبد من جنس
الدراهم والدنانير فاذا صالح على اكثر منها صار كمن له على رجل الف فصالحه على الف وما زاد فالفضل باطل وهذا
ظاهر على اصل ابي يوسف ومحمد لان عندهما ان من اتلف ما لا مثل له فالثابت في ذمته القيمة ولا يجوز الصلح
على اكثر منها فكذلك ضمان العتق لما كان في معنى الاتلاف ۞ فاما ابو حنيفة فمن اصله ان من اتلف ما
لا مثل له ثبت المتلف في ذمته فاذا صالح على اكثر من قيمته جاز وكانه اخذ عوضا عن المتلف الا انه يقول ان
ضمان العتق ليس بضمان صحيح بمعنى ثبت في الذمة المتلف الا ترى انه لو كان صحيحا استوى فيه اليسار والا
عسار واذا لم يثبت في الذمة المتلف كان الثابت القيمة فلم يجز الصلح على اكثر منها ۞ وقد قال اصحابنا
ان ضمان العتق اذا كان ضمانا صحيحا لا يختلف باليسار والاعسار جاز الصلح على اكثر من قيمة العبد عنده كمن اعتق
جارية حملها لغيره لزمه ضمان الحمل ضمانا صحيحا فان صالح على اكثر من قيمته جاز وانما لم يجز بزيادة القيمة اذا كانت الزيادة
لا يتغابن في مثلها فاما الزيادة التي يتغابن في مثلها فيجوز لانها تدخل بين المقومين ولا يتحقق انها زيادة ۞ قال
وان كان الصلح على عروض قيمتها اكثر من نصف قيمة العبد جاز الصلح لان المستحق نصف القيمة من جنس الدراهم
فاذا اعطى عنها عروضا لم يتقدر فجازت الزيادة فيه ۞ قال فان كان المعتق مريضا فمات من مرضه ذلك لم
يضمن شيئا ولا يكون ذلك دينا في تركته ولكن يستسعي العبد للشريك وقال ابو يوسف ومحمد يضمن كما يضمن الحي وقال
ابن ابي ليلى ان كان في ثلثه وفاء بجميع قيمته ضمن من ثلثه نصف قيمته لشريكه لابي حنيفة ان العتق في المرض
في حكم العتق بعد الموت بدلالة انه يعتبر من الثلث ولو وقع عليه العتق بالموت لم يضمن المولى فكذلك اذا اعتق
في المرض ۞ لابي يوسف ومحمد ان العتق من اسباب الضمان فيستوي فيه حالة المرض والصحة كساير الاسباب
ولابن ابي ليلى فيقول ان الشريك يضمن المعتق او يستسعي وكل واحد منهما تبرع فان اتسع لها الثلث جاز
والا لم يجز ۞ وقال ابو يوسف في عبد بين رجلين قال احدهما احدكما حر وهو فقير ثم استغنى ثم اختار ان يوقع
العتق على احدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق وكذلك لو مات قبل ان يختار وقد استغنى قبل موته ضمن
ربع قيمته حصة واحد منهما انما ننظر الى حاله يوم اوقع عتقه كمن كاتب نصيبه من العبد ثم ادى فعتق انما ننظر
الى حال مولاه يوم عتق المكاتب ولا ننظر الى حاله يوم كاتب وهذا صحيح على اصله ان من اعتق احد عبديه
تعلق العتق بذمته وانما يوقع العتق على احدهما فاذا كان الاختيار ايقاعا اعتبرت حاله يوم الاختيار ۞ قال
ولو قال لعبده متى دخلت الدار فانت حر فدخلت الدار ضمن قيمته يوم دخل الدار ان كان يومئذ غنيا وذلك لان العتق
لا يقع باليمين انما يقع بالشرط ۞ وقال محمد في مسئلة عتق المجهول اعتبر صفة المعتق في اليسار والاعسار

يوم نطق بالعتق وهذا أصح على أصل أن العتق يقع على أحدهما إنما يثبت بالاحتياط من وقع عليه العتق

باب العبد يكون بين رجلين فيشهد أحدهما على صاحبه

قال أبو الحسن رحمه الله إذا كان العبد بين رجلين فشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه جاز إقراره على نفسه ولم يجز على صاحبه ولا ضمان على الشاهد ويسعى العبد المنكر في نصف قيمته ويعتق لهما جميعا وذلك لأن شهادة أحدهما على الآخر لا تقبل لأن العتق لا يثبت بقول الواحد [illegible]

[illegible]

أمس لأن العتق إنما ثبت باعترافه وذلك ظهر بعد إقراره على شريكه

باب الرجل يعتق أحد عبديه ثم يعتق عينه

قال أبو الحسن رحمه الله إذا قال الرجل لعبدين له أحدكما حر أو هو أحد هذين أو سماهما فقال سالم حر أو بزيع حر لزمه عتق أحدهما [illegible]

[illegible]

عتق باللفظ الاول ثم اوقع العتق الثاني على احد عبديه فخرج المعتق منهم فعتق احد الباقين ...

واحد فعتق باللفظ الثالث ولو قال احدكم حر احدكم حر احدكم حر ... لان احدهم عتق باللفظ

الاول ثم جمع بين حر وعبدين فقال احدكم حر فلم يتعلق باللفظ الثاني والثالث ... لانه صادق فيه

باب الرجل يعتق احدى امتيه ثم تلد كل واحدة منهما ولدا

قال ابو الحسن اذا قال لامتيه احديكما حرة فقتلهما رجل معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحدة منهما للمولى وعليه نصف

دية هذه ونصف دية هذه لورثتهما قال الشيخ رضي الله عنه الاصل في هذا ان القاتل لا يخلو اما ان يكون واحدا

او اثنين وكل واحد منهما على فصلين اما ان يكون قتلهما معا او احديهما قبل الاخرى فان كان القاتل واحدا فقتلهما

...

باب الرجل يقول لعبده ولشيء لا يقع عليه العتق احدكما حر

قال رضي الله عنه الاصل في هذا الباب ان من جمع بين عبده وبين من لا يقع عليه العتق كالبهيمة او الحايط فقال احدكما حر او هذا او
قال احدكما حر عتق عبده عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لعبده ولسارية انت
حر او هذا الحايط فالعتق يقع على عبده في قول اصحابنا فاما في الاولى ان يعتق عبده ولو قال احدكما حر عتق لابي حنيفة
انه وصف احدهما بالحرية والضمير الى العبد لا يوصف بها فلم يبق من يستحقها الا العبد فكانه قال انت حر
وبيانه اذا اعتبارها فيه تعلق بالكلام صحيحا ان لم نعتبر العتبا الكلام فلا يجوز الغاوه مع تعلق القايد به ولانه
اذا اوقع الحرية على احد عبديه ومات احدهما حيث لا يعتق تعينت في الاخر كذلك اذا اوقعها على احد شيين لا يعتق
احدهما لهما انه خير نفسه بين عتق عبده وبين صرف العتق عنه فكانه قال انت حر او لا واما فرق محمد
فالوجه فيه انه اذا قال لعبده انت حر او هذا فالمضاف اليه لا يوصف بالحرية فكانه قال انت حر او لا وليس كذلك
اذا قال احدكما حر لانه لم يخير نفسه وانما وصف احدهما بالحرية ولا يوصف بها الا العبد واما اذا جمع بين
عبده وبين من يوصف بالحرية الا ان عتق المولى لا ينفذ فيه فقال احدكما حر لم يعتق عبده كمن جمع بين عبده وعبد غيره وذلك
لان عبد الغير يوصف بالحرية من جهة مولاه ويجوز ان يكون الموقع اراد ان يوقع عليه حرية موقوفة على اجازة المولى
فلم يتعين صرف الحرية عن عبده الى الكلام وعلى هذا لو جمع بين امه وحيه وميته فقال انت حرة او هذه او
احدكما حرة لم تعتق امته لان الميته توصف بالحرية فيقال ماتت حرة وماتت امة فلم تختص الحرية بامته وقال
عمرو عن محمد قال ابو حنيفة اذا قال لجدار انت حر او عبدي عتق العبد لانه خير نفسه فيهما فلا فرق بين تقديم العبد
او الحايط ومن نظير هذه المسله ما قاله في الجامع الكبير فيمن له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر
ثم خرج احدهما ودخل الثالث فقال احدكما حر وقال ذلك في صحته ثم مات قبل ان يبين قال ابو حنيفة وابو يوسف
يعتق ثلثة ارباع الثابت ونصف كل واحد من الاخرين وقال محمد يعتق من الداخل ربعه اما ابو حنيفة فبنى على اصله
ان الحرية تتبعض فلما قال احدكما حر فقد عتق احدهما فلا يخلوا اما ان تكون الحرية ثابتة في الذمة او نصف فوقعت
عليهما نصفين فان قلنا انها في الذمة فقد صح اللفظ الثاني لانه اوقعه على عبدين وان قلنا انها وقعت فقد انقسمت
بينهما فصار كل واحد منهما عتقه وهو يجمع بين مكاتب وعبد فقال احدكما حر تعلق بقوله حكم فالقول في الاول ثابت
عند ابي حنيفة بكل حال فنقول ان الحرية الاولى انقسمت بين الثابت والخارج نصفين فيعتق من كل واحد منهما
النصف واللفظ الثاني ثابت فان عني به الثابت عتق نصفه وان عني به الداخل عتق كله ففي حال يعتق نصف الثابت
وفي حال لا شي فيعتق نصف ذلك وهو الربع فحصلت له ثلثة ارباع الحرية والداخل يعتق نصفه لانه يعتق في حال
ولا يعتق في حال فاما ابو يوسف فلا يرى تبعيض الحرية الا انها تقع عنده في الذمة فلما قال ثانيا احدكما حر فهو
جامع بين عبدين فوافق ابا حنيفة من هذا الوجه واما محمد فمن اصله ان الحرية لا تتبعض وانها تثبت في العين
فاذا كان هذا اصله فلا يخلوا اما ان يكون اراد باللفظ الاول الخارج او الثابت فان اراد الخارج صح اللفظ الثاني وانقسم
موجبه بين الداخل والثابت نصفين وان كان اللفظ الاول وقع على الثابت لم يصح ايقاع اللفظ الثاني لانه جامع بين حر
وعبد فما يستحق الثابت نصف حريته في حال ولا شي في حال فله نصفها والحرية الاولى بينه وبين الخارج نصفين فله
ثلثة ارباع الحرية واما الداخل فله نصف الحرية في حال ولا شي له في حال فصار له نصف ذلك وهو الربع فان
قال ذلك في المرض ولا مال له غيرهم فهم في الثلث بقدر ما استحقوا فيجعل رقبة كل عبد اربعة اسهم فيضرب الثابت
بثلثة وكل واحد من الداخل والخارج بسهمين فذلك سبعة اسهم ويضرب الورثة بمثلي ذلك فيصير رقبة كل عبد سبعة
اسهم يعتق من الثابت ثلثة اسباعه والخارج بسهمين والداخل بسهم فذلك ستة اسهم ويضرب الورثة بمثلي ذلك
فيستحق الثابت نصف رقبته والخارج ثلثها والداخل سدسها ويسعون في بقية ذلك

باب عتق ما في البطن

قال الاصل في جواز عتق الحمل انه يعتق بعتق الام باتفاق فلان يعتق اذا افرده بالحرية اولى ولان الحمل لا يجوز
ان يعقد عليه بما يمنع الخطر وتعذر التسليم وعقد العتق لا يمنعه الخطر وتعذر التسليم بدلالة جواز عتق الامة
الابق وكذلك تدبير ما في البطن جائز لانها حرية متعلقة بالشرط فاذا جاز ان يتنجز حريته جاز ان يعلقها
بالشرط قال ابو الحسن واذا قال لامته ما في بطنك حر فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ قال ذلك عتق
وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لم يعتق لانها اذا وضعت لاقل من ستة اشهر فقد تيقنا بوجود الولد عند الايقاع
فعتق وان جاءت به لاكثر لم يتيقن وجوده لجواز ان يكون الحمل لستة اشهر فان ولدت ميتا بعد القول بيوم
لم يعتق لانا لا نعلم حياته عند الايقاع والعتق لا يقع الا على حي قال وان كانت الامة في عدة من زوج عتق الولد
اذا ولدته ما بين سنتين منذ وجبت العدة وان كان لاكثر من ستة اشهر منذ قال المولى لانا نحكم بثبوت نسب
هذا الولد من الزوج فلا بد ان نحكم بوجوده قبل الطلاق والعتق متاخر عن ذلك وهذا على ما نقول ان الوطي
اذا كان محرما فمدة الحمل معتبرة بسنتين فان قال لها ما في بطنك حر فضرب رجل بطنها بعد يوم فالقت
جنينا ميتا ففيه ما في جنين الحرة غرة عبد او امة لان الجنين اذا انفصل بالضرب محكوم بحياته بدلالة وجوب
ارشه لورثته واذا حكم بحياته عتق بالاعتاق فكمل الارشه وكذلك اذا ولدته حيا عتق لانا حكمنا بوجوده عند

الايقاع وهو على صفة يصح العتق فيه وان ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر منه بيوم عتقا
جميعا لانا تيقنا بوجود الذي جاءت به لاقل من ستة اشهر عند الايقاع والاخر يجوز ان يكون موجودا لان الحمل قد يزيد
على ستة اشهر وهو حمل واحد فحكم بوجودهما عند الايقاع فعتقا وان قال لامته ما في بطن احد بكما حر
فهو مثل قوله العبدين احدكما حر يمسك ايهما شا ويعتق الاخر لان الجنين في الايقاع كالام فيما جاز فيه احدهما جاز في
الاخر فان ضرب انسان بطن احديهما فالقت جنينا ميتا لاقل من ستة اشهر منذ قال ذلك فالعتق يعد فيه ما
في العبد الاخر حر في بطن امه وذلك لان المولى كان مخيرا في تعيين الحرية فلما مات احدهما لم يبق من يستحقها الا
الاخر فان كانت امه من رجلين وهي حامل فاعتق احدهما الجارية عتقت وما في بطنها ولا يضمن المعتق من قيمة الولد شيا
وهذا على ما قدمنا ان الجنين في الادمية تعتق فلا يلزمه زيادة ضمان ولانها صفة فيها والصفات لا تنفرد بالضمان

باب العبد يكون بين رجلين فيدبره احدهما

قال الاصل في هذا الباب ان التدبير يتبعض عند ابي حنيفة ولا يتبعض عندهما لابي حنيفة ان المدبر عتق معلق
بالشرط فيتبعض كالمعجل ولانه حق الحرية وفيتبعض الحرية عنده يتبعض فحقها اولى ولا يلزم الاستيلاد لانه
يتبعض عنده فيما لا يملك كنقل الملك فيه وعلى قولهما الحرية المعجلة لا تتبعض فكذلك المعلقة بالشرط ولان حق
الحرية معتبر بنفس الحرية فاذا لم يتبعض احدهما كذلك الاخر واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة اذا دبر احد
الشريكين وهو موسر فنصيب شريكه على ملكه وله خمس خيارات ان شا اعتق وان شا دبر وان شا ضمن وان شا
استسعى وان شا ترك نصيبه على ملكه وان كان معسرا فللشريك اربع خيارات وسقط الضمان وقالا
قد صار العبد كله مدبرا لمن دبر احدهما وهو ضامن نصيب شريكه موسرا كان او معسرا هذه الرواية المشهورة وروى
معلى عن ابي يوسف في نوادره يسعى المدبر للشريك الذي لم يدبر اذا كان المدبر معسرا استحسانا ولا سعاية عليه
اما ابو حنيفة فقال للشريك ان يضمن لان شريكه افسد عليه نصيبه الا ترى انه لا يمكن من بيعه فهو كالمعتق
لنصيبه وان شا اعتق لان نصيبه على ملكه وتعذر بيعه فجاز استسعاوه وكتابته وان شا تركه على حاله
لان الحرية لم يقع في جزء منه ولم يمنع ذلك بقا الرق فيه واما اذا كان شريكه معسرا فلا حق له في الضمان
لان ضمان التدبير لا يثبت مع الاعسار كما لا يثبت ضمان العتق معه فيبقى اربع خيارات فاما عندهما فالتدبير لا يتبعض فقد
صار جميعه مدبرا بتدبير احدهما وانتقل نصيب شريكه اليه فضمن قيمته موسرا كان او معسرا لان ضمان النقل لا يختلف
فيه اليسار والاعسار كالبيع والذي قاله معلى فوجهه ان المدبر ما لزمه الضمان ومنفعة التدبير سلمت
للعبد فاذا تعذر تضمين المولى سعى العبد كالرهن ومعنى قوله لا سعاية عليه لا سعاية ضمان يعني ان كسب المدبر على
ملك مولاه فيقضي منه الضمان كما يقضي منه ديونه فاما سعاية الضمان فهي التي يستحق بها المستسعى الحرية
فان اختار عند ابي حنيفة الذي لم يدبر ان يضمن الشريك كان له ان يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه
فيما كان له فان ادى عتق والولا كله للمدبر لان نصيب شريكه انتقل اليه فيعتق على ملكه فان اختار الذي لم
يدبره ان يستسعي او يعتق كان الولا بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه واذا دبر احدهما
ثم اعتق الاخر وهو موسر فللمدبر ان يرجع على المعتق بقيمة نصيبه مدبرا لانه اتلف عليه بالعتق الا ترى
انه كان يستديم الملك فيه الى حين الموت والان وجب اخراجه الى الحرية فكان له حق التضمين قال
ويرجع المعتق بالضمان على العبد لان المضمن كان له ان يستسعيه فلما ضمن شريكه اقامه مقام نفسه فان
ادى فالولا بينهما لان نصيب المدبر يثبت والولاء منه فاذا ضمن شريكه لم يتغير حكم الولا بالضمان لانه لا ينفسخ
عتق على ما كان عليه قال فان دبر احدهما وضمنه الاخر فالعبد كله في ملك المدبر نصيبه الاول مدبر
ونصيب شريكه غير مدبر لان نصيب شريكه انتقل اليه بالضمان ولم يوجد منه فيه التدبير فان مات المدبر عتق
نصيبه الاول من الثلث لان عتق المدبر وصيه وعتق نصيب الباقي من غير الثلث لانه لم يعتق باعتاقه وانما وجب
اخراجه الى الحرية لوقوعها في جزء منه فلم يخرج الا بعوض فان دبر احدهما واختار الاخر ترك نصيبه على حاله
ثم مات المدبر عتق نصيب المدبر ولا ضمان عليه ويسعى العبد للذي لم يدبر نصف قيمته وذلك لان موت المدبر يوجب عتق
نصيبه وذلك يمنع بقا الرق في الباقي وانما لم يثبت الضمان لانه لم يعتق بفعله وانما عتق بالموت وهو فعل الله تعالى
ويسعى العبد للذي لانه لا يلزمه اخراجه الى الحرية بغير عوض والولا بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على
ملكه وعلى هذا الاصل اذا اعتق احد الشريكين ثم دبر الاخر سقط عنه الضمان لانه يثبت له الضمان بشرط
نقل نصيبه الى شريكه فاذا دبر تعذر النقل فسقط الضمان وله ان يستسعي نصيبه لانه وجب اخراجه الى
الحرية وليس له ان يبقيه مدبرا لان الحرية وقعت في جزء منه قال فان دبر احدهما واعتق الاخر
فوقعا معا فهو كذلك عند ابي حنيفة لان العتق والتدبير لا يسبق التدبير احدهما الا ان يتعلق به ضمان فان سبق
احدهما ولم يعلم فقد قال في الاصل ان المعتق يضمن ربع قيمة المدبر ان كان موسرا ويسعى المدبر في ربع قيمته
ولم يذكر الخلاف قال وهو استحسان وهذا قول ابي حنيفة فاما على قولهما فالعتق اولى من التدبير وجه
القياس انه لما لم يعلم تقدم العتق او تقدم التدبير لم يتيقن سبب الضمان فلم يجز ايجابه ووجه

الاستحسان ان العتق ان سبق من المدبر ابرا المعتق من الضمان وان تاخر العتق فالمعتق ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالعتق بعده فاذا لا ضمان على المدبر في الحالين والمعتق يلزمه الضمان في احدهما ولا يلزمه في الآخر فاوجبوا عليه نصف الامرين على اصلنا في اعتبار الاحوال فلذلك ضمن ربع القيمة ويسعى المدبر في الربع الآخر لان ما تعذر بالضمان فيه وجب اخراجه الى الحرية اخرج بالسعاية كما لو كان المعتق معسرا فاما على اصلهما فان تقدم العتق عتق الجميع وبطل التدبير بعده وان تقدم التدبير صار العبد مدبرا وبطل العتق لان التاريخ لما جهل حكم بوقوع الامرين معا فكان العتق اولى

باب دعوة الاب ولد جارية ابنه

قال ابو الحسن رحمه الله اذا جاءت امة الرجل بولد فادعاه ابوه فهو ابنه ثابت النسب منه صدقه الابن او كذبه ادعى الاب شبهة او لم يدعها قال الاصل في هذا ان الاب اذا وطئ جارية الابن وهو يعلم بالتحريم او لا يعلم فلا حد عليه لان له شبهة ملك فيها بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك واقل هذه الاضافة ان تفيد شبهة الملك ولانه عليه السلام قال ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان الولد من كسبه فكلوا من كسب اولادكم فاذا اضيف مال الابن الى الاب بانه كسبه صار له شبهة وشبهة الملك كنفس الملك في اسقاط الحد كما ان شبهة النكاح كنفس النكاح ولانه لو قتلها عمدا بغير شبهة لم يقتص منه فلم يجب بوطيه الحد كجارية نفسه وانما استوى في ذلك دعوى الشبهة وغيرها لان الشبهة في نفس الموطوءة والدعوة انما يحتاج اليها اذا كانت الشبهة في الفعل ويثبت النسب اذا كانت في ملك الابن من وقت العلوق الى حين الدعوة وخالف لما بينا ان شبهة الملك كالملك في ثبوت النسب كما ان شبهة النكاح كالنكاح لان كل واحد من الملك والنكاح سبب في ثبوت النسب فاذا كانت شبهة احدهما كهو كذلك الآخر ويكون الجارية ام ولد له وروي عن ابي يوسف انه الذي استقر عليه آخر قوله ان الاستيلاد لنا ان الاب محتاج الى نقل الجارية الى نفسه ليثبت نسب ولدها منه وما احتاج الاب اليه من مال ابنه كان له اخذه بغير رضاه كمقدار طعامه وكسوته ولان الاب كان يملك نقل هذه الجارية الى نفسه للاستيلاد في حال صغر الولد وحق الاستيلاد لا ينفسخ فلم يزل ملكه عن ذلك بالبلوغ

فجاءت ولد منها بولد فادعاه الاب وقد بقي الابن لدام الولد فان النسب لا يثبت من الاب في رواية محمد في كتاب الدعوى وغيره اذا كانت الامة في حال لا ينتقل الى الاب بالقيمة فالدعوة باطلة ولا يلزم الاب العقر وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة ومحمد لان من اصلهما ان النسب يثبت بانتقال الام اليه عند العلوق فاذا كانت بصفة لا تنتقل تعذر ثبوت النسب لتعذر سببه وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان نسب ولد المدبرة يثبت وعلى الاب قيمته مدبرا وعليه العقر وهو مولى لاخيه ولا يثبت نسب ولد ام ولده وان نفاه الابن وهذا صحيح على اصله ان ثبوت النسب لا يقف على ثبوت الاستيلاد فتعذر ذلك في المدبرة ولا يمنع ثبوت نسب ولدها وعليه العقر لانه يسقط الحد بوطيها فوجب المهر وعليه قيمة الولد مدبرا لانا نقلنا اليه من ملك الابن فلا ينتقل الا بعوض ويلزمه قيمته مدبرا لانه اتلفه عليه ناقصا بالتدبير والولاء لا يلحقه الفسخ فاما ولد ام ولده فقد حدث على فراش الابن وذلك يمنع من ثبوت نسبه من غيره وان انتفى عنه كولد الزوجة اذا انتفى باللعان لم يثبت من غير الملاعن فال فان صدق الابن الاب في ولد المدبرة وام الولد فقد كان نفاه ثبت النسب من الاب وعتق وولاؤه للابن وهذا تفريع على قول ابي حنيفة ومحمد لان ابا يوسف

في نصيبه ولا شبهة له في النصف الآخر فصار دعوة الاب اقوى لنفوذها في النصيبين فكانت اولى لذلك فان دعوة
شبهة الملك ساقطة مع دعوة الملك الا ترى ان الاب لو ادعى ولد جارية الابن وادعاه الابن ودعوتهما معا كانت دعوة
الابن اولى فاذا سقطت دعوته في نصيب ابنه صار كالاجنبيين المشتركين في الجارية اذا ادعيا النسب ولدها ثبت نسبه منهما
واذا ثبت قال اصحابنا يضمن الاب نصف قيمة الجارية لانها انتقلت اليه الا ترى ان الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه
ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لانه اعترف بوطئها فيصير احد الامرين قصاصا بالآخر ۞ قال ابن سماعة سمعت
ابا يوسف قال في رجل وطئ جارية بين رجل وبين ابنه وجده فجاءت بولد فادعوه كلهم قال الجد اولى ويضمن ثلثي قيمتها
لصاحبيه وثلثي عقرها وذلك لان دعوة الجد مقبولة في نصيبه وفي نصيب ابنه ودعوة الاب غير مقبولة في نصيب الجد
وكذلك دعوة ابن الابن فكان الجد اولى ويضمن ثلثي قيمتها لانها انتقلت اليه بالدعوة الا ترى ان حق الاستيلاد لا يتبعض
فيما يمكن نقل الملك فيه ۞ قال فان صدقه انه اعطاه اياها فعليه مهرها ولا يقربها لانها حرمت عليه بوطئ ابنه ۞
فان لم يصدقه فهو على الوطئ فلا شيء عليه من المهر لانه ابراها من الضمان حين كذبه في الاعتراف ۞ ولا يحل له ان
يقربها لانهما ادعيا وطئها وهي على ملك الابن ومن اعترف بالوطئ في ملكه حرمت على ابيه وان كذبه في الوطئ لان
الابن اعترف بما يملك وليس كذلك اذا ادعى الابن انه وطئ جارية لا يملكها فكذبه ابوه في ذلك انها لا تحرم عليه لان
الابن لم يعترف بما يملك فلم يصدق في التحريم على الاب الا ان يصدقه الاب ۞

باب الجارية تكون بين رجلين فتأتي بولد فيدعيانه او

قال الاصل في هذا الباب ان احد الشريكين اذا ادعى ولد الجارية المشتركة فهو على وجهين اما ان علقت على ملكهما او اشترياها
حاملا فان كان العلوق في ملكهما فلا حد على المدعي لان الوطئ حصل في ملكه وملك شريكه فليس ايجاب الحد لاجل نصيب شريكه
باولى من اسقاطه لاجل ملكه والحد يسقط بالشبهة ويلزمه نصف العقر لان الحد لما سقط بالشبهة والوطئ في ملك الغير
وجب العقر ويثبت النسب لان النسب يثبت في شبهة الملك فلان يثبت في نفس الملك اولى ويصير نصيبه من
الجارية ام ولد له لانها ولدت من مولاها وينتقل اليه نصيب شريكه فتصير ام ولد لان الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل
الملك فيه لانه حرية متعلقة بالنسب فلا يتبعض كنفس النسب ۞ وعليه نصف قيمتها لانا نقلنا اليه ملك شريكه
ولا يجوز ان ينتقل الا بعوض ولا عوض الا القيمة ۞ ولا يدخل العقر لان العقر ضمان جزء ونصف القيمة ضمان جزء
وضمان جزء لا يدخل في مثله ۞ ولا يضمن قيمة الولد لانا نقلنا نصيب شريكه بالعلوق فصار الولد حادثا على ملكه ولان
الولد حال العلوق لا قيمة له ۞ ويستوي في الضمان اليسار والاعسار لانه ضمان نقل كضمان البيع ۞ وقد روى معلى
عن ابي يوسف ان المدعي اذا كان معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد سلمت لها فاذا تعذر تضمين المولى
سعت فيها ۞ وقد بينا قولهم في المدبرة انها تسعى الا انه فصل بينهما من وجه فقال ان المدبرة تسعى في ضمانها وفي دين
مولاها بسبب الضمان الذي لزم لاجلها ولا تسعى ام الولد في الضمان المتعلق بها لان ام الولد لا يلزمها السعاية
بعد الموت في ديون مولاها فكذلك لا يلزمها في حال الحيوة والمدبرة تسعى بعد موت مولاها في ديونه فيجوز ان تسعى
في حال الحيوة ۞ واما اذا اشترياها وهي حامل فولدت فادعاه احدهما ثبت نسبه ويضمن نصف قيمة الام موسرا
كان او معسرا فاما الولد فهو كعبد بين شريكين اعتقه احدهما وذلك لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكهما فلم يجز لنا
اسناد الدعوة الى حال العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوة الملك كعتاق موقع ولو اعتق
هذا الولد ضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا ۞ فاما الام فقد اعترف بالاستيلاد
في نصيبه فيقبل اعترافه في ملكه وحق الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه فتصير كلها ام ولد له ۞
ويضمن نصيب شريكه موسرا كان او معسرا لانه ضمان النقل يستوي فيه اليسار والاعسار وليس هذا كالتي علقت في ملكهما
لانا هناك اسندنا الدعوة فسقط ضمان الولد لانه حين الثبوت لا قيمة له وها هنا لا نسند الدعوة فلا بد من اقرار الولد الضمان ولا
عقر عليه لانه وطئها قبل الشرى وليس لشريكه عقر وطئ لم يوجد في ملكه ۞ واذا حملت الجارية على ملكهما جميعا فادعياه معا فهو
ابنهما جميعا والجارية ام ولدهما ولا يضمن واحد منهما وقال الشافعي يرجع الى القافة لنا ما روي ان عمر رضي الله عنه كتب اليه
في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فقال هو ابنهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقي
منهما وقد حضره الصحابة من غير خلاف ونقل عن علي رضي الله عنه مثله ولا مخالف لهما ۞ ولانهما استويا في سبب الاستحقاق
فلا يتقدم احدهما على الآخر كالابنين اذا اقام كل واحد منهما البينة بالنسب ۞ وانما صار نصيب كل واحد منهما من
الجارية ام ولد له لان نسب ولدها يثبت منه فصار كالمنفرد بالدعوة وانما لم يضمن احدهما للآخر شيئا لان كل واحد منهما لم
ينقل نصيبه الى شريكه ويجب لكل واحد منهما على صاحبه نصف العقر فصار احدهما قصاصا بالآخر ۞ قال وكذلك
ان كانت الامة بين ثلاثة او اربعة او خمسة فادعوه جميعا فهو ابنهم جميعا ثابت النسب منهم والجارية ام ولد لهم وهذا
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يثبت النسب من اكثر من اثنين وقال محمد يثبت من ثلاثة لابي حنيفة انهم تساووا
في سبب الاستحقاق فلا يتقدم احدهم على الآخر كالاثنين ولان ما جاز ان يثبت من الاثنين جاز ان يثبت من جماعة كالاملاك
والوصايا لابي يوسف ان القياس يمنع ثبوت نسب الولد الواحد من اثنين وانما تركنا القياس في الاثنين لحديث عمر فما زاد
عليه على اصل القياس لمحمد ان الحمل الواحد يجوز ان يكون ثلاثة اولاد معا وكل واحد منهم يجوز ان يخلق من ماء منفرد

فكذلك الولد الواحد يجوز ان يخلق من ماء ثلاثة فيلحق بهم ۞ وقد جاء عن ابراهيم انه اثبت النسب من ثلاثة وما زاد على
ذلك ليس بمعتاد في الحمل ولا ورد به اثر فلم يثبت ۞ فان كانت الانصباء مختلفة فكان لاحدهم السدس وللآخر الربع
وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابنهم جميعا لان نصيب كل واحد منهم لو انفرد تعلق به ثبوت النسب فتساوى
الآخر ۞ فاما الاستيلاد فنصيب كل واحد منهم ام ولد له على قدر نصيبه لا يتعدى استيلاده الى نصيب
غيره ۞ فاذا ثبت من اصل ابي يوسف انه لا يثبت النسب اكثر من اثنين ومن اصل محمد انه لا يثبت اكثر من
ثلاثة فاذا ادعى اكثر من ثلاثة فليس بعضهم بثبوت النسب اولى من بعض فوقفت الدعوة على بلوغ الصبي ليصدق من
شاء منهم كمن ادعى نسبا في غير ملكه وقف دعواه على التصديق ۞ وان كانا اشترياها وهي حامل فولدت
فادعياه فهو ابنهما ولا عقر لواحد منهما على صاحبه وذلك لان الدعوة صادفت ملكهما فثبتت ۞ ولا تختلف
في هذا دعوة الملك ودعوة الاستيلاد لانا لا ننقل نصيب احدهما الى الآخر ۞ وانما تختلفان في فصل واحد وهو
ان الولاء يثبت على ولد الجارية المشتراة لانه ليس بحر الاصل ولا يثبت على ولد الجارية اذا حبلت في ملكهما ۞
واذا كان احد الشريكين حرا والآخر عبدا فالدعوة دعوة الحر لان الحر له ملك والعبد له حكم الملك والحر يثبت
له حكم الولاء فيعلق الولاء والعبد لا يثبت له عليه ولاية والولد في يد وليه فكانهما ادعيا وهو في يد احدهما
فان كان احد الشريكين مسلما والآخر ذميا فقد ذكر في الاصل عن الدعوى والمكاتب ان الولد للمسلم وحكي
الحسن عن زفر ان الولد ابنهما وهو قول ابي حنيفة وجه قولهم ان المسلم يثبت له ولاية على ابنه
والكافر لا يثبت له ولاية على هذا الولد لانه صار مسلما باسلام الآخر وقد بينا ان الولد في يد من يلي عليه حكما
فكانهما ادعياه وهو في يد المسلم لزفر انهما تساويا في الملك في صحة الدعوة فثبت النسب منهما كالمسلمين
وكذلك ان كانت بين حر ومكاتب فالحر اولى لان دعوته تثبت بها الحرية ودعوة المكاتب تثبت بها الرق فدعوة الحر
انفع والقول لاذا اجتمعا في الصغير فالانفع له اولى ۞ وان كانت الجارية بين عبد مسلم وحر كافر فالكافر اولى
لان الولد يستفيد بدعوته الحرية وبدعوة العبد الاسلام والحرية انفع له لانه لا يقدر ان يستفيد بنفسه
ويستفيد الاسلام بنفسه فكانت دعوة الحر انفع له ۞ وان كان بين ذمي ومرتد فالمرتد اولى لان ولده
محكوم له بالاسلام فصار كالمسلم ۞ قال فان سبق احد الشريكين بالدعوة في الفصول المتقدمة فالولد لمن كان
منهما اسبق لانه انفرد بالدعوة مع وجود الملك فيه فثبت النسب والاستيلاد فلم يقبل دعوة الآخر ۞ قال
في كتاب المكاتب من الاصل وكتاب الدعوى اذا كانت بين مكاتب وحر فادعى المكاتب وحده ضمن نصف قيمتها وصارت
ام ولد له وقال ابو يوسف لا تكون ام الولد في نصيب الشريك بحال تستخدمها يوما والمكاتب يوما فان عجز المكاتب
باعها وجه قولهما ان المكاتب وان لم يملك الجارية فهو كالحر فيها من وجه الا ترى انه لا يملك بيعها ما دام
مكاتبا لحرمة الاستيلاد فصار كالحر فينتقل نصيب شريكه اليه ۞ لابي يوسف ان الاستيلاد لم يثبت في نصيبه
بدلالة انه اذا عجز باعها ولا يجوز ان يسري حق لم يثبت الا انه لا يجوز له بيع نصيبه لثبوت حق الاستيلاد فيها
فتخدمه يوما وتخدم شريكه يوما وهذا الذي قاله ليس بصحيح لان الاستيلاد وان لم يستقر في نصيبه فقد
افسد على شريكه نصيبه الا ترى انه لا يقدر على بيعه في قولهم فصار كالاستيلاد الثابت ۞ قال ابو يوسف
فان ادى المكاتب صارت ام ولد له وضمن نصف قيمتها لانه ملك نصيبه فاستقر الاستيلاد فيه وسرى الى نصيب
شريكه ۞ وروى ابن سماعة عن محمد في رجلين اشتريا زوجة احدهما فجاءت بولد بعد شهر ثبت نسبه من الزوج
وان لم يدعه وعليه نصف قيمة الام وذلك لانها معتدة حين فسد نكاحها بالشرى فيثبت نسب ولدها بغير
دعوة ويضمن نصف قيمة الام لان الاستيلاد يسري فيها ۞ ولا يضمن قيمة الولد لانه لا يعتق بفعله وليس كذلك
التي ليست بزوجة اذا اشترياها لان الولد انما يعتق بالدعوة فهو كعتق موقع فيتعلق به الضمان ۞ قال ابن سماعة
لو اشترى اخوان امة حاملا فجاءت بولد فادعاه احدهما فعليه نصف قيمة الولد لانه عتق بالدعوة ولم يعتق على عمه
بالقرابة الا ترى ان نسبه لم يثبت الا بالدعوة وانما سقط قيمة الولد عن الاب اذا وقعت القرابة لانه يعتق على العم بالملك

باب الامة تكون بين رجلين فيقر احدهما انها ام ولده

قال ابو الحسن اذا كانت الامة بين رجلين فاقر احدهما انها ام ولد لصاحبه فان ابا حنيفة قال يبطل حق الشاهد في رقبتها
معسرا كان المشهود عليه او غنيا وتخدم المشهود عليه يوما وتوقف عنها يوما فان مات المشهود عليه سعت لورثته
وكانت في حال السعاية كالمكاتبة فان ادت عتقت وكان نصف الولاء للمشهود عليه وهي حرة اذا ادت قال رضي الله عنه
ذكر محمد بن الحسن رجوع ابي يوسف في الامالي الى قول ابي حنيفة وذكر في الجامع الصغير قوله وقول ابي حنيفة ولم يحك
عن ابي يوسف شيئا قال ابن سماعة عن محمد قول ابي يوسف الاول احب الي وجه قولهما ان المقر قد ابرأ الامة
عن الضمان وادعى على شريكه لان الاستيلاد لا يتبعض ويجب على الشريك فيه الضمان في حال اليسار والاعسار
فلم يجز له ان يستسعي الامة مع ابرائه لها ۞ ولا ضمان عليه لانه ادعى حق الحرية من جهة غيره ۞ وليس للمشهود
عليه ان يستسعي لانه يزعم ان الرقبة لم تثبت فيها حرية ولا حق حرية فلا يجوز السعاية الا بالتراضي الا ان بيع هذه
الامة متعذر لان الشاهد اعترف بانها ام ولد هي على ملكه في الظاهر فنفذ اعترافه في حقه ولم ينفذ على شريكه

فيستسعي ... نصيبه يوما كما كان قبل الشهادة ويخدمه يوما لان الشاهد اسقط حقه عن هذا اليوم وزعم انه لشريكه ولم يقبل شريكه
الاعتراف به ۞ فاما اذا مات المشهود عليه ففي زعم الشاهد انها عتقت بموته لان الامة المشتركة اذا ادعى احد الشريكين
على شريكه العتق كان للمدعي عليه السعاية فلذلك سعت لورثة الميت في نصف قيمتها ۞ وثبت للميت نصف الولاء وذلك
لانها عتقت على نصفه ۞ ووقف نصف الولاء لان الشاهد اعترف به للمشهود عليه فرد اقراره ومن لا ولاء عليه معروف
فهو لبيت المال ۞ ووجه قول محمد ان الشاهد افسد على المشهود عليه ملكه بالاعتراف وتعذر التضمين فكان للمشهود
عليه السعاية كما لو اعتق الشاهد وهو معسر ۞ واذا ادعت عتقت لان في زعم الشاهد انها ام ولد للمشهود عليه وام
الولد اذا عتق جزء منها عتقت لانها صارت في يد نفسها بالحرية فزال الملك عنها بغير عوض كما لو مات المولى ۞ فان جاءت
بولد فقال احدهما هو من شريكي وانكر الشريك فالجواب في الام كذلك ۞ فاما الولد فيعتق ويسعى في نصف قيمته
للمشهود عليه لان الشاهد اعترف بحرية الولد من جهة شريكه واحد الشريكين اذا ادعى على شريكه الحرية سعى العبد
للمشهود عليه ولا يسعى في مسئلتنا للشاهد لانه يزعم انه حر الاصل وانه لا سعاية له عليه ۞ ونظير هذه المسئلة
ما روى بشر عن ابي يوسف في جارية بين شريكين فادعى احدهما ان شريكه دبرها وانكر الشريك فان ابا حنيفة قال الشاهد
بالخيار ان شاء دبر فخدمته يوما وللآخر يوما وان شاء استسعى ولم يدبر وخدمته يوما وللآخر يوما وان شاء استسعاها في
نصف قيمتها فسعت له يوما وخدمت الآخر يوما فاذا ادت فعتقت سعت للآخر وكان قول ابي يوسف في ذلك انها
كام الولد ثم رجع فقال موقوف كما قال ابو حنيفة الا في تبعيض التدبير وقال محمد تسعى الساعة لابي حنيفة انه
لما شهد على شريكه بالتدبير فقد ادعى الضمان فلا يقبل دعواه ولم يبرئها من السعاية لان نصيبه في زعمه على ملكه فله
ان يستسعيه وليس كذلك المسئلة الاولى لان الاستيلاد لا يتبعض ففي زعم الشاهد ان نصيبه انتقل الى شريكه فلا
يستسعيه ۞ وان شاء دبر لان نصيبه على ملكه ۞ وان شاء خدم لان التدبير لو علم في نصيب الشريك لم يجب اخراج
نصيبه الى الحرية ۞ وله اذا استسعاها فانها تستسعيها يوما وتخدمها يوما لانه لا يملك جميع منافعها فكان له ان
يستسعي مقدار حقه فاذا ادت اليه عتق نصيبه وتعذر تضمينه فكان للمشهود عليه ان يستسعي فاما ابو يوسف
فالتدبير عنده لا يتبعض فاذا كان المشهود عليه موسرا ابرأ الشاهد الامة من السعاية ۞ وقال في هذه المسئلة على
قول الاخر ما قال ابو حنيفة في مسئلة الاستيلاد ۞ واما محمد فمن اصله ان التدبير لا يتبعض الا انه يقول ان
الشاهد افسد على المشهود عليه نصيبه بشهادته وتعذر تضمينه فسعت ۞ قال ابن سماعة عن ابي يوسف
ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير او شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد فلا سبيل لواحد
منهما على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا او معسرين وذلك لان كل واحد منهما ادعى حق الحرية من جهته
وابرأ الامة من السعاية وادعى الضمان على شريكه ۞ وروى معلى عن ابي يوسف في عبد بين رجلين فقال احدهما
للآخر هذا ابني وابنك او ابنك وابني وقال الاخر صدقت فهو ابن للمقر خاصة دون المصدق وكذلك قال محمد
في الزيادات في صبي لا يعقل في يدي رجلين فقال احدهما للآخر هو ابني وابنك وذلك لان النسب يثبت منه بقوله
هذا ابني لانه اعترف بالنسب في ملكه ثم لما صدقه الآخر بعد ثبوت النسب لم ينتقل ۞ قال محمد ولو قال
هو ابنك وسكت ولم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابني معك فهو موقوف فان قال صاحبه هو ابني دونك فهو
كما قال لانه لما اقر له بالنسب ابتداء وسكت استقر الاقرار ووقف على التصديق فاعترافه بعد ذلك اسقاط
للاقرار فلا يقبل اذا انضم الى الاقرار التصديق ۞ فان قال المقر له ليس بابني لكنه ابنك او قال ليس بابني ولا
ابنك او ليس بابني وسكت فليس بابن لواحد منهما في قياس قول ابي حنيفة وقال محمد ان صدقه فهو ابن المقر
له وان كذبه فهو ابن المقر ۞ فان قال المقر له هو ابني وابنك فهو ابن للثاني في قول ابي حنيفة وهذا فرع على
اختلافهم فيمن اقر لعبده انه ابن فلان فكذبه المقر له فادعاه المولى قال ابو حنيفة لا يقبل لان اقراره الاول
اقتضى ثبوت النسب من المقر له وزعم ان ذلك لا ينفسخ بالتكذيب لان النسب اذا ثبت لا يلحقه الفسخ ۞ واذا
ادعى المقر نسبا يزعم انه ثابت من غيره لم يقبل وقال ابو يوسف ومحمد ان الاقرار اذا رده المقر له بطل فصار
كالاموال واذا ابطل الاقرار جاز ان يدعيه لنفسه ۞ قال محمد فان كان هذا الغلام يعقل فالمرجع الى تصديقه
لانه في يد نفسه وهو حر فلا يقبل دعوى النسب عليه الا بقوله ۞ فان كان ابن امة ولدته في ملكهما فالجواب
كالاول في النسب يعني انه على قول ابي حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه به لشريكه وعلى قولهما يثبت
بعد الرد ۞ قال والام ام ولد لمن ثبت النسب منه لانه لا استيلاد الا ويتبع النسب ۞

ومن هذا النوع

اذا اشترى رجلان جارية فجاءت بولد في ملكهما لستة اشهر فصاعدا وادعى احدهما ان الولد ابنه وادعى
الآخر ان الجارية بنته فلا خلاف بين ابي يوسف ومحمد ان الدعوة دعوة مدعي الولد فان دعوة مدعي الام باطل وهذا
اذا ادعيا معا لان مدعي الولد دعوته دعوة استيلاد فتستند الى حال العلوق ومدعي الامة دعوته دعوة الملك
تثبت في الحال ولا تستند فكان مدعي الولد متقدما بالدعوى فثبت نسب الولد منه وينتقل نصيب شريكه من الام
اليه فلا تقبل دعوى الشريك فيما لا يملك ۞ قال محمد ويضمن مدعي الولد نصف قيمة الام ونصف عقرها قال في الجامع
الكبير هذا قياس قول ابي حنيفة وذكر عن ابي يوسف في الجامع مثله وفي رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف في الدعوى
الاملاء قال ابن سماعة عن ابي يوسف لا شيء على مدعي الولد من قيمة الام ولا من العقر ولا شيء ايضا على مدعي الاخوة ۞

فان اكذب مدعي الام نفسه فله نصف قيمة الام ونصف عقرها على مدعي الولد وهو احدى
الروايتين عن ابي يوسف ان مدعي الام كذب نفسه في دعواه وابطلها [illegible]
له فاذا ابطل دعواه صار كان لم يكن [illegible] لابي يوسف وهو قال ابو الحسن وهو الاقيس [illegible]
[illegible] فان رجع عن دعواه واكذب نفسه ثبت له حق
الضمان الذي اعترف به لشريكه ۞

ومن مسائل دعوى الولد

[illegible]
بولد ليس له نسب معروف فادعاه المولى ثبت نسبه منه [illegible]
[illegible]

باب ملك ذي الرحم المحرم

قال محمد اذا ملك الرجل او المرأة ذا رحم محرم منه عتق عليه صغيرا كان المالك او كبيرا صحيح العقل او مجنونا [illegible]
[illegible]

الولاء لا يثبت منه فاما العتق فيقع في قولهم ۞ وذكر الطحاوي عن ابي حنيفة في هذه المسألة ان العبد ان والى من شاء ولا يكون
ولاؤه للمعتق ۞ قال وقال ابو يوسف استحسن ان يكون ولاؤه للمعتق والظاهر من الرواية ان العتق لا يقع عند
ابي حنيفة ومحمد وجه ذلك ان الحربي ليس له ملك صحيح بدلالة ان من اخذه في يده ملكه وان اتلفه لم يضمنه
فصار ذلك ادون من ملك المكاتب فاذا لم يملك المكاتب العتق فالحربي اولى ۞ ولان العتق لو وقع لم يقع مع وجودها
ينافيه الا ترى انه يغلب عليه فيملكه والعتق لا يقع مع وجود ما ينافيه وليس كذلك اذا اعتق عبدا مسلما لانه
لا يعتق باعتاقه وانما يزيله عنه فيصير حاكما لرقبته على مولاه وليس هناك ما ينافي العتق الا ترى انه
لا يجوز ان يسترق ۞ ولا يلزم اذا اعتق المسلم عبدا حربيا في دار الحرب لانه لا يعتق باعتاقه انما لوجود
ما ينافي عتقه ۞ ولا يلزم المستأمن لان ملكه يصح في دار الاسلام فيصير كالذمي ۞ ولانه لا يقدر على
الاسترقاق فلا يوجد ما ينافي عتقه ۞ لابي يوسف انه على ملكه فيعتق بعتقه كما لو كان في دار الاسلام
فاما رواية الطحاوي فمحمولة على المعتق اذا خرج الى دار الاسلام فلا ولاء عليه عندهما لانه لم يعتق باعتاقه
وانما عتق بخروجه وعند ابي يوسف انه يعتق باعتاقه فولاؤه له ۞ والذي يؤيد رواية الاصل ما قال في
الحربي اذا دخل الينا بأمان ومعه مماليك فقال هم مدبرون لم يقبل قوله وان قال هم اولادي او هن امهات
اولادي قبل قوله ودل على ان التدبير لا يثبت في دار الحرب ۞ واذا ثبت هذا الخلاف قلنا اذا ملك الحربي في دار الحرب
ذا رحم محرم منه لم يعتق لانه لا يملك الاعتاق فيصح قوله ۞ وان ملك شقصا من ذي رحم محرم منه عتق
عليه قدر ما ملكه عند ابي حنيفة وهو حر كله عند ابي يوسف ومحمد ۞ وذلك لان العتق المتعلق بالنسب
كالموقع ولذلك يجزي في الكفارة وعند ابي حنيفة ان عتق البعض لا يوجب عتق الجميع وعندهما ان عتق
البعض عتق الجميع لذلك اذا اعتق من طريق الحكم ۞ وقد قالوا في المملوك اذا اشترى والده لم يعتق لان العتق
متعلق بالملك ولم يملكه ۞ فان اشترى ذا رحم محرم من سيده عتق لان المولى ملكه فصار كما لو اشتراه
بنفسه ۞ فان كان على العبد دين مستغرق فاشترى ابن مولاه لم يعتق عند ابي حنيفة على اصله انه لا
يملكه وعندهما يعتق لانه ملكه ۞ فاما المكاتب اذا اشترى ابن مولاه لم يعتق في قولهم لان المولى لا يملك
اكساب المكاتب ۞ فان اشترت المكاتبة ابنها من سيدها عتق لان اعتاق المولى ينفذ في المكاتبة وولدها
فيعتق من طريق الحكم لاجل النسب ۞ قال ابو الحسن اذا ملك الرجلان ابن احدهما بعقد او ملكاه جميعا
بارث او ولاء جميعا لم يضمن من عتق عليه لشريكه ويسعى له العبد في نصيبه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يضمن الذي عتق عليه نصيبه ان كان موسرا وهذا مثل ان يشتريا بعقد واحد او يوهب لهما ۞
لابي حنيفة ان الملك لا يسلم لكل واحد منهما الا بقبول الاخر فصار دخولهما في العقد اذنا من كل واحد منهما
لصاحبه في القبول والقبول سبب العتق ونسب العتق اذا كان ماذونا فيه لم يتعلق به الضمان كعبد بين شريكين
اذن احدهما لصاحبه ان يعتق نصيبه في الرواية المشهورة فان قيل فهذا لا يصح في الابن اذا وهب لهما لان كل
واحد منهما يسلم له الملك وان لم يقبل الاخر قلنا ليس من شرط العلة ان تعم مواضع الخلاف ويجوز ان نقيس الهبة
على الشرا لعلة انه مملوك بعقد واحد ۞ ولانه دخل في ملكهما بسبب واحد كالموروث ۞ وجه قولهما ان القبول
في الشرا اذن في القبول والقبول سبب الملك والملك سبب العتق فنسب العتق غير ماذون فيه فتعلق الضمان به
وعلى هذا الخلاف اذا وهب الرجل نصف عبده لاخي العبد او باعه لم يكن لمولى العبد ان يضمن الاخ عند ابي حنيفة
لان ايجابه الملك اذن في القبول وسبب الحرية اذا كان ماذونا فيه لم يكن للاذن التضمين وعلى قولهما له
ان يضمن الاخ ان كان موسرا لان سبب الاذن الملك ولم ياذن فيه وانما اذن في سببه وهو القبول ۞
وقد قال في الجامع الصغير لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى اخو العبد الباقي وهو موسر فالمشتري
بالخيار كعبد بين شريكين اعتق احدهما وذلك لان المشتري الاول لم ياذن في سبب الحرية وقد وقعت
بفعل الاب وهو قبول الشراء ۞ وقال ابو حنيفة في الاب والاجنبي اذا اشتريا الابن معا
والشريك لا يعلم انه ابوه فلا ضمان على الاب وقالا يضمن وروى بشر عن ابي يوسف ان كان الاجنبي يعرف
ذلك فان العبد يعتق ويسعى للاجنبي في قول ابي حنيفة وابي يوسف وان كان لا يعلم فهو بالخيار
ان شاء نقض البيع وان شاء تم عليه وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وجه قول ابي حنيفة المشهور
ان القبول لما كان اذنا والاذن في الاتلاف يستوي فيه العلم والجهل في باب سقوط الضمان كمن قال لرجل كل هذا
الطعام وهو لا يعلم انه له فاكل لم يضمن ۞ وجه قولهما المشهور ان الضمان اذا ثبت مع العلم فمع الجهل اولى ۞ فاما رواية
ان الشريك في شركة الاب عيب فان علم به المشتري لزمه البيع كما يلزمه في سائر العيوب وان لم يعلم به لم يلزمه مع
العيب فاذا رد العقد في حق احد الشريكين لم يلزمه في حق الاخر فلا يعتق العبد فيثبت للمشتري حق الفسخ ۞
وانما فصل ابو يوسف على هذه الرواية بين العلم والجهل لان الدخول في العقد اذا كان اذنا فانما كان اذنا في
سبب الحرية وان كان جاهلا لم يأذن ۞ قال ابو يوسف لو ان عبدا اشترى نفسه هو واجنبي من مولاه
فالبيع باطل في حصة الاجنبي لان شرى العبد نفسه عتق على مال فقد جمع العقد البيع والعتق فلا يصح البيع وليس
كذلك الرجلان اذا اشتريا ابن احدهما لان شرى العبد ليس بعتق وانما ملك الابن يعتق على ملكه ولهذا

يجزي عن كفارته وثبت الولاء منه ۞ قال ابن سماعة عن ابي يوسف اذا قال اذا ملكت من هذا العبد شيئا فهو حر
ثم اشتراه الحالف وابوه صفقة واحدة عتق على الاب وهذا على اصل ابي يوسف ان العتق لا يتبعض والسبب
سابق لليمين فاذا ملكاه معا كان عتق الاب اسبق بعتق النصيبين عليه ۞ ولهذا قال معلى عن ابي يوسف
في رجل قال اذا اشتريت فلانا او بعضه فهو حر فادعاه رجل اخر انه ابنه ثم اشتراه فهو حر ونصف ولائه
للذي اعتقه وهو ان الذي ادعاه وذلك لان النسب هاهنا هو سبق اليمين فعتق نصف كل واحد منهما
على ملكه ۞ واما اذا حلف الرجل بعتق عبد اذا ملكه ثم اشتراه هو واخر فكان ابو الحسن يقول لا اعرف
الرواية في هذه المسألة وكان ابو بكر يقول الضمان عليه للشريك في قول ابي حنيفة لانه اذن له في القبول
الذي هو سبب الحرية ومن اصحابنا من فرق بينهما فقال ان العتق هاهنا موقع بايقاعه وشريكه
لم ياذن له في ذلك الايقاع وفي مسألة النسب انما تعلق العتق بالملك وقد اذن له في سببه قال رضي الله عنه
فعندنا ان مسألة شرى الابن مبنية على اذن احد الشريكين للاخر في عتق نصيبه ففيه الضمان في الرواية
المشهورة وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف في نوادره ان ذلك لا يسقط الضمان وجه قولهم المشهور
ان الضمان يجب لحق الادمي فاذا اذن في سبب الاتلاف سقط الضمان ولهذا قال في الرواية المشهورة ان من
اذن لغيره في قتله فلا قصاص عليه ولا دية وجه قول ابي يوسف ان اذن الانسان لغيره في عتق نصيبه لا يتعلق
به حكم والضمان لان المامور مالك لذلك فكان وجود الاذن وعدمه سواء وهذا ليس بصحيح لانه وان
كان يملك التصرف قبل الاذن فغايته الضمان سقوط الضمان المتعلق بنص قوله ۞ واذا ورث الرجلان
ابنا احدهما اعتق نصيب الاب ولم يضمن لشريكه شيئا في قولهم لانه دخل في ملكه بغير فعله ومن لم يوجد منه
اتلاف لم يلزمه ضمان ۞ **ومما يلحق بهذا الباب** ما قال ابو حنيفة فيمن قال
لعبده هذا ابني ومثله لا يولد لمثله او قال هذا ابي ومثله لا يلد مثله عتق عليه وقالا لا يعتق عليه ۞ واما اذا قال لمعروف
النسب هذا ابني عتق عليه ولم يثبت النسب في قولهم لابي حنيفة ان قوله هذا ابني يتضمن امرين النسب والحرية
الموقعة لان العتق المتعلق بالنسب وكل واحد منهما ينفرد عن الاخر فاذا انتفى احدهما لم ينتف الاخر
كمعروف النسب وقد الزم ابو حنيفة اذا قال لعبده هذا ابني فالزم اصحابنا ذلك وقالوا يعتق لانه كانه قال هذا ابني وهو
حر وجه قولهما ما ذكرنا قبل ذلك ۞

باب الرجل يعتق كل مملوك يملكه

قال هذا الباب مبني على اصل وهو ان العتق المضاف الى الملك كالموقع في الملك فاذا ملك عتق وقال الشافعي
لا يعتق لنا انه تصرف يصح في المجهول فيتعلق بالخطر فجاز ان يضاف الى الملك كالوصية والنذر ولان كل من اعتق
كل عبد يملكه اثبته جاز ان لم يكن مالكا في حال اليمين كالمعتبر فيما انه اضاف عتقه الى الملك فان لم يسلموا الوصف
فالدليل عليه ان الاصل في ملكه وقد علق الشرط به بما يتولد من نمائه فصار كالموقع ۞ قال ابو الحسن اذا قال
كل مملوك املكه فهو حر ولا نية له فهو على كل مملوك يملكه يوم قال هذه المقالة ولا يعتق من استقبل
ملكه بعد ذلك وذلك لان قوله املك يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال والظاهر منه الحال والدليل عليه ان
الانسان يقول انا املك الف درهم ولا يكذب في خبره ولو كان الخبر على الاستقبال لم يعلم صدقه وكذلك
يقول انا اشهد ان لا اله الا الله فيكون مسلما وقد قال اهل اللغة ان هذه اللفظة تخلص للمستقبل بسين وسوف
واذا كان الظاهر منها الحال حمل عليه ولم يحمل على المستقبل من غير ظاهره ۞ قال ويعتق من كان في ملكه
من ذلك ذكرا وانثى لان المملوك عام فيهما ۞ وكذلك يعتق المدبر والمدبرة وام الولد وذلك لانهم مماليك
بدلالة ان المولى يطأ المدبرة وام الولد بحق الملك فصار كالمملوك القن ۞ واما المكاتب فلا يعتق الا ان يعنيه
لانه خرج عن يده بالعقد على الرقبة كالعبد المبيع ولان الكتابة عقد على الحرية كالعتق على مال وقد ذكر
ابن سماعة عن ابي يوسف في العتاق عن الاملاء المكاتب الذي لا يعتق من كان مكاتبا يوم حلف فان كان مملوكا يوم
حلف ثم كاتبه بعد اليمين وحنث وهو مكاتب عتق لانه اذا كان عبدا عند اليمين دخل فيها فما حدث بعد ذلك لا يبطل
اليمين ما دام الرق باقيا ۞ فاما اذا عنى المكاتبين عتقوا لانهم على ما حكموا انما لم يعتقوا لان الاطلاق الاسم
لم يتناولهم فاذا شدد على نفسه عتقوا عليه ۞ قال ابو يوسف ولا يدخل في ذلك مملوك بينه وبين اخر لان اسم
المملوك لا يتناوله ۞ قال فان كان مملوكا رهنا في ملكه يوم حلف عتق لان المرهون في ملكه وهو الموجب
فيه المرتهن كالوديعة ۞ قال وكذلك عبد عليه دين لان دين العبد لا ينفي ملك المولى عن رقبته ۞ فاما
عبيد عبده المأذون اذا لم يكن عليه دين فلا يدخلون عند ابي حنيفة وابي يوسف الا ان ينويهم لان الاضافة لا توجد
فيهم مطلقة الا ترى انه يقال هذا عبد العبد وهذا عبد عبده فاذا لم يضف اليه لم يعتق عليه ۞ الا ان ينويه لانه
اذا نواه فقد عني حقيقة الملك ولم ترد الاضافة ۞ وقال محمد يعتق وان لم ينوه لانه ملكه في الحقيقة
فاعتبر الملك ولم يعتبر الاضافة ۞ اما اذا كان على العبد دين مستغرق لم يعتق عبيده عند ابي حنيفة
وان نواهم لانه لا يملكهم وقال ابو يوسف ان نواهم عتقوا لانهم على ملكه الا ان الاطلاق الاضافة
لا يوجد فيهم فيعتقوا بالنية ۞ واما محمد فقال يعتقون وان لم ينوهم لانهم على ملكه في الحقيقة

على أصله المعتبر عنده حقيقة الملك دون الإضافة ۞ قال ولا يدخل في ذلك حمل مملوكه فإن كانت أمة في ملكه عتق
الولد بعتقها وإن كان في ملكه الحمل دون الأمة لم يعتق عليه وهذا كالموصى له بالحمل لأن الحمل لا يعلم وجوده ولا يسمى مملوكاً
ولأن المولى لا يجب عليه صدقة الفطر عنه فدل على أنه ليس من مماليكه ۞ ولو قال إن اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى
أمة حاملاً لم يعتقا ولو قال لأمة له كل مملوك لي غيرك حر لم يعتق حملها فدل على أن اسم المملوك لا يتناوله ولهذا لا يعتق عليه ۞
وإن إذا كانت أمة في ملكه عتق بعتقها لأنه في حكم أجزائها ۞ فإن قال عنيت الذكور دون الإناث لم يدين في القضاء
ودين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه تكلم بكلام عام وادعى تخصيصه والتخصيص خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما
بينه وبين الله تعالى لأنه عالم بنيته ۞ فإن قال عنيت ما أستقبل ملكه عتق عليه ما في ملكه وما يملكه في المستقبل
لأن اللفظ يتعين ما في ملكه بظاهره فإذا قال أردت المستقبل فقد صرف الكلام عن ظاهره ولا يصدق لكن اعترف
بوقوع العتق على ما لا يتناوله اللفظ فيعتق باعترافه وهذا كما قالوا فيمن قال زينب طالق وله امرأة معروفة يقال لها
زينب فقال لي امرأة أخرى يقال لها زينب طلقت المعروفة بظاهر لفظه والمجهولة باعترافه ۞ ولو قال كل مملوك
أملكه اليوم فهو حر وله مملوك واستفاد في يومه ذلك مملوكاً عتق ما في ملكه وما استأنف ملكه في اليوم وكذلك
لو قال هذا الشهر أو هذه السنة لأن اليمين موقتة باليوم فلا بد للتوقيت من فائدة ولا فائدة له إلا اشتمال اليمين على
من يملكه في المدة فيعتقوا جميعاً ۞ فإن قال عنيت أحد الصنفين دون الآخر دين فيما بينه وبين الله ولم يدين في القضاء
لأنه تخصيص العموم وذلك خلاف الظاهر ۞ فإن قال كل مملوك أملكه الساعة فهو حر فهذا على ما في ملكه
ملكه الساعة دون غيرها ولا يعتق ما يستفيد في ساعته تلك إلا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى وذلك لأن المراد
بقوله الساعة ليس هو الساعة الزمانية التي يذكرها المنجمون وإنما المراد به الحال فاقتضى ذلك من في ملكه دون من
يستفيده ۞ فإن قال أردت من أستفيده في هذه الساعة فقد أراد الساعة الزمانية فيصدق في التشديد على
نفسه وإن لم يصدق في صرف العتق عمن في ملكه ۞ فإن قال كل مملوك أملكه غداً فهو حر ولا نية له قال محمد
في الجامع الكبير يعتق من اجتمع في ملكه في غد ومن ملكه فيه ومن كان في ملكه قبله وهو قوله في الإملاء وإحدى
الروايتين عن ابن سماعة وقال أبو يوسف يعتق ما يستفيد في غد ولا يعتق ما جاء غد وهو في ملكه وهي إحدى الروايتين عن ابن سماعة
عن محمد وجه رواية الجامع أنه علق العتق بمن يضاف إليه الغد فصار كأنه قال في الغد كل مملوك أملكه اليوم
فهو حر فيتناول الجميع ووجه قول أبي يوسف أنه لما أضاف العتق إلى زمان مستقبل خاص اللفظ للاستقبال
فلم يتناول الحال كما لو قال لنسبتين وسوف ۞ وعلى هذا الخلاف إذا قال كل مملوك أملكه رأس الشهر لأن
رأس الشهر إذا أخص صار كأنه قال كل مملوك أملكه اليوم وعلى هذا قول أبي يوسف فيما أضافه إلى زمان مستقبل
خلص للاستقبال ۞ قال ورأس الشهر الليلة التي يهل فيها الهلال ومن الغد إلى الليل وقد كان القياس أن يكون رأس الشهر
أول ساعة منه لأن الرأس ما تقدم على الشيء لا ينتهي وقالوا العادة جرت أنه يقال لأول يوم هذا رأس الشهر فحمل اللفظ على
المعتاد ۞ وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر فليس هذا على ما في ملكه
إنما هذا على ما يملكه يوم الجمعة وهذا صحيح على أصله لأنه أضاف العتق إلى زمان مستقبل ۞ فإن قال كل مملوك لي حر
يوم الجمعة فهذا على من في ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس هذا على ما يستفيد لأنه عقد على من في ملكه في الحال وجعل
عتقهم موقتاً بالجمعة فلم يدخل فيه ذلك الاستقبال ۞ وأما إذا قال كل مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حر فهذا على ما
في ملكه في قولهم لأن مجيء الغد شرط ومن أضاف العتق إلى شرط دخل فيه العتق من في ملكه دون من يستفيده ۞ قال
أبو الحسن ولو قال كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة فهذا على ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة وأول الوقت من حين حلف
بعد سكوته في قولهم جميعاً ولا يكون على ما في ملكه قبل ذلك لأنه أضاف العتق إلى الاستقبال فخلص للمستقبل
واللفظ يحتمل على الحال والاستقبال وليس كذلك قول محمد إذا قال غداً لأنه علق أو وقعه بصفة فأما أن يكون أضافه
إلى الاستقبال فلا ۞ وعلى هذا إذا قال إلى سنة أو قال كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو أملكه سنة أو قال أملكه
أبداً أو قال إلى أن أموت فهذا أيامه واحد يدخل فيه ما يستفيد دون ما كان في ملكه لما بينا أنه أضاف الحرية إلى المستقبل
فإن قال أردت بقولي كل مملوك أملكه سنة أن يكون في ملكي سنة يوم حلف دين فيما بينه وبين الله ولم يدين في
القضاء لأن الظاهر أنه وقت السنة لاستفادة الملك ولم يوقتها لاستدامة الملك فلا يصدق في ترك الظاهر ۞
فإن علق قوله بشرط فقال كل مملوك لي أملكه إن دخلت الدار أو فعلت كذا فهو حر والأول سواء وإنما تعلق اليمين
على ما في ملكه يوم حلف لأنه علق العتق بشرط فيتناول ما في ملكه دون ما يستفيد كمن قال كل عبد
يدخل الدار فهو حر ۞ فإن قال أردت ما أستقبل ملكه عتق ما في ملكه إذا وجد الشرط باليمين وما يستقبل
بإقراره لأنه غير مصدق في صرف الكلام عن ظاهره ومصدق في التشديد على نفسه ۞ قال فإن لم يكن في
ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو لأنها تتناول الحال فإذا لم يكن له مملوك لم تنعقد لعدم المعقود عليه ۞ قال
محمد فإن قدم الشرط فقال إذا قدم فلان أو إذا جاء غد فكل مملوك أملكه فهو حر فهذا والأول سواء
لأن العتق المتعلق بالشرط لا فرق فيه بين تقدم الشرط أو الجزاء ۞ فإن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك
أملكه يومئذ فهو حر أو قال إذا قدم فلان ولا نية له عتق ما كان في ملكه يوم دخل الدار لأنه علق العتق
بمن يملكه يوم الدخول فكأنه عند الدخول قال كل مملوك لي فيتناول ذلك من تقدم ملكه ومن استفاده ۞

قال محمد هذا قولهم جميعاً ۞ قال وإذا قال كل مملوك أشتريه فهو حر إن كلمت فلاناً أو إذا كلمت أو إذا جاء غد
ولا نية له فكل مملوك يشتري قبل الشيء الذي حلف عليه عتق لأنه أضاف اليمين إلى شرط فيتناول من في ملكه
قبله كمن قال كل مملوك لي حر إن دخلت الدار ۞ قال وإذا قدم الشرط فقال إن فعلت كذا أو إذا جاء
فلان أو إذا جاء غد فكل مملوك أشتريه فهو حر فجاء الذي حلف عليه وقد اشترى مماليك قبل ذلك لم يعتق
واحد منهم وما اشترى من مملوك بعد ما يأتي الذي حلف عليه فهم أحرار وذلك لأنه جعل الشرط شرطاً
لانعقاد اليمين فصار عند وجوده كأنه قال كل مملوك أشتريه فهو حر فيتناول ذلك المستقبل ۞
قال وإذا قال كل مملوك أشتريه إذا دخلت الدار فهو حر أو قال إذا قدم فلان فهذا على ما اشترى بعد
الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك إلا أن يعنيهم لأنه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد
اليمين على ما بيناه ۞ ولو قال إذا دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر ولا نية له عتق من كان
في ملكه حين دخل الدار لأنه علقه بزمان مخصوص فكأنه قال حينئذ كل مملوك أملكه ۞ قال وإن
دخلها ليلاً أو نهاراً فهو سواء وذلك لأن اليوم يذكر ويراد به الوقت المبهم قال الله تعالى ومن يولهم
يومئذ دبره ولأن الحالف إنما يقصد الامتناع من الشرط في الجملة ولا يقصد به وقتاً دون وقت ۞ وقد
روى ابن سماعة عن محمد في نوادره إذا قال كل جارية أتسرى بها إلى سنة فهي حرة وقال كل جارية أتسريها إلى سنة فهي حرة ساعة ۞ فإن قال كل
يتسريها وذلك لأنه أضاف الحرية إلى التسري في السنة فكأنه قال عند الشرط أنت حرة ۞
جارية اشتريتها فهي حرة إلى سنة فإن اشترى جارية لم تعتق لأنه جعل الشراء شرطاً للعتق موقتاً فكأنه قال بعد الشراء
أنت حرة إلى سنة ۞ ولو قال كل مملوك أشتريه فهو حر غداً فهذا على كل مملوك يشتريه قبل الغد
فإن اشترى مملوكاً بعد الغد لم يعتق لأنه جعل الشراء شرطاً للحرية موقتة بوجود غد فيقتضي ذلك من تقدم ملكه ليصح
أن يتوقت عتقه بعده ۞ قال ابن سماعة سمعت محمداً قال في رجل قال إن كلمت فلاناً شهراً فكل مملوك أملكه
فهو حر فكلمه قبل مضي الشهر فهذا على كل مملوك في ملكه يوم حلف ولا يكون على ما ملك بعد اليمين وذلك
لأنه جعل كلام فلان شرطاً لوقوع الحرية على ما يملكه وقد بينا أن الظاهر من قوله أملك الحال ۞ قال ولا يشبه
هذا قوله إن كلمت فلاناً فكل مملوك أشتريه فهو حر وكل امرأة أتزوجها فهي طالق وذلك لأن الشراء والتزويج
يقتضي ملكاً مستأنفاً وقد جعل الكلام شرطاً في انعقاد اليمين فيمن يشتري ما عند الشراء بعدها ۞ وقال
ابن سماعة عن أبي يوسف في العتاق من الإملاء إذا قال إذا دخلت هذه الدار فكل مملوك لي حر أو متى دخلت
أو إن دخلت أو كلما أو متى ما أو إذا ما فهو على ما في ملكه يوم حلف وهذا على ما بيناه أنه عقد على مملوكه
وحقيقة المملوك من وجد في ملكه دون من يستفيده ۞ قال أبو الحسن وإذا قال المكاتب أو العبد كل عبد
أشتريه فهو حر أو كل عبد أملكه فيما أستقبل فهو حر فعتقا ثم ملكا بعد ذلك عبداً أو اشتريا لم يعتق عند أبي حنيفة
وقال أبو يوسف ومحمد يعتق وجه قول أبي حنيفة أن العبد والمكاتب لهما ملك في الحال تضاف إليهما على وجه
الحقيقة وهو ما يستقبل بعد العتق والحال أقرب إلى المتكلم وأخص فكان حمل اليمين عليها أولى
المجاز لم يحمل على الحقيقة لأن اللفظ لا يحمل على الأمرين عنده وهذا كمن تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قال إن طلقتها
فعبدي حر أن ذلك يحمل على الطلاق في النكاح وإن كان مجازاً وجه قولهما أن اليمين ما أمكن حملها على الصحة
كان أولى من إبطالها وممكن حملها على الصحة إذا جعلنا الملك هو ما يستفيده بعد الحرية فكان ذلك أولى من
إبطال اليمين وحملها على ما يضاف إليه في الحال كمن قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر أن ذلك يحمل على
طلاقها بعد ما يتزوجها ۞ وعلى هذا الخلاف إذا قال الحربي كل مملوك أملكه فهو حر قال أبو يوسف
قياس قول أبي حنيفة أنه يحمل على ما يملكه إذا كان مسلماً أو ذمياً ۞ ولو قال المكاتب أو العبد إذا أعتقت
فملكت عبداً أعتق في قولهم لأنه أضاف الحرية إلى ملك صحيح ۞ وقالوا في عبد قال لله علي عتق نسمة
أو إطعام مسكين لزمه ذلك وكان عليه إذا أعتق لأنه علق الإيجاب بذمته وذمته تحتمل الإيجاب ۞ ولو
قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر أو إن اشتريت هذه الشاة فهي هدي لم يلزمه ذلك في قياس قول
أبي حنيفة حتى يقول إن اشتريتها بعد العتق وذلك لأن العبد يضاف إليه الشراء في الحال ومن بعد الحرية
والحال أعم ۞ وقال أبو يوسف يلزمه جميعاً على أصله أن تصحيح اليمين أولى من إبطالها ۞ وقالوا جميعاً في
مكاتب أو عبد قال إن دخلت هذه الدار فعبدي هذا حر ثم عتق ثم دخل الدار لم يعتق العبد لأنه لم يضف حريته
إلى ملك ۞ وقد قالوا فيمن قال لحرة إذا ملكتك فأنت حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها
الحالف فإنها لا تعتق في قياس قول أبي حنيفة وتعتق في قولهما ذكر ذلك محمد في الجامع الكبير والوجه فيه أن الحرة
يضاف إليها الملك على وجه المجاز لأنه يقال ملكها إذا تزوجها ويضاف إليها الملك على وجه الحقيقة بعد الأسر فكان
الحال لم يحمل عليها وعلى قولهما الواجب حمل اليمين على حقيقة الملك ۞ ولو قال إذا ارتددت فسبيت فاشتريتك
أو ملكتك فأنت حرة فكان ذلك عتقت في قولهم لأنه أضاف العتق إلى ملك في الحقيقة ۞ ومن هذا
النوع إذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر ثم مات كان الذي في ملكه قبل اليمين
مدبراً والآخر غير مدبر إلا أنه يعتق من الثلث وعن أبي يوسف أن ما استفاده بعد اليمين لا يعتق ۞

لها ان يقول كل مملوك املكه فهو حر بعد موتي وصيته بل لا اعتبار من الثلث والوصية اذا تعلقت بالثلث انصرفت
الى ما يملكه في الثاني وما في ملكه في الحال كمن قال اوصيت لفلان بثلث مالي ... ابي يوسف ان قوله كل مملوك املكه
اخص بالحال عند المستقبل الدليل عليه قوله كل مملوك املكه فهو حر ان كلمت فلانا وهذا ليس بصحيح لان الظاهر
ما في الحال لا انا حملنا اليمين على الاستقبال بالدلالة التي ذكرناها ✽ واما كان الذي في ملكه مدبرا لانه علق
عتقه بالموت على الاطلاق واما الذي استفاده فعلق عتقه بالموت مع شرط اخر فلم يكن مدبرا ✽ وهذه مسائل
مبنية على ان من قال لعبد ان اشتريتك فانت حر فاشتراه اعتق عليه وقال بشر المريسي لا يعتق لنا ان
الشرا سبب الملك في الظاهر فاذا ذكر السبب فكانه ذكر المسبب ✽ ولانه علق بالشرا العتق وذلك لا
يكون الا عتقا ملحقا بالشرى فساقه قال ان اشتريتك ملكت وجه قول بشر ان الشرا قد يوجب الملك وقد
لا يوجب الا ترى انه يشتري بشرط الخيار و يشتري لغيره فلم يكن الشرا موجبا للملك والعتق اذا لم يضف الى
الملك لم يقع ويحتج بشر بان من قال لامراة وهي امة غيره لا اطلقك حتى اشتريك لم يكن موليا ولو كان الشرى
سببا في الملك لصار موليا كمن قال لا اطلقك ما دام النكاح بيني وبينك والجواب انا نحمل قوله حتى اشتريك
على عموم الشرا وذلك مما يملك به تارة ولا يملك اخرى فكانه قال لا اطلقك حتى اشتريك فاملكك او لا املكك
وكانه قال في مسئلتنا ان اشتريتك فملكتك او لم املكك فانت حر فيقع العتاق ✽

باب الرجل يعتق ما تلده الامة

قال ابو الحسن اذا قال الرجل لامته كل ولد تلدينه فهو حر او قال اذا ولدت ولدا فهو حر فانه يعتبر في صحة هذا العقد
الامة ان كانت في ملكه يوم حلف صح العقد وعتق كل ولد تلده وهي في ملكه والاصل في هذا انه اذا اطلق اليمين
اعتبر كون الاصل في ملكه لان من عقد يمينه على ما يملك لم يحتج الى اضافته الى الملك كمن قال لعبده اذا دخلت الدار
فانت حر كذلك اذا كان الاصل الذي يتولد منه الولد في ملكه فاما الوقوع فان ولدت ولدا في ملكه عتق لوجود الشرط
في الملك وان ولدت في غير ملكه لم يعتق كمن باع عبده ثم دخل الدار ✽ فاما اذا اضاف الولادة الى الملك فقال كل ولد
تلدينه في ملكي فانت حره فالعقد صحيح وان لم تكن الجارية في ملكه كمن قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار وانت
في ملكي فانت حر ✽ ولو قال ما في بطنك حر او اذا ولدت ما في بطنك حر فجات بولد عتق ما كان في بطنها يوم
حلف عتق ما في بطنها في قوله ما في بطنك حر يوم قال وفي قوله اذا ولدت ما في بطنك يوم تلد وذلك لان الاصل
في ملكه فاذا جات بولد لاقل من ستة اشهر فقد حكمنا بوجوده عند اليمين وهي على ملكه يوم الولادة فعتق ✽ ولو
قال لعبد في ملكه او في غير ملكه كل ولد يولد لك فهو حر فهو سوا كان ولد العبد من امة ملكها الحالف يوم حلف
عتق اذا ولدت الولد في ملكه فان لم تكن الامة في ملكه يوم حلف بطلت اليمين وذلك لان المولى لا يملك ولد
عبده بملك العبد الا ترى انه لو ولد له من حرة فالولد حر وان ولد له من امة لغير السيد فالولد عبد لمولاها فلم يوثر ملك
العبد في اليمين على الولد وانما يوثر في ذلك ملك الحالف للام فان كانت في ملكه فقد عقد على ما يملك فتعتبر بالاضافة
الى الملك وان كان لا يملكها فقد عقد على ما لا يملك فان اضاف ذلك الى الملك انعقد والا لم ينعقد ✽ واذا قال
لامته اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا لم يعتق وان ولدت ولدا اخر حيا عتق الثاني في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا يعتق لابي حنيفة ان الحكم الذي علقه بالولادة هو العتق وذلك لا يصح الا مع وجود الحيوة فصار ذلك شرطا فكانه قال
ان ولدت ولدا حيا الا ترى انه لو قال ان ضربت عبدي فهو حر فضربه بعد موته لم يعتق العبد لان المقصود الضرب الايلام وذلك لا يكون
الا مع الحيوة فكانه شرطها ولا يقال لو قال لها ان ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان حر فولدت ولدا ميتا فلو لم تكن هذه الولادة
شرطا لم يعتق العبد والجواب ان وقوع العتق على عبده لا يقف على حيوة الولد فلم يشرط ذلك في عتقه وان شرط
في عتق الولد وليس يمتنع ان يحلف يمينا واحدة فيوجد شرطها في حق شخص دون شخص الا ترى انه لو قال لها ان حضت فانت طالق
وفلانة معك فقالت حضت وكذبها الزوج وقع الطلاق عليها ولم يقع على الاخرى وان كان الشرط شرطا واحدا فان قيل
لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه فدخلها فقد وجد شرط اليمين وانحلت فان اشتراه ودخل لم يحنث وان كان العتق
لا يقع الا في ملكه ولم يصر ذلك شرطا الجواب ان العتق في غير ملك يتعلق به حكم الا ترى انه يقف على اجازة المولى فلم
يحتج الى شرط الملك في تصحيح الكلام والعبد الميت لا يعتق بحال فلذلك احتجنا الى شرط الحيوة ✽ وكان ابو سعيد
البردعي يقول ان الولد الميت ولد في حق غيره وليس بولد في حق نفسه بدلالة ان الام تصير به ام ولد وتنقضي عدتها ولا يرث
ولا تستحق الوصية ووقوع العتق عليه حق له فلم يكن ولدا في حق نفسه وان كان ولدا في حق العبد الذي علق عتقه بولادة
ولا يقال فهلا كان ولدا في حق الولد الثاني حتى لا يعتق قلنا لانه ليس من حق الثاني ان لا يعتق ومن حقه وقوع العتق
ولا يقال فهلا كان ولدا في حق المولى حتى لا يعتق عليه الثاني قلنا لو كان ولدا في حق المولى لعتق بوجود شرط
يمينه فيودي ذلك الى ان يصير ولدا في حق نفسه وهذا لا يصح ✽ ولان الحقوق التي تثبت للحمل تقف على الولادة حيا
فاذا وجدنا جعل الميت كان لم يكن ويكون الحكم كله للحي الا ترى انه لو قال اوصيت بثلث مالي لما في بطن هذه فولدت
حيا وميتا كان جميع المال للحي وجه قولهما ان الولادة موجودة في الحي والميت فاذا وجد شرط اليمين ولم يصح الوقوع
انحلت فلم يقع على الثاني شي ✽ وقد قال محمد في الاصل اذا قال اول عبد يدخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت
ثم حي عتق الحي ولم يذكر في الاصل خلافا فمن اصحابنا من قال هذا قول ابي حنيفة لان العتق لما لم يصح الا مع الحيوة
صار كانه قال اول عبد يدخل علي حيا فاما على قولهما فلا يعتق لانه وجد شرط اليمين فلا يعتق الثاني كمسئلة الولادة ✽ ومن اصحابنا
من قال هذا قولهم وهو الصحيح لان العبد عبارة عمن يتعلق به الرق والرق يبطل بالموت فليس بعبد بعد موته في الحقيقة
فلم يتعلق به وقوع العتق على الثاني ✽ **ومن هذا النوع** ما ذكر محمد في الجامع الصغير فيمن قال لامته ان
كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية لا يدرى ايهما اول وتصادقوا جميعا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا
قال ابو حنيفة الغلام عبد ويعتق من الجارية نصفها وتسعى في نصف قيمتها ولم يذكر في الجامع خلافا وقال عمرو
و... عن محمد لست اقول بهذا القول ولكن استحلف المولى على علمه بالله ما تعلم ان الغلام ولد اولا فان نكل
عن اليمين عتقت الام وبنتها وكان الغلام عبدا وان حلف كانوا جميعا ارقا ✽ وكذلك ان لم يخاصم المولى حتى مات
خاصم ورثته من بعده فاقر انه لا يدري وحلف بالله ما نعلم الغلام ولد اولا فهو رقيق ✽ وجه ما في الجامع الصغير
ان الغلام ان كان اولا عتقت الام وما في بطنها وان كانت الجارية اولا لم يعتق واحد منهم فالغلام عبد بكل حال والجارية
والبنت تعتقان في حال دون حال فيعتق نصفهما على اصلنا في اعتبار الاحوال ✽ وجه قول محمد ان الاحوال تعتبر بعد
الموت لتعذر الرجوع الى البيان وقد امكن الرجوع في مسئلتنا الى قول الحالف فلم تعتبر الاحوال ✽ والجواب انهم
اذا اتفقوا انهم لا يعلمون الاول لم يجز الحاكم تحليف المولى اليمين على ما لا يعلم فصار كالميت ✽ قال محمد في الاملاء لو كان
المولى قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فالجارية حرة فولدت غلاما وجارية لا يدرى
ايهما اول وحلف المولى بالله ما نعلم ان الغلام ولد اولا فان البنت على كل حال حرة والعبد عبد على كل حال ويعتق
نصف الام وتسعى له في نصف قيمتها فالمعقول في قول ابي حنيفة في هذه المسئلة والاولى سوا لان الغلام ان
ولد اولا عتقت الام والجارية بعتقها وان ولدت الجارية اولا عتقت الجارية فهي حرة بكل حال والغلام عبد بكل حال
والام تعتق في حال ولا تعتق في حال فتعتق نصفها ✽ فاما فرق محمد بين هذه المسئلة والاولى لان ههنا عتقها
متيقنا لا محالة فاذا جهل اعتبرت الاحوال وفي المسئلة الاولى لا يتيقن وقوع العتق فلذلك رجع الى البيان ✽

باب العتق على مال

قال بشر سمعت ابا يوسف في رجل قال لعبده اذا اديت الي الفا فانت حر او متى اديت او ان اديت قال ابو حنيفة ليس هذا
بمكاتبة وللمولى ان يبيعه وكذلك قال ابو يوسف ومحمد في الاصل ✽ وهذا لان العتق يجوز ان يشترط في مقابلة المال لانه
اسقاط حق فيه معنى المال الا ترى انه لو اعتق عبده في مرضه ولا مال له غيره لزمه المال من غير شرط وما كان فيه معنى
المال جاز ان يوخذ منه العوض كالصلح من العيب على مال ولان الطلاق يجوز اخذ العوض عنه وان لم يكن فيه معنى
المال فلان يجوز اخذ العوض عن العتق وفيه معنى المال اولى ✽ وقد قالوا ان العتق على مال انه في حكم
اليمين من وجه وحكم الكتابة من وجه لانه عتق معلق بالعوض كالكتابة وليس بكتابة لانه صرح بوقوع العتق عند
الشرط فصار كقوله ان دخلت الدار ✽ ولان الكتابة اما ان تقع على نجوم معلومة او بمال معجل وفي مسئلتنا لم ينجم المال
ولا هو معجل فلم يكن كتابة ✽ وقال محمد اذا قال انت حر على الف تؤديها الي نجوما في كل شهر كذا
فهو كتابة ✽ لان معنى الكتابة هو العتق المعلق بالمال المنجم ومعنى العقد عندنا كعبارة العقد ✽ قال
ابو الحسن فان ادى المال قبل ان يبيعه فان ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا قالوا يجبر المولى على قبوله ويعتق العبد
وهذا استحسان والقياس ان لا يجبر لانه عتق معلق بالشرط فصار كدخول الدار وانما استحسنوا فقالوا ان
المولى يجبر لانه اوجب للعبد العتق بالاداء فلم يكن له الامتناع منه كما لو علق العتق باختياره ✽ وقال محمد
ان العبد اذا احضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه عتق لان الاداء عندنا في الاموال تقع بالتخلية ولا يعتبر فيها
مباشرة القبض فاذا خلى بينه وبين المال صار المولى قابضا فعتق بوجود الشرط فان قيل فاي معنى لقولهم
ان المولى يجبر استحسانا قلنا انما يجبر اذا احضر العبد المال فامتنع المولى من قبضه او لم يحضر ولكن خاطب المولى
عن قبضه فامتنع فان القاضي يقول للعبد احضر المال فاذا احضر عتق لتمكن المولى من قبضه فان لم يقبل الزم
المولى قبوله اذا احضر ليكون للاجبار فايدة فاما مع الاحضار فلا فايدة له ✽ ولم يشترط بشر في روايته ان
اجبار المولى يقف على المجلس الذي قال له المولى فيه او لا يقف وقد ذكر في الاصل انه اذا قال لعبده ان
اديت الي الفا فانت حر ان ذلك على المجلس وظاهر رواية بشر انه لا يقف على المجلس لان فيهما معنى
الوقت ✽ وقد ذكر بشر عطفا على روايته ان المولى اذا باعه ثم اشتراه فادى المال عتق ويجب ان
لا يقف هذا على المجلس ✽ وجه رواية بشر انه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كقوله ان دخلت الدار
وجه ما في الاصل ان العتق المتعلق بالاداء متعلق باختيار العبد فكانه قال انت حر ان شئت فيقف
ذلك على المجلس ✽ قال ابو يوسف ان مات المولى قبل ان يوديها اليه فالعبد رقيق يباع وذلك لما بينا انه
ليس بكتابة وانما هو عتق معلق بالشرط فيبطل بموت المولى كالايمان ولهذا قالوا ان المولى يملك ان يبيعه لانه
عتق معلق بشرط فلا يمنع البيع كقوله ان دخلت الدار ✽ قال فان مات العبد قبل ان يوديها وترك مالا فهو
كله لمولاه لانه عتق معلق بشرط فيبطل بموت العبد كالايمان ✽ قال فان ادى العبد من مال اكتسبه قبل القبول

ورجع المولى عليه بمثله وذلك لان مال الكسب قبل ايجاب الحرية ملك المولى فاذا اداه فقد ادى مالا مغصوبا ومال الغير
اذا اخذ في الدين تعلق باداية حكم موقوف على اجازة مالكه فاذا حصل الاداء المشروط عتق ۞ وللمولى الرجوع بمثله لانه
لم يسلم له العوض الذي قصده فهو كما لو غصب من اجنبي الفا فاداها عتق بها وللاجنبي اخذها ويرجع المولى بمثلها ۞
فان ادى من مال الكسب بعد القبول صح الاداء وعتق العبد ولم يرجع عليه بما ادى وانما صح الاداء لان العبد لا يقدر
على اداء المال الا من اكسابه فتعلق العقد بها ۞ وقد قالوا ان المولى اذا اعتق عبده على مال بهذه ما ذكرنا لانه لا
يقدر على الكسب الا بالتصرف وقد كان القياس عندهم ان يعتق بما يكتسب ثم يرجع المولى عليه بمثله بعد الحرية لانه
ادى من مال المولى فهو كما لو اكتسبه قبل الايجاب الا انهم استحسنوا فقالوا ان العقد لما اقتضى الاداء قبل
الحرية تناول الاداء من الاكتساب وصار من هذا الوجه كالمكاتب ۞ قال فان بقي بعد الاداء في يده مال مما اكتسبه
فهو للمولى وذلك لانه ليس بمكاتب وانما حريته تعلقت بشرط فما اكتسبه قبل وقوع الحرية فهو للمولى وليس
كذلك المكاتب لانه في يد نفسه والمولى لا سبيل له على اكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية اولى ۞ وقال
بشر عن ابي يوسف في رجل قال لعبده ان اديت الي الفا فانت حر فجعل يؤدي اليه العشرة والعشرين والخمسة حتى
ادى الالف قال يعتق ويجبر المولى على ان ياخذ منه ما جاء به وكذلك قال محمد لانه لما اوجب له الحرية بالاداء
لم يكن له الامتناع من القبض كالمكاتب ۞ قال ولو كانت هذه امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها لانه عتق
معلق بشرط فلا يسري الى الولد كما لو علقه بدخول الدار ۞ ولا تابينا ان بيع المولى لرقبتها جائز فلو تعلق بها حق
يسري لم يجز البيع ۞ ولو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه فادى تسعمائة لم يعتق لان
العبد يعتق بحصول الشرط والمولى لا يملك تغيير موجب اليمين بعد انعقادها وليس كذلك الكتابة لان العتق يقع
فيها بحكم المعاوضة والحط يلحق بالعقد كما في البيع تبين الفرق بينهما انه لو ابراه من مال الكتابة عتق ولو
ابراه في مسئلتنا من المال لم يعتق فكذلك اختلف الحط فيهما ۞ قال ولو باعه ثم اشتراه فاداها اليه فهو
حر ويجبر على ان ياخذها منه عند ابي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق وكذلك
لو رد عليه بخيار او بعيب لابي يوسف ان العتق معلق بشرط فحكمه في الملك الثاني كحكمه في الاول كدخول الدار
وجه قول محمد ان اجبار المولى على القبض ليس بحكم المشروط وانما هو تشبيه العقد بالكتابة فاذا زال ملك
المولى بطل ما فيه من التشبيه بالكتابة لا يستحق الرقاب ذلك مع زوال الملك فلم يبق الا معنى الشرط المحض فلا يجبر
المولى عليه ۞ وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لعبده في مرضه اذا اديت الي الفا فانت حر وقيمة العبد الف
فاداها من مال الكسب بعد الموت فانه يعتق من جميع المال استحسن ابو حنيفة ذلك وقال زفر يعتق من
الثلث وهو القياس ووجهه ان اكساب العبد على ملك المولى فاذا اسقط حقه عن الرقبة بها فهو متطوع
بالعتق المبتدا وليس كذلك الكتابة لان المولى لا يملك الاكساب فصارت عوضا عن الرقبة وجه
الاستحسان ان الاكساب لم تكن على ملك المولى وانما صار العتق سببا في تخليصها كالكتابة ۞

باب العتق الذي يقع بقبول المال اداءه

قال ابو الحسن اذا قال الرجل لعبده انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان تعطيني الفا او على ان تؤدي الي الفا او
على ان تجيئني بالف او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها فقبل العبد فهو حر الساعة حين قبل وعليه ما شرط عليه دينا
وهو حر في جميع احكامه قبل الاداء ۞ وذلك لانه اعتقه بعوض من ماله فعلق بقبول العوض كما لو باعه وكما لو طلق امراته
بعوض وليس كذلك الباب الاول لانه علق العتق بحصول العوض فلم يعتق قبله ۞ قال وكذلك لو اعتقه على
طعام موصوف او شيء من المكيل معلوم الجنس او على موزون فكذلك لان هذا يصح ان يكون عوضا في البيع فكذلك
في العتق ۞ وكذلك العوض بعينه لان عقد البيع يجوز ان يقع عليه فكذلك العتق وعدم ملكه لا يمنع من تعلق العقد
به الا ترى ان العتق يجوز ان يقع على قيمة الشيء فاذا وقعه على تلك العين صحت التسمية لانه ان سلمه المالك
والا وجبت القيمة ۞ قال وكذلك كل عوض بغير عينه معلوم الجنس وذلك لانه بدل عما ليس بمال فاذا كان
معلوم الجنس جاز وان جهلت الصفة كالمهر ۞ قال ولو كانت امة فقبلتها ثم ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد ان يسعى
في شيء مما عتقت عليه وذلك لانها عتقت بالقبول وهي حرة لا يلزم ولدها ۞ وقد حكى الرازي ان المستسعى
على ضربين من يسعى لتخليص رقبته فهو في حكم المكاتب عند ابي حنيفة ومن يسعى في بدل رقبته فهو بمنزلة الحر في
احكامه مثل ان يعتق الراهن عبده وهو معسر وكذلك المأذون اذا اعتق وعليه دين وكذلك امة اعتقها سيدها
على ان تزوجها فعتقت ثم ابت فانها تسعى في قيمتها وهي بمنزلة الحرة وكذلك لو قال لعبده انت حر على قيمة
رقبتك فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر وذلك لان السعاية في هذه المسائل لزمت بعد وقوع الحرية وفي الفصل الاول
انما يسعى ليتوصل بالسعاية الى الحرية عند ابي حنيفة وعلى هذا لو ابرا المولى المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو
حر وعليه ان يؤدي الكتابة وذلك لان البراءة تقتضي الحرية وسقوط العوض والحرية لا تبطل بالرد والمال يسقط
بالرد فيعتق ولا يلزمه المال ۞ قال وما وصف وذكر جنسه مما وقع عليه العتاق فعليه ما شرط من ذلك لان
العين فيه اعدل من القيمة وما سمي جنسه ولم يوصف فعليه الوسط منه لانه بدل عما ليس بمال فجاز ان يثبت

مع جهالة الصفة ويستحق منه الوسط كالديات ۞ قال فان لم يسم جنسه فقال انت حر على ثوب فقبل العبد
عتق وعليه قيمة نفسه وذلك لان جهالة الجنس اكثر من جهالة القيمة فبطلت التسمية وهذا على ما قدمنا في النكاح
فان استحق عليه العوض وكان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله ۞ وذلك لان العوض ماخوذ عما وقع عليه العقد
فاذا استحق انفسخ فيه القبض فبقي موجب العقد بحاله ۞ قال وان كان بعينه في العقد وهو عرض او حيوان
رجع على العبد بقيمة نفسه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وجه قولهما
ان كل واحد من العوضين لو تلف وقد تعذر الفسخ بالعتق فوجب الرجوع بقيمة ما خرج من ملكه كمن باع عبدا
بجارية فاعتقها ومات العبد قبل التسليم وجه قول محمد انه عقد لا يلحقه الفسخ فاذا استحق العوض رجع
بقيمته كالخلع والصلح من دم العمد ۞ واذا باع المولى العبد من نفسه بعوض او وهب له نفسه على عوض فله
ان يبيع العوض قبل القبض بعوض لانه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل القبض كالميراث ۞
واذا اختلف المولى والعبد فيما وقع به العتاق فالقول قول العبد والبينة على المولى لان العبد هو المستحق
عليه فكان المرجع الى قوله ۞ والبينة بينة المولى لانه تثبت الزيادة وفي الباب الاول لو علق العتق بالاداء
واختلفا في مبلغ المال فالقول قول المولى لانه اختلاف في شرط اليمين ۞ فان اقاما البينة فالبينة بينة العبد
لانا نقضي بالبينتين ويجعل كان المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين فايهما وجد عتق ۞ قال ابو حنيفة اذا اعتق
الرجل نصف عبده على عوض فقبل عتق نصفه بالعوض ويسعى العبد في قيمة نصفه عن النصف الآخر فان ادى السعاية عتق
باقيه وهو قبل الاداء بمنزلة المكاتب في جميع احكامه الا انه لا يرد في الرق وقال ابو يوسف ومحمد عتق كله ولا سعاية عليه
وهذا فرع على اختلافهم في تبعيض الحرية فعند ابي حنيفة ان عتق البعض لا يوجب عتق الباقي وقد وجب اخراجه
الى الحرية فلزمته السعاية وعندهما ان العتق لا يتبعض فعتق البعض بعوض عتق للجميع بذلك العوض ۞ وذكر
في الزيادات فيمن قال لعبده انت حر على الف درهم انت حر على مائة دينار فقال العبد قد قبلت ذلك عتق وكان عليه
المالان جميعا وكذلك لو قال لامراته انت طالق ثلاثا على الف درهم انت طالق ثلاثا على مائة دينار فقالت قد قبلت طلقت
ثلاثا بالمالين جميعا وهذا على قول محمد وقال ابو يوسف في مسئلة الطلاق القبول على الكلام الاخير فهي طالق ثلاثا
بمائة دينار ۞ قال ابو الحسن كذلك قياس قوله في العتق لابي يوسف انه لما اوجب العتق بعوض ثم اوجبه بعوض
آخر انفسخ الايجاب الاول وتعلق القبول بالثاني كايجاب البيع وجه قول محمد ان المولى لا يملك الرجوع عن ايجاب
العتق فلم يحمل الايجاب الثاني على فسخ الاول وصار زيادة فيه فاذا قبله العبد لزمه الامران جميعا ۞

باب الخيار في العتق

قال جملة هذا الباب ان العتق بغير عوض والطلاق بغير عوض اذا شرط فيه الخيار للمولى او الزوج او العبد او المراة فالخيار
باطل والعتق والطلاق واقعان لان الخيار مشروط للفسخ وفسخ الطلاق والعتاق لا يصح فاما الطلاق على مال
والعتاق على مال والصلح من دم العمد على مال اذا شرط الخيار للمولى او الزوج بطل الخيار [illegible]
[illegible]

باب الرجل يخير عبده في العتق

قال ابو الحسن اذا قال الرجل لعبده اختر العتق او قد خيرتك في العتق [illegible]
[illegible]
[illegible] فان خيرته ولم يذكر العتق ولا الحرية [illegible]

باب الاستثناء في العتاق

قال أبو الحسن رحمه الله: قد ذكرنا الاستثناء في الطلاق والعتاق في كتاب الطلاق، وجملة هذا أن الاستثناء على ضربين: استثناء
بإلا واستثناء بالمشيئة، فإن استثنى بإلا في المعتقين فهو استثناء صحيح في الجملة مثل أن يقول: أنتم أحرار إلا سالما
لأن الاستثناء من الجملة عبارة عن الباقي. فإن استثنى بعض العتاق صح على قول أبي حنيفة لأن العتق يتبعض فيجوز أن
يعتقه إلا نصفه. فأما على قولهما فالعتق لا يتبعض فاستثناء بعض المعتق لغو. ولا يتصور في العتاق بعض العدد
لأن العتق لا عدد له، والطلاق ذو عدد فيصح أن يطلق عددا ويستثني بعضه. فأما الاستثناء بالمشيئة فإنها في العتاق
كهي في الطلاق وقد بينا ذلك. وقد قال محمد في نوادر ابن سماعة: لو قال غلاماي حران سالم وبزيغ إلا بزيغ أن استثناءه جائز
لأنه ذكر جملة وأعتقهم ثم فصلهم بعد وقوع لفظ الحرية، فلا يمنع ذلك من أن يكون جملة واحدة استثنى بعضها فيصح الاستثناء،
وليس كذلك إذا قال سالم حر وبزيغ إلا بزيغ لأن كل واحد جملة بانفراده واستثنى جميع الجملة فلا يجوز. قال أبو الحسن:
وإذا قال أنت حر وحر إن شاء الله بطل الاستثناء عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: الاستثناء جائز. لأبي حنيفة
أن الحرية وقعت باللفظ الأول والثاني لغو، فصل بين الحرية والاستثناء، فصار كالفصل بالسكوت. لهما أنه
كلام واحد معطوف بعضه على بعض فلا يفصل الاستثناء عنه، كما لو قال أنت حر لله إن شاء الله. قال ابن سماعة في
نوادره عن محمد في رجل له خمسة من الرقيق فقال: عشرة من مماليكي إلا واحدا أحرار، أنه يعتق الخمسة جميعا، وذلك لأنه
استثنى الواحد من العشرة فكأنه قال تسعة من مماليكي أحرار. ولو قال مماليكي العشرة أحرار إلا واحدا
عتق منهم أربعة، لأن هذا رجل استثنى واحدا من مماليكه وغلط في عددهم فلا يمنع غلطه من صحة الاستثناء.

تم كتاب العتاق ولله الحمد والمنة والصلاة على محمد وآله الطاهرين

بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الأيمان

قال رضي الله عنه: اليمين في اللغة مشتقة من القوة، قال الشاعر: إذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين
فلما كانوا يتوثقون بالأيمان سموا التوثق يمينا. وقد قيل إنها مأخوذة من اليمين التي هي الجارحة لأنهم كانوا
يتعاهدون بوضع أيمانهم فاشتقت اليمين من ذلك. واليمين على ضربين: يمين هي قسم، وهو ما تقتضي تعظيم
المقسم به، وذلك لا يكون إلا باليمين بالله، لأن هذا التعظيم يجري مجرى العبادة، والقسم هو اليمين التي يعرفها
العرب وإن كانوا لا يخصونها بالله. والضرب الثاني الشرط والجزاء إذا قصد بهما الامتناع
من فعل الشيء أو الحث على فعله على مجرى عادة من أهل الشرع بخلاف ذلك، وهذه اليمين لا يعرفها أهل
اللغة وإنما صارت يمينا بعرف أهل الشرع، ألا ترى أنهم يقولون حلف بطلاق امرأته وحلف بعتق عبده.
وإنما ألحقت إحدى اليمينين بالأخرى لأن اليمين الأولى جملة مبتدأ وخبر، وهذه جملة من شرط وجزاء، والكلام
في اللغة ينقسم إلى هاتين الجملتين فألحقوا إحداهما بالأخرى. قال أبو الحسن رحمه الله: قال أصحابنا
جميعا الأيمان ثلاثة: يمين تكفر، ويمين لا تكفر، ويمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها. وروي عن أبي يوسف
عن حصين بن عبد الرحمن عن أبي مالك الغفاري أنه قال: الأيمان ثلاثة كما قال محمد. قال أبو الحسن: إنها ترجع إلى
قسمين: يمين على الماضي ويمين على المستقبل، فاليمين على الماضي يمين الغموس ويمين اللغو، واليمين على المستقبل
اليمين المنعقدة. قال أبو الحسن: فأما اليمين التي تكفر فالرجل يحلف على أمر تركه خير من فعله، وإنما
يريد بذلك ما يتأتى من اليمين على المستقبل، وقد دل على ذلك قوله عز وجل: ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته
إطعام عشرة مساكين الآية. وقال صلى الله عليه: من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر
عن يمينه. وهذه اليمين عندنا على ثلاثة أضرب: يمين يجب الوفاء بها، وهو اليمين على فعل الواجبات وترك المعاصي،
ويمين يجب الحنث فيها وهو اليمين على فعل المعاصي وترك الطاعات، لأن النبي صلى الله عليه قال: من حلف على أن يطيع الله
فليطعه، ومن حلف على أن يعصي الله فلا يعصه. والضرب الثالث ما يختار الإنسان فيه من البر
والحنث، فمنها ما يندب إلى الحنث وهو ما كان فعله خيرا من تركه، ومنها ما لا يندب إلى الحنث وهو
المباحات، وقد دل على ذلك قوله عليه السلام: من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير. وأما
اليمين الثانية فهي اليمين الغموس، وهي التي تقع على الماضي والحالف متعمد للكذب، أو تقع على الحال،
فالماضي مثل قوله والله ما فعلت كذا وهو يعلم أنه فعله، أو يقول والله لقد فعلت كذا وهو يعلم أنه
لم يفعله، والحال مثل قوله والله ما لهذا علي دين وهو كاذب. فهذه اليمين لا تنعقد عندنا ولا كفارة فيها،
وإنما على الحالف بها الاستغفار والتوبة وأمره إلى الله. وقال الشافعي: فيها الكفارة. لنا قوله عليه السلام:
اليمين الغموس تدع الديار بلاقع، ولم يذكر الكفارة. ولأن النبي أمر الزوجين ... بالتوبة لعلمه أن أحدهما كاذب
ولم يأمرهما بالتكفير. ولأنها يمين على الماضي كاللغو في الماضي. ولأن الله تعالى أوجب الكفارة
في اليمين المنعقدة، والعقد ما يتصور فيه حل العقد، وهذا لا يتصور في اليمين الغموس، لأنه لا يصح البر على
عقدها. ولأن المعنى المحرم لها يقارنها فلا تنعقد كالبيع الذي يقارنه العتق والصلاة التي يقارنها
الحدث. وليس كذلك إذا حلف ليقلبن الحجر ذهبا لأنه عقد على المستقبل، وذلك أمر موهوم، وإنما

حنث لأنه لا وقت للحنث والبر فيبطل، وذلك لا يتصور إلا بعد انعقاد اليمين فلذلك وجبت الكفارة.
وأما اليمين الثالثة فهي يمين اللغو، وقد قال أصحابنا إنها اليمين على الماضي إذا ظن الأمر على ما
قال وهو على خلافه، كقوله: والله لقد دخلت الدار، والله ما كلمت زيدا. وقد تكون على الحال كقوله: والله إن هذا
المقبل لزيد، وتظن أنه كذلك، والله إن هذا الطير لغراب. وروى ابن رستم عن محمد: اللغو أن يحلف
الرجل على شيء وهو يرى أنه حق وليس بحق، مثل قوله والله ما رأيت اليوم فلانا، فهذا من اللغو الذي لا
حنث فيه. وقال الشافعي: اللغو اليمين التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل. وقال محمد في الأصل
حكاية عن أبي حنيفة: إن اللغو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله. وهذا أوسع مما قال الشافعي.
وقال آخرون: اللغو الحلف على المعصية يجب على الإنسان الحنث ولا كفارة عليه. وقال آخرون: اللغو
أن يحلف على المعصية فيلزمه الحنث والتكفير، فهو لفظ محيط بالكفارة. وقال آخرون: اللغو اليمين المكفرة.
وروي عن ابن عباس في إحدى الروايتين أن اللغو اليمين في حال الغضب. والدليل على ما قلنا ما روي عن
عائشة رضي الله عنها في يمين اللغو قالت: قال رسول الله صلى الله عليه: هو قول الرجل لا والله وبلى والله.
وقد روي هذا الحديث موقوفا عليها. وعن زرارة بن أوفى قال: الرجل يحلف على يمين لا يرى إلا أنه كما حلف.
وعن ابن عباس أنه قال: هو أن يحلف الرجل على اليمين الكاذبة وهو يرى أنه صادق. ولأنا إذا بينا أن
الكفارة تجب في اليمين المعقودة، والماضي لا ينعقد عليه يمين، لم يتعلق به كفارة. وأما الكلام
مع الشافعي فهو أن اليمين على المستقبل تجب بها الكفارة وإن لم يقصدها ... لقوله عليه السلام: ثلاث جدهن جد
وهزلهن جد: النكاح والطلاق واليمين. وروي أن المشركين استحلفوا حذيفة وأباه أن لا يعينا رسول الله
صلى الله عليه، فقال رسول الله صلى الله عليه: في لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم. فحكم بثبوت اليمين مع الإكراه، فدل
أن القصد غير معتبر فيها. وأما من جعل اللغو اليمين على المعصية فقد دل على بطلانه قوله عليه السلام: من حلف على
يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه. ومن أوجب الكفارة في يمين المعصية وسماها لغوا
فقوله ليس بصحيح لأن اللغو ما لا يتعلق به أحكام. ومن جعل اليمين المكفرة لغوا فقد غلط لأن الله تعالى أوجب
الكفارة في اليمين المنعقدة وجعل اللغو قسما آخر، والظاهر أن أحدهما غير الآخر. وأما الذي روي عن ابن عباس في
يمين الغضب فإنما بناه على عدم القصد، وقد بينا أن انعقاد اليمين لا يقف على القصد. قال محمد في اللغو:
هو يمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها، فقيل له: قد أخبر الله تعالى أن لا يؤاخذ، وخبره على القطع، ولا معنى للشك في الجواز.
والجواب من وجهين: أحدهما أن الله تعالى أخبر أن لا يؤاخذ بيمين اللغو، ولم نعلم قطعا أن اللغو الذي اعتقده
هو الذي أراد الله تعالى، للاختلاف في ذلك، فلهذا قال: أرجو. والجواب الثاني أن الرجاء على ضربين: رجاء طمع ورجاء
تواضع، فيجوز أن يكون أرجو أن لا يؤاخذ الله بها على طريق التواضع لله تعالى. واليمين الغموس والمنعقدة توجد
في القسم وغير القسم، لأنه إذا حلف بطلاق أو عتاق وهو يعلم أنه كاذب وقع على المحلوف به، وكذلك اليمين
المنعقدة توجد في القسمين. وأما اللغو فإنها تختص بالقسم. قال ابن رستم عن محمد: ولا يكون اللغو
إلا في اليمين بالله. ومعنى ذلك أنه إذا حلف بطلاق أو عتاق على أمر ماض وهو يظن أنه صادق وهو كاذب
وقع الطلاق والعتاق، وكذلك إذا حلف بنذر لزمه ذلك. وقد عبر أبو الحسن عن ذلك فقال: ما كان
المحلوف به هو الذي يلزمه بالحنث فلا لغو فيه، وذلك لأن من حلف بالله على أمر يظن أنه على ما حلف عليه وليس كذلك
لغا المحلوف عليه وبقي ... فأما اليمين بغير الله فيلغو المحلوف عليه، ويبقى قوله امرأته طالق أو عبده حر
أو عليه الحج، فيلزمه. وأما التقسيم الذي أشار إليه أبو الحسن أن اليمين على ضربين ماض ومستقبل فليس بعام
لسائر الأيمان، وتقسيم محمد أعم منه لأنا بينا أن الغموس واللغو يكونان على الحال والماضي، وما ذكره من التقسيم لا
يدخل فيه الحال.

باب اللفظ الذي يوجب الحنث في اليمين به الكفارة

قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل بشيء من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته ثم حنث فعليه الكفارة. ومن أصحابنا
من قال إن أسماء الله تعالى على ضربين: منها ما لا اشتراك فيه مثل الله والرحمن، والحلف بها ينعقد في كل حال، ومنها ما
هو مشترك مثل الحكيم والعزيز والقادر، فإن أراد بها اليمين كان يمينا، وإن لم يرد لم يكن يمينا. وقد ذكر أبو الحسن
ولم يفصل. وإنما قلنا إن الحلف باسم الله تعالى يمين لأن تعظيمه واجب وهتك حرمة اسمه لا يجوز على التأبيد، فلذلك كان
حالفا. وإنما قلنا إنه يكون حالفا بكل الأسماء وإن لم يقصد لأن الحلف بغير الله لا يجوز، والظاهر أن الحالف يقصد
يمينا صحيحة، فيحمل الاسم على ما يصح الحلف به، اللهم إلا أن يقصد غير الله فلا يكون حالفا. وقد حكي عن بشر
المريسي فيمن قال والرحمن أنه على وجهين: إن قصد وجه الله فهو حالف، وإن أراد سورة الرحمن فليس بحالف
فكأنه حلف بالقرآن. فأما الحلف بصفات الله فهو على ضربين: منها صفات الذات وصفات الفعل، ويعرف
الفرق بينهما بأن كل ما يوصف به الله تعالى ولا يجوز أن يوصف بضده فهو من صفات ذاته كالعلم والقدرة،
وما جاز أن يوصف به وبضده فهو من صفات فعله كرحمته وغضبه. فما كان من صفات الذات إذا حلف به انعقدت
يمينه إلا في قوله وعلم الله فإنه لا يكون حالفا استحسانا، وذلك لأن صفات الذات لما لم يكن معنى غير الله صار

ذكرها ذكره فاذا قال وقدرة الله فكانه قال والله القادر فاما القياس في العلم كذلك لانه من صفات ذاته وانما استحسنوا
لان العادة ان العلم يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر لنا علمك فينا والمراد به معلومك ومعلوم الله تعالى غيره فلا يكون به حالفا
فاما اذا اراد الحالف العلم الذي هو صفات الذات انعقدت يمينه فان قيل فهلا قال ابو حنيفة مثل ذلك في القدرة لانهم
يقولون للشي المستعظم هذا قدرة الله وانظر الى قدرة الله في هذا قدرة الجواب ان المراد بهذا اللفظ
اثر قدرة الله وانما حذفوا المضاف واقاموا المضاف اليه مقامه الا ترى ان القدرة لا تشاهد ولانه لا يخلو اما ان يكون
المراد بالقدرة الموجود او المعدوم ولا يجوز ان يكون المراد به الموجود لانه خرج من ان يكون مقدورا الفعل ولا يجوز ان يريد
المعدوم لان ذلك لا يحلف به فلم يبق الا ان يريد القدرة التي هي الصفة وليس كذلك العلم لانهم يريدون المعلوم الموجود والموجود
لا يخرج عن ان يكون معلوما له فلذلك افترقا ۞ والفاظ القسم الاصل فيها الباء ثم الواو ثم التاء وذلك لان الباء في اسم الله تعالى
وفي غيره وفي المضمر والمظهر والواو اخص منها لانها لا توجد الا في اسم الله تعالى وانما قلنا ان الحلف بلفظ الباء ينعقد لقوله تعالى
يحلفون بالله ما قالوا ... واما الواو فلقوله صلى الله عليه والله لاغزون قريشا ... واما التاء فلقوله تعالى تالله لقد ارسلنا الى امم من
قبلك وقال عز قائلا تالله لاكيدن اصنامكم ۞ فاما اذا قال الله فهو يمين لما روي ان ركانة طلق امراته البتة فقال له عليه السلام
الله ما اردت الا واحدة ... ولان العرب تحذف بعض الكلمة على طريق التخفيف الا ترى الى قول الشاعر
فقلت لها قفي فقالت قاف ... وانما اراد وقفت فقوله الله المراد به والله ۞ فاما قوله لله لم يذكر في الكتاب
ويجب ان يكون يمينا لان اللام تقوم مقام الباء قال الله تعالى آمنتم له قبل ان آذن لكم ۞ وكذلك ان قال وربي او ورب
العرش او رب العالمين لانه من اسماء الله تعالى لا يشاركه فيها غيره فيكون به حالفا ۞ وكذلك ايم الله قال محمد
وايمن الله لان العرب تحلف بذلك قال ... ولان ايمن جمع يمين ومن قال علي يمين كان حالفا كذلك اذا ذكر لفظ الجمع ۞
قال وكذلك لعمر الله لان العمر هو البقا فكانه قال وبقا الله والبقا من صفات الذات وقد قال الله تعالى لعمرك انهم
لفي سكرتهم يعمهون وقال في الاصل اذا قال وامانة الله كان يمينا وقال ابن سماعة عن ابي يوسف لا يكون يمينا وذكر
الطحاوي عن اصحابنا جميعا انه ليس بيمين ووجه ما قال في الاصل انه ليس بشي بعينه يشار اليه بانه امانة الله فلم يبق
الا ان يريد به الصفة فكانه قال والله الامين ووجه ما ذكر الطحاوي ان امانة الله من فعله فصار كقوله ورحمة الله
وان قال ووجه الله فهو يمين روى ذلك ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة لان الوجه يذكر ويراد به الذات قال الله تعالى
ويبقى وجه ربك اي ذاته ... وروى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا قال ووجهه لا افعل كذا ثم فعله انها ليست بيمين
قال ابن شجاع لانها ليست من ايمان الناس وانما هو حلف السفلة يعني انهم يقصدون بذلك الجارحة وهذا يمين بغير الله
وقد روى معلى عن محمد اذا قال الرجل لا اله الا الله لا افعل كذا وكذا فليس بيمين الا ان ينوي يمينا وكذلك سبحان
الله والله اكبر لا افعل كذا وهذا صحيح لان العادة لم تجر بالقسم بهذا اللفظ وانما يذكر قبل الخبر على طريق التعجب
فاذا اراد به اليمين فكانه حذف حرف القسم فيكون حالفا ۞ قال وكذلك بسم الله اذا اعني به اليمين ۞ وقال
ابن رستم عن محمد وبسم الله يمين لان حرف القسم موجود ... وقال عمرو سالت محمدا عن قولهم وملكوت الله وجبروت الله فقال
هذا يمين هذا من تعظيم الله وهذا صحيح لانه من صفات الذات ۞ وقال الحسن في اثر حكايته عن ابي حنيفة
في رجل قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي بذلك يمينا فان نوى اليمين ثم كلمه حنث وعليه
الكفارة وهذا صحيح على اصل ابي حنيفة ان اللفظ يجوز ان يراد به النذر واليمين جميعا فاذا اطلقه كان نذرا
واذا نوى اليمين صار يمينا وقد قدمنا هذه المسالة ۞

باب القسم والشهادة والحلف

قال ابو الحسن اذا قال الرجل احلف او احلف بالله او اقسم او اقسم بالله او اشهد او اشهد بالله او اعزم او اعزم بالله
او علي نذر او نذر لله او علي يمين او يمين لله فذلك كله ايمان تجب الكفارة بالحنث فيها في قول اصحابنا جميعا غير ان
محمدا قال اذا قال اعزم او اعزم بالله لا اعرفه عن ابي حنيفة ۞ وقال زفر في قوله احلف او اقسم او اشهد
انه لا يكون يمينا الا ان يذكر اسم الله ۞ وقال الشافعي اذا قال احلف بالله او اشهد بالله لا يكون حالفا الا ان
يريد به اليمين ... واحتج ابو يوسف ومحمد في ذلك بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم ولم يذكر يحلفون بالله وقال
قالوا نشهد انك لرسول الله وقال اتخذوا ايمانهم جنة ... وقال اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا
يستثنون قال محمد فلا يكون الاستثنا الا في اليمين وهو لم يقل اقسموا بالله ... ولان العرب تحذف بعض
الكلام على طريق التخفيف فيكون ذلك كالمعلوم لان الحلف لا يكون الا به فكانهم ذكروه ۞ لزفر انه
يحتمل ان يكون اراد الحلف بالله ويحتمل غيره فلم يثبت اليمين بالشك ۞ واما على الشافعي فلان كل ما يختص به كفارة
اليمين اذا نوى اليمين تعلقت به الكفارة وان لم ينو كقوله والله ... وليس كذلك البدل لانه لا يختص به الكفارة وانما تتعلق
به الايجاب ... ولان العرب تعتاد اليمين بهذا اللفظ فجرى كالقسم ۞ فاما اعزم او اعزم بالله فالعزم هو
الايجاب والايجاب هو اليمين ... والذي قال محمد اني لا اعرفه عن ابي حنيفة فقد رواه الحسن عن ابي حنيفة ۞
واما قوله علي نذر او نذر لله فلان النبي صلى الله عليه قال من نذر نذرا سماه فعليه الوفا به ومن نذر نذرا لم يسمه
فعليه كفارة يمين ۞ وقال النذر يمين وكفارته كفارة يمين ... وروي ان عبد الله بن الزبير قال لتنتهين عايشة
عن بيع رباعها او لاحجرن عليها فبلغ ذلك عايشة فقالت او قال ذلك قالوا نعم فقالت لله علي نذر

ان كلمته ابدا فاعتقت عن يمينها عبيدا ۞ واما قوله علي يمين او يمين لله فانه صرح بايجاب اليمين على نفسه
واليمين لا يكون الا بالله ... ولان العرب تحلف بذلك ... قال امرؤ القيس فقالت يمين الله ما لك حيلة وما
ان ارى عنك الغواية تنجلي ۞ قال فان قال علي عهد الله او عهده او ميثاقه فهو يمين لقوله تعالى واوفوا بعهد
الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها فجعل العهد يمينا والذمة والميثاق في العهد في الكلام يجري مجرى
واحد ۞ وقد روي ان النبي صلى الله عليه كان اذا بعث جيشا قال في وصيته وان ارادوكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة
رسوله فلا تفعلوا وهذا يدل ان الذمة يمين ۞ وان قال هو يهودي او نصراني او مجوسي او بري من الاسلام ان فعل
ذلك فهو يمين ان حنث لزمته الكفارة ۞ قال ابو يوسف وذلك استحسان وقال الحسن عن ابي حنيفة اذا قال
انا بري من كل اية في المصحف ان فعلت كذا ففعله فعليه كفارة اليمين ۞ قال ابو الحسن كل ما يكون اعتقاده كفرا
واستحلاله مما لا يجوز ان تحله الشريعة ففيه الكفارة اذا حنث وكذلك روى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال انا اعبد
من دون الله او اعبد الصليب ۞ وقال الشافعي لا يكون ذلك يمينا ووجه القياس انه حلف بمعصية فصار كما لو
قال ان فعلت كذا فانا شارب خمر او آكل ميتة ووجه الاستحسان ان الكفر لا يجوز استباحته على التابيد
لحق الله فصار كحرمة اسمه ۞ ولان الايمان على ضربين قسم وشرط وجزا فاذا كان في القسم ما يوجب الكفارة
وهي ايجاب جاز ان يكون في الضرب الاخر مثله ... ولانه لفظ يختلف في كونه يمينا يقع به الفرقة اذا انضم اليه
غيره فجاز ان يتعلق به الكفارة كلفظ الحرام ... وليس هذا عند اصحابنا كمن قال هو زان او شارب خمر او آكل ميتة
لان هذا ليس بمحرم على التابيد الا ترى انه كان يجوز ان يباح بالشرع وقد ابيحت الميتة والخمر عند الضرورة ۞
واما اذا قال هو يهودي او نصراني ان فعل كذا لشي قد فعله فهذه يمين الغموس بهذا اللفظ قال محمد بن مقاتل
يكفر وكتب نصير بن يحيى الى ابي عبد الله محمد بن شجاع يسأله عن ذلك فقال لا يكفر وعن ابي يوسف انه لا يكفر ووجهه
ان الكفر يكون بالاعتقاد ولم يوجد ذلك وانما قصد اليمين ووجه قول ابن مقاتل انه علق الكفر بشرط
يعلم انه موجود فكانه اطلق قوله هو يهودي فيكون كافرا ۞ وقال معلى عن محمد اذا قال الية لا افعل
كذا او كذا او عزمت لا افعل كذا وكذا فهو يمين لان الالية هي اليمين ۞ قال الشاعر
قليل الالا حافظ ليمينه اذا بدرت منه الالية برت ۞ واما قوله عزمت معناه اوجبت والايجاب على
نفسه يمين ۞ فان قال عصيت الله ان فعلت كذا او عصيته في كل ما افترض علي فليس بيمين لان العاصي
قد يكون بما يحرم على التابيد وبما لا يحرم على التابيد وقد بينا ان ما لا يحرم على التابيد لا يصير به حالفا ... فان
قيل اذا قال عصيته في كل ما افترض علي دخل فيه الايمان قلنا العصيان في الايمان قد يكون بغير كفر
لان الفسق عصيان في الايمان وان كان ما يفسق به لا يصير به حالفا ۞

باب الحلف بغير الله

قال الشيخ رضي الله عنه الاصل في هذا الباب ان الحلف بغير الله معصية لا يجوز فعلها لما روي عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه سمع صوت
عمر وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال عليه السلام ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبايكم فمن كان منكم حالفا فليحلف
بالله او ليصمت وروي انه قال من حلف بغير الله فقد اشرك ۞ ولان الحلف تعظيم المحلوف وذلك لا
يستحقه الا الله تعالى واذا ثبت انه منهي عن الحلف به لم يلزمه به الكفارة لانه ليس بيمين ... ولانه لم يهتك
حرمة منع من هتكها على التابيد ۞ قال ابو الحسن واذا حلف الرجل فقال ودين الله او وطاعته او وشرايعه
او وانبيايه او وملايكته او وعرشه او وحدوده لم يكن حالفا لانه حلف بغير الله ... فاما حدوده فهي
الاوامر قال الله تعالى تلك حدود الله فلا تقربوها وامر الله غيره ... فاما الحلف بالانبيا فليس بيمين ومن الناس
من قال ان الحلف بالنبي صلى الله عليه يمين لنا قوله صلى الله عليه من كان حالفا فليحلف بالله ... ولانه حلف بغير الله
فصار كالحلف بالكعبة ولا يقال ان حرمة النبي لا يجوز هتكها لانه يبطل بحرمة الكعبة والمصحف ۞ وكذلك
لو قال وبيت الله او حلف بالكعبة او بالمشعر الحرام او بالصفا او بالمروة او بالصلاة او الصيام او الحج وذلك
لان هذه المعاني غير الله واليمين بغير الله لا يعتد بها ۞ وقد روى ابن رستم عن محمد فيمن قال وعبادة الله
وحمد الله فليس بيمين لان العبادة والحمد فعل منك وكل فعل يكون منك فليس بيمين ۞ فاما اذا حلف
بالقران او بالمصحف او بسورة من القران فلا كفارة عليه لان القران غير الله وقد روي عن النبي صلى الله عليه انه قال
لا تحلفوا بآبايكم ولا بالطواغيت ولا بحد من حدود الله ولا تحلفوا الا بالله ومن حلف له بالله فليرض ومن لم يرض
فليس منا ... وكذلك الحلف بالحجر الاسود والقبر والمنبر لانه حلف بغير الله وكذلك لا يحلف بالسما
والارض ولا بالشمس ولا بالقمر ولا بالنجوم ولا بغيرها ۞ قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يحلف الا بالله متجردا بالتوحيد
والاخلاص وكذلك قال في الاصل فيمن حلف برحمة الله او بغضبه لان رحمة الله يعبر بها عن الجنة قال الله تعالى
ففي رحمة الله هم فيها خالدون والجنة غير الله والغضب هو العقاب والنار وذلك ليس بيمين ۞ قال
بشر في نوادره عن ابي يوسف لا ينبغي ان يدعو الله الا به وقال لانه لا حق على الله لغيره فيقسم عليه بذلك ۞
وكذلك لو قال وحق ابي او وحق الرب وهذا لما قدمناه ۞ ولو قال وحق الله لم يكن يمينا في قول ابي حنيفة ومحمد

والاخرى الروايتين عن ابي يوسف فروي عن ابي يوسف رواية اخرى انه يكون يمينا ووجهه قولهما ما روي ان النبي صلى الله عليه سئل عن حق الله على عباده فقال ان يعبدوه ولا يشركوا به شيئا واذا كان الحق عبادة من الطاعات صار كانه قال والعبادة من الطاعات لا افعل كذا ووجه قول ابي يوسف ان الله تعالى يوصف بانه الحق وهو اسم الله فاذا قال وحق الله فكانه قال والله الحق. ولو دعا على نفسه فقال عليه غضب الله او سخطه او لعنته او عذابه ان فعل كذا لم يكن يمينا وذلك لان السخط والغضب هو العقاب ومن قال عليه عقاب الله او عذابه لم يكن حالفا. ولو قال وسلطان الله فان محمدا قال لا ادري ما هذا من حلف بهذا كانه لم يجعله يمينا وهذا على وجهين ان اراد بالسلطان القدرة كان حالفا وان اراد المقدور لم يكن حالفا لانه حلف بغير الله.

باب ذكر اسم الله في الحلف ما يكون منه يمينا واحدة وما يكون

قال رضي الله عنه ذكر محمد في الجامع الكبير اذا ادخل بين اسمين حرف عطف كان يمينين مثل ان يقول والله والرحمن او والله والرحمن وان ذكرهما بغير حرف عطف فقال والله الله او والله الرحمن كانت يمينا واحدة في الوجهين وهي رواية ابن سماعة عن ابي يوسف ووجه ما ذكر في الجامع انه لما عطف احد الاسمين على الاسم الاخر والعطف غير المعطوف عليه كان كل واحد منهما يمينا بانفراده وليس كذلك اذا لم يعطف لان احد الاسمين يصير صفة للاسم الاخر وتاكيدا له فكانا يمينا واحدة ولهذا استحلف القاضي بالاسماء والصفات على وجه التاكيد من غير حرف العطف لان المستحق على المدعى عليه يمين واحدة ووجه الرواية الاخرى ان حرف العطف قد يستعمل في الصفة وفي الاستيناف الا ترى انك تقول هذا الفاضل والعالم فاحتمل انه اراد يمينا واحتمل انه اراد الصفة فلم تثبت يمينا بالشك. قال ابن رستم عن محمد قال ابو يوسف اذا قال والله لا افعل والله لا افعل فهما يمينان لانه لما اعاد المحلوف عليه مع الاسم الثاني دل انه اراد يمينا اخرى ولو اراد التاكيد لم يعد الفعل. قال ابو الحسن اذا قال والله لا اكلم فلانا والله لا اكلم فلانا فهو يمينان الا ان يكون نوى ان اليمين الثانية اعادة الاولى لان الحكم الذي يتعلق باليمين الكفارة فاذا قال اردت بالكلام الثاني الخبر فقد نوى ما يحتمله كلامه وان كان خلاف الظاهر فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى. وقال المعلى عن ابي يوسف في رجل حلف في مقعد واحد بعشرة ايمان او اكثر او اقل في امر واحد قال سالت ابا حنيفة عن ذلك فقال لكل يمين كفارة ومقعد واحد ومقاعد مختلفة واحد وذلك لان الكفارة تجب لحرمة الاسم وكل يمين قد افرد فيها الاسم فتتعلق بها الكفارة. ولان التداخل يكون فيما يثبت فيه الشبهة والايمان لا تؤثر فيها الشبهة فلم يقع فيها التداخل. قال فان عنى اليمين الاولى فهي يمين واحدة اذا كان الحلف بحج او عمرة او بدنة او هدي وكل يمين قال علي حج او كذا فهذا يستقيم ان ينوي بالثانية الاولى فاذا قال والله لم يستقم ان ينوي بالثانية الاولى قال ابو يوسف هو قول ابي حنيفة واحسن ما سمعت في ذلك وهذا صحيح لان اليمين اذا كانت بالايجاب فلفظها لفظ الخبر فاذا اراد بالثانية الخبر عن الاولى صح فاما القسم فالموجب عليه ليس في لفظه وانما يتعلق بحرمة الاسم فيتعلق بكل اسم حكم ولا يصدق انه اراد بالثانية الاولى لانه ليس بخبر وانما هو في حكم الموقع وعلى هذا روى ابن سماعة قال سمعت محمدا قال في رجل قال هو يهودي ان فعل كذا او نصراني ان فعل كذا او هو مجوسي ان فعل كذا او هو مشرك ان فعل كذا الشيء واحد قال عليه لكل شيء من ذلك يمين وان قال هو يهودي هو نصراني هو مجوسي فهي يمين واحدة وهذا على ما ذكرنا انه اذا ذكر المحلوف به مع الفعل ثم اعاده فالثاني غير الاول في قولهم واذا ذكر المحلوف به وكرره من غير عطف فهي يمين واحدة في قولهم. وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال اليمين على نية المستحلف اذا كان مظلوما واذا كان ظالما فعلى نية المستحلف. قال ابو الحسن وهو قول اصحابنا جميعا واما الذي قاله ان كان الاستحلاف على الماضي فهو صحيح لان الواجب باليمين الاثم فمن كان ظالما فهو اثم في يمينه وان نوى غير ما حلف عليه لانه توصل باليمين الى ظلم غيره وقد روى ابو امامة ان رسول الله صلى الله عليه قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة واوجب له النار فقيل له وان كان شيئا يسيرا قال وان كان قضيبا من اراك قالها ثلاثا. وروي ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه قال من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان. واما اذا كان مظلوما فهو لا يقتطع بيمينه حقا فاذا نوى به غير الظاهر لم ياثم بيمينه. واما اليمين على المستقبل فاذا قصد بها الحالف معنى دون معنى فهو على نيته دون نية المستحلف لانه هو العاقد فينعقد بنيته ما ينويه.

باب معرفة شروط الايمان

قال ابو الحسن رحمه الله شروط الايمان التي تتعلق بالافعال ستة ان واذا واذا ما ومتى ومتى ما وكلما وهي تتعلق بالافعال المستقبلة او بذكر الافعال المستقبلة ولا تتعلق بالماضي من الافعال ولا بالاسماء. قال رضي الله عنه والاصل في هذا ان اهل اللغة قالوا ان اصل الشرط ان وما سواها داخل عليها لانه ليس فيها معنى الوقت فهو شرط محض وما سواها فيه معنى الوقت والدليل على انها شرط ان الافعال تليها والشرط انما يكون شرطا للفعل الا ترى انها ماخوذة من العلامة فكانه جعل علامة لتعلق الحنث بالفعل فاما اختصاصها بالافعال المستقبلة لان الشرط ما جاز ان يوجد وجاز ان لا يوجد وهذا المعنى لا يكون في الماضي وانما يكون في المستقبل. وانما اختصت الشروط بالافعال دون الاسماء لان الافعال هي التي يجوز ان يعقد عليها فيتعلق الجزاء بوجودها او بنفيها والاسم لا يجوز ان يتعلق به الجزاء فلم يكن متعلقا بالشرط ولهذا قالوا ان كل ليست بشرط في الحقيقة لان الاسم يليها ولا يليها الفعل الا انها في معنى الشرط فيما ذكره من الافعال على الاسماء التي وقعت عليها كل فيكون ذلك الفعل بمعنى الشرط وهذا كقول الرجل كل امراة اتزوجها وكل عبد اشتريه فيكون ذلك بمعنى الصفة فكانه اعتق او طلق من حلف عليه وليست بشرط صحيح لانها لا تلي الافعال التي يكون الجزاء مستحقا بها الا ترى انك لا تقول كل تزوجت وكل دخلت والاحرف الستة شرط الوقوع الجزاء تقول عبدي حر ان دخلت الدار او ان دخلت الدار فعبدي حر فهي لازمة للشرط تقدم الجزاء او تاخر. قال ابو الحسن اذا قال ان دخلت الدار او اذا دخلت الدار او اذا ما دخلت الدار او متى دخلت الدار او متى ما دخلت الدار او كلما دخلت الدار فعبده حر او فلانة طالق او عليه حجة او بدنة او هدي او صيام او صدقة او سائر ما يوجبه بالدخول فهو عقد صحيح في قول اصحابنا جميعا وهذا على ما قدمنا ان الشرط والجزاء يمين شرعية تنعقد كما تنعقد اليمين التي هي قسم ويجب الجزاء عند وجود شرطها كما يحصل الحنث في اليمين التي هي القسم وقد ورد القرآن بوجوب النذر المعلق بالشرط لقوله تعالى ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن. قال ابو الحسن وكذلك اذا دخلت هذه الحروف على سائر الافعال منه ومن غيره فذلك كله سواء وسبيلها سبيل واحد في تعلق الجواب ولزومه لان الشرط يختص بالافعال فعله وفعل غيره سواء ولانه يعقد اليمين على فعله ليمتنع وكذلك يعقدها على فعل الغير ليمتنع. قال واذا كان الفعل مرة حنث ولم يعد عليه حنث وان فعل ذلك الفعل مرة اخرى الا في قوله كلما فانه يتكرر عليه الحنث اذا كرر الفعل الذي حلف عليه وانما حنث بوجود الفعل مرة واحدة لانه شرط الحنث الا ترى انه عقد على جنس الفعل دون عدده فاذا وجد تعلق به الجزاء وليس في اللفظ ما يفيد التكرار فانحلت اليمين فاذا اعاد الفعل ولا يمين لم يتعلق به حنث. واما كلما فانها تفيد التكرار الا ترى الى قوله تعالى كلما اوقدوا نارا للحرب اطفاها الله وكلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها ففهم من ذلك التكرار. ولان كلما فيها معنى الجمع فتجمع الافعال كلها فيصير كل فعل معقودا عليه فيتعلق الحنث بالثاني كالاول وبقية الشروط ليس فيها معنى الجمع فاعتبر فيها جنس الفعل. واما اذا كان الجزاء الطلاق والشرط بلفظة كلما فيتكرر الطلاق بتكرر الحنث حتى يستوفي طلاق الملك الذي حلف عليه فان تزوجها بعد زوج لم يحنث لان ذلك الطلاق الذي ملكه بالعقد لم يكن في ملكه يوم حلف ولا اضاف يمينه اليه ولا هو تابع لما كان في ملكه حين حلف فلم يتعلق به اليمين. فان اضاف اليمين الى الملك الثاني او الى الملك الثالث حنث بوجود الفعل ابدا مثل ان يقول كلما تزوجتك فدخلت الدار فانت طالق فقد بينا انها ليست بشرط محض وقد بينا كيفية تعلق الجزاء بها لانها تجمع الاسماء دون الافعال لان التي تليها الاسم فيتكرر الحنث بما دخلت عليه كما يتكرر لفظه كلما الحنث بتكرار الفعل الذي دخلت عليه. فاما الفعل في كل فلم يدخل عليه وانما هي صفة فلا يتكرر الحنث بتكراره. قال اذا علق هذه الشروط على افعال اضافها الى الاوقات فقال انت طالق اذا جاء غد او مضى غد او جاء رمضان او ذهب رمضان او دخل رمضان او خرج رمضان فلا يقع الجواب الا بوجود الشرط وذلك لان مجيء الغد وذهابه فعل الله تعالى وقد بينا ان حروف الشرط اذا دخل على فعل الحالف او فعل غيره فهو سواء. قال وان علق ذلك بالوقت دون الفعل فذلك طلاق موصوف وليس بمشروط ولا يكون ذلك يمينا عند اصحابنا وهذا كقوله انت طالق غدا او في رمضان وذلك لان الشروط لا تدخل على الافعال ولم يذكر فعلا وانما جعل الزمان ظرفا للطلاق واليمين هو الشرط والجزاء فلم يكن حالفا الا انه اوقع طلاقا موصوفا فيقع على صفته كمن قال انت طالق باين ولهذا لا يقع قبل الوقت لانه لو وقع لم يقع على صفته. فاما اذا ادخل هذه الشروط على التمليك فقال انت طالق ان شئت فليس ذلك بشرط وانما يدخل حرف الشرط ليدل على الجواب الذي يقتضيه التمليك بين ذلك ان من قال بعتك هذا الشيء بعشرة اقتضى جوابا في المجلس. فان ادخل على التمليك حرف شرط فقال بعتك بعشرة ان قبلت لم يستفد بدخول الشرط فايدة فصار وجوده وعدمه في اقتضاء الجواب سواء. واما ايجاب الطلاق والعتاق فلا يوجب ملك الايقاع وان لم ينضم اليه القبول فاذا ملكه غيره ادخل حرف شرط ليدل على التمليك فيقف الجواب على المجلس بحكم التمليك لا بحكم الشرط الا ترى ان الشروط لا تختص بالمجلس.

باب عطف الشروط بعضها على بعض

قال ابو الحسن اذا قال الرجل لامراته انت طالق ان دخلت هذه الدار وهذه الدار او قال ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فانت طالق او قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق وهذه الدار فذلك سواء ولا يقع الطلاق الا بدخول الدارين جميعا الى اي الدارين دخلت اولا وتقديم الطلاق في الحلف على الشرطين وتاخيره عنهما وتوسطه بينهما سواء وذلك لانه اذا قال انت طالق ان دخلت الدار وهذه الدار فالواو للجمع فكانه قال ان دخلتهما

وكذلك ان خلا مر الشرط لان الجزا متعلق بالشرط فتقدمه وتاخيره سوا واما اذا توسط الجزا فقال ان دخلت هذه الدار فانت طالق وهذه الدار فلان العطف يكون على جنسه ولا يكون على غير جنسه فلم يصح عطف الشرط على الجزا فصار معطوفا على الشرط ه فان قال ان دخلت هذه الدار فهذه الدار فانت طالق او قال انت طالق ان دخلت هذه الدار فهذه الدار او قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق فهذه الدار فذلك كله سوا لا يقع الطلاق الا بدخول الدارين جميعا الا ان دخول الدار الثانية يكون بعد الاولى والا لم يقع الطلاق وذلك لان الفا من حروف العطف كالواو الا انها تفيد التعقيب فلا بد من دخول ما دخلت عليه الفا بعد الاخرى وليس كذلك الواو لانها تفيد الجمع ولا تفيد تقدم احدى الدارين على الاخرى ه وعلى هذا لو عطف بثم فقال انت طالق ان دخلت هذه الدار ثم هذه الدار لان ثم تترتب كالفا الا انهم اختلفوا في ان الفا تفيد التعقيب وثم للتراخي وقد استويا في العطف والترتيب ه فان قال انت طالق ان دخلت هذه الدار او هذه الدار او قال ان دخلت هذه الدار او هذه الدار فانت طالق او قال ان دخلت هذه فانت طالق او هذه الدار فذلك كله سوا واي الدارين دخلت طلقت لان او تقتضي التخيير فصار كل فعل على حياله شرطا في الطلاق بايهما وجد وقع ه قال والحروف التي في هذا كلها سوا لانها موضوعة للشرط فافادت كل واحدة منها ما تفيد الاخرى ه

ومما يضاف الى هذا الباب

اذا اعاد حرف العطف مع الفعل فقال ان دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار او اذا دخلت هذه الدار ودخلت هذه او متى ما او اذا ما فهو سوا والشرط دخول الدارين وذلك لما ذكرنا ان الواو للجمع فاقتضى جميع الشرطين ولا فرق بين اعادة الفعل او تركه لانه هو المراد في الحالين ه وان كرر الفعل بالفا فقال ان دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الاخرى فانت طالق فان ابا يوسف فرق بين الفا في هذا الوجه وبين الواو فجعل اليمين في الواو متعلقة بالفعلين لا يبالي بايهما بدا وجعل الفا لا يقع الحنث حتى يكون الفا اخيرا فان دخلت الدار الثانية قبل الاولى ثم دخلت الاولى لم يحنث ذكره ابن سماعة عن ابي يوسف وهذا على ما قدمنا ان الواو تفيد الجمع فيقتضي وجود الفعلين من غير ترتيب والفا تقتضي التعقيب فلا بد من تاخر الفعل الثاني عن الاول ه وقد ذكر ابن سماعة عن محمد في هذا زيادة تفصيل فقال في رجل قال لامرأته ان دخلت دار فلان فدخلت هذه الدار فانت طالق ولم يدخل بها ثم طلقها فدخلت دار فلان ثم تزوجها فدخلت الدار الثانية لم تطلق لانه لما دخلت الدار الاولى فصار حال الفا بمنزلة طلاق امراة لا يملكها فلا تطلق اذا دخلت الدار الثانية وهي امراته فكانه جعل دخول دار فلان شرط اليمين وجعل ما بعد الفا جواب الشرط الاول ومعقبها الفعل الاول فاعتبر وجود الملك عنده ه وقد ذكر ابو يوسف في مسالة اخرى مثل هذا فقال اذا قال لامرأتين له اذا غشيت هذه فغشيت هذه الاخرى فعبدي حر فليس الحلف على الاولى انما تنعقد عليه اليمين في الثانية اذا غشي الاولى وتكون موليا من الثانية اذا غشي الاولى والفا في هذا الموضع لا تشبه الواو وهذا على انه جعل غشيان الاولى شرطا لانعقاد اليمين ه فان عطف حرف الشرط مع الفعل جميعا فقال انت طالق ان دخلت هذه الدار وان دخلت هذه الدار او قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق وان دخلت هذه الدار فان ابا يوسف ومحمدا قالا اي الدارين دخلت طلقت وسقطت اليمين ولا تطلق بدخول شيئا لانه لما استانف حرف الشرط مع الفعل صار ذلك يمينا اضمر فيها الجزا فكانه قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق وان دخلت هذه الدار فانت طالق ه فان اخر الطلاق وجمع بين الشرطين فقال ان دخلت هذه الدار وان دخلت هذه الدار فانت طالق فانها لا تطلق حتى تدخل الدارين جميعا وهو قول محمد رواه عنه ابن سماعة وقاله في الجامع الكبير وهي احدى الروايتين عن ابي يوسف وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه سوى بين ذلك فقال اي الدارين دخلت طلقت ووجه قول محمد انه لما عطف الشرط على الشرط قبل الجزا دل على انها يمين واحدة الا ترى ان الكلام الاول لم يتم فكانه عطف الفعل على الفعل من غير حرف شرط وليس كذلك الفصل الاول لان اليمين تمت بذكر الجزا فلما استانف حرف الشرط مع الفعل دل على انه كلام مبتدا ه ووجه قول ابي يوسف ان تقدم الجزا وتاخيره عن الجزا سوا فكما لو قدم الجزا ثم ذكر دخول الدار الثانية تعلق الجزا بكل واحد منهما على الانفراد فكذلك اذا قدمهما ه ولو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا او فكلمت فلانا فعبد من عبيدي حر فدخلت الدار ثلث دخلات وكلمت فلانا مرة لم يعتق الا عبد واحد لانه جعل شرط العتق دخول الدار وكلام فلان فاذا تكرر احد الشرطين ووجد الآخر مرة واحدة فهو تمام شرط يمين واحدة ووجد بعض شرط الاخرى فلا يعتق الا واحد ه ولو قال كلما دخلت هذه الدار فان كلمت فلانا فانت طالق فان دخلت الدار ثلث دخلات ثم كلمت فلانا طلقت امراته ثلثا وذلك لان ما بعد الفا جواب لما قبلها فصار دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين فقد انعقد عليها بتكرار الدخول ثلث ايمان والفعل الواحد قد يكون شرطا لايمان كثيرة فيحنث في جميعها ه وقال ابن سماعة عن ابي يوسف لو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فانت طالق فهذا عليهما جميعا فان دخلت الدار ثلث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت واحدة لان الواو للجمع فصار الدخول والكلام شرطا وتكرار بعض الشرط لا يتعلق به حنث ه فاذا عادت وكلمت فلانا قبل ان تدخل الدار الرابعة طلقت لانه تم شرط يمين اخرى فوقعت عليها تطليقة اخرى ه فان كلمت فلانا الثالثة طلقت اخرى لتمام شرط اليمين الثالثة ه قال وكذلك لو بدات بكلام فلان فكلمته ثلث مرات ثم دخلت الدار دخلة طلقت واحدة فان عادت فدخلتها اخرى قبل الكلام الرابع طلقت اخرى

فان عادت فدخلت الثالثة طلقت ايضا لانه لا فرق بين تقدم احد الشرطين على الآخر ه قال ابن سماعة عن ابي يوسف ولو قال كلما دخلت هذه الدار فان كلمت فلانا فانت طالق فان اليمين في هذا انما تنعقد بدخول الدار فكلما دخلت دخلة انعقدت اليمين فان كلمت فلانا طلقت فان عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلانا طلقت اخرى ه ولو بدات فدخلت الدار ثلث دخلات ثم كلمت فلانا طلقت ثلاث مرات لكل دخلة تطليقة وذلك لان دخول الدار شرط لانعقاد اليمين فاذا انعقدت عليها ايمان انحلت بشرط واحد ه قال ولو بدات بكلام فلان في هذه المسئلة لم تنعقد به يمين ولم يقع بها طلاق حتى تكلم فلانا بعد دخول الدار لانها ما لم تدخل لم تنعقد يمين فلا يقع بالكلام طلاق ه قال وسمعت ابا يوسف قال ولو قال كلما دخلت هذه الدار فكلما كلمت فلانا فانت طالق فهذا عليها وعلى الفا اخرى فان بدات فدخلت الدار ثلث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت ثلاثا ولو دخلت الدار دخلة ثم كلمت فلانا ثلث مرات طلقت ثلاثا لان اليمين تنعقد بدخول الدار فاذا تكرر شرطها تكرر الحنث لان كلمة كلما للتكرار ه ولو نسق على الجزا فقال كل امراة اتزوجها فهي طالق وفلانة لامراة له قال بشر وابن سماعة روينا عن ابي يوسف ان امراته تطلق الساعة ولا ينتظر ان يتزوج وذلك لان كل ليس بشرط على ما قدمنا وانما هو صفة وقد دخل الفقه على من دخل عليه كل ثم عطف فلانة عليه غير موصوفة فوقع عليها الطلاق في الحال وانعقدت اليمين على سواها ه ولو قال كل امراة من نسائي تدخل هذه الدار فهي طالق وعمرة لانه سمى بعض نسائه فان الطلاق يقع عليها قبل الدخول فان دخلت الدار وهي في العدة طلقت ايضا لانها دخلت في الشرط بقوله كل امراة من نسائي فلما نسقها على الجزا اقتضى ذلك طلاقا عليها غير متعلق بشرط لانه لم يصفها وقد دخلت في الصفة بقوله كل امراة من نسائي لم تنفرد بقوله وعمرة فوقعت عليها تطليقة ه ولو قال انت ومن دخل الدار من نسائي طالق كانت طالقا الساعة سكت وذلك لان من ليس بشرط فقد اوقع الطلاق عليها وعلى من يتصف بدخول الدار من نسائه فوقع الطلاق عليها في الحال لانه ذكرها غير موصوفة ودخلت في الصفة بقوله ومن دخل الدار من نسائي ه ولو قال لامرأته انت طالق وفلانة ان تزوجتها لم يقع الطلاق على امراته حتى يتزوج بالاخرى وذلك لان ان شرط فلما عطف على الجزا الشرط تعلق به لانه لا فرق بين تقدم الجزا وتاخيره فكانه قال انت وفلانة ان تزوجتها طالقان ه ولو قال رجل لعبده انت حر ومن دخل الدار من عبيدي عتق الاول فان عني عتقه بدخول الدار لم يدين في القضاء على ما بينا ان من ليس بشرط وانما هو صفة فقد اوقع العتق على عبد لم يصفه بصفة ثم اوقع على عبد موصوف فيعتق الاول في الحال ه وقال محمد في الجامع الكبير في رجل له امراتان قال لاحديهما انت طالق ان دخلت هذه الدار لا بل هذه او قال انت طالق ان شئت لا بل هذه فان دخلت الاولى الدار طلقتا جميعا ولا تطلق الثانية قبل ذلك وهذا على ما بينا انه علق طلاق الاولى بشرط وقوله لا رجوع وبل للاستدراك وهو لا يملك الرجوع عن اليمين ويملك تعليق طلاق الثانية بشرط فتعلق به ه قال معلى سمعت محمدا في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لا بل غلامي فلان حر قال يعتق عبده الساعة وذلك لانه لما استانف قوله لا بل غلامي حر فقد ذكر كلاما مستقلا لا يفتقر الى ما تقدم فتعلق الحكم به ولم يعتبر فيه الشرط ه ولو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لا بل فلانة يعني الثانية امراته فان امراته لا تطلق الساعة لان الكلام الثاني غير مستقل فتعلق بالشرط ه ولو قال لعبده انت حر ان دخلت الدار لا بل فلان لعبد له آخر لم يعتق الثاني الا بعد دخول الدار لانه استدرك بكلام غير مستقل فتعلق بالشرط ه وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره ولو ان رجلا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق لا بل هذه قال اذا دخلت الاولى الدار طلقتا ثلثا ثلثا وذلك لان قوله لا بل هذه كلام غير مستقل فاضمر فيه الشرط فتعلق الجزا بالثانية كما تعلق بالاولى ه ولو قال انت طالق وطالق وطالق لا بل هذه وقعت على الثانية واحدة وعلى الاولى ثلث لانا نضمر في الثاني ما يستقل به الكلام والكلام يستقل باضمار تطليقة الا ترى ان التطليقات هاهنا متفرقة فكانه قال لا بل هذه طالق وفي الفصل الاول الكلام كله متعلق بالدخول فكانه جمعه ه قال ولو قال لامراته انت طالق ان كلمت فلانا لا بل هذه كان على الكلام لا على الطلاق لانه نسقها على الكلام فتعلق طلاقها بكلام فلان ه فان قال ان كلمت فلانا فانت طالق لا بل هذه فقوله لا بل هذه على الطلاق لانه نسقها على الجزا فتعلق طلاقها بما تعلق به طلاق الاخرى ه واما اذا عطف اليمين على اليمين ثم استثنى بعدهما فقال ابن سماعة وبشر عن ابي يوسف في رجل قال لامراته عمرة طالق ثلثا ان دخلت الدار وزينب طالق واحدة ان كلمت فلانا ان شاء الله فهو في القضا على الآخرة فان اراد هما جميعا دين فيما بينه وبين الله ه وقال محمد في الجامع الكبير الاستثنا على اليمينين جميعا ه قال رضي الله عنه جملة هذا انه اذا ذكر ايقاعين ثم استثنى فالاستثنا عليهما في قولهم مثل ان يقول زينب طالق وعمرة طالق وعبدي حر ان شاء الله لان الكلام واحد معطوف بعضه على بعض فرجع الاستثنا الى جميعه بدلالة قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم فرجع الاستثنا الى الجميع ه واما اذا عطف جملة على جملة فعند ابي يوسف يرجع الاستثنا الى الجملة الثانية وقال محمد اذا عطف احدهما على الاخرى ولم يفصل بينهما بسكوت رجع اليهما وكان ابو الحسن يقول ان مذهب ابي يوسف ان الاستثنا في حكم الشرط لانه لفظ شرط ولو عقب الجملتين بشرط رجع الى الثانية فكذلك هاهنا واما محمد فعنده ان الاستثنا لرفع الكلام بدلالة انه لا يتوصل الى العلم بهذه المشيه

ولا يجوز أن تنصرف الشرط إليهما فكذلك إذا وقع الكلام مختص بإحدى الجملتين دون الأخرى لأنهما كلام واحد أما إذا لم يعطف إحدى الجملتين على الأخرى فقال زينب طالق إن دخلت الدار عمرة طالق إن كلمت فلانًا فإن الاستثناء يختص بالجملة الأخيرة لأنه لما لم يعطف إحدى الجملتين على الأخرى لم يتعلق بعضهما ببعض وكل واحدة من الجملتين منفردة بنفسها وكذلك إذا فصل بين الجملتين بسكوت وجاء بحرف العطف لأن السكوت يفصل أحد الكلامين من الآخر فلا يعود الاستثناء إلى الأولى وقد قال في رواية الإيقاع أن الاستثناء يعود إليهما في القضاء وأما الجملتان إذا عطف إحداهما على الأخرى ولم يفصل بسكوت فإن الاستثناء عند أبي يوسف يرجع إلى الأولى فيما بينه وبين الله لأنه كلام واحد وإذا فصل بين الجملتين بسكوت لم يصدق فيما بينه وبين الله أنه رد الاستثناء إلى الأولى لأن الكلام الثاني منقطع عنه والاستثناء المنقطع لا يتعلق به حكم وهذا الذي ذكرنا هو المشهور وقد روى بشر عن أبي يوسف أن الجمل إذا عطف عليها الإيقاع فقال عمرة طالق إن دخلت الدار وزينب طالق كانت يمينًا واحدة إن دخلت الدار طلقتا جميعًا والاستثناء عليهما جميعًا وذلك لأنه يحتمل أن يكون طلاق زينب في الحال ويحتمل أن يكون علق طلاقها بشرط فلم يقع في الحال بالشك وإذا تعلق بالدخول صار جملة واحدة فرجع الاستثناء إلى جميعها وعلى ذلك قال في قوله عمرة طالق إن دخلت الدار فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى فإن الطلاق يقع على التي تزوج قبل الدخول ولا يقع على التي تزوج بعد الدخول وكذلك ذكر محمد في الجامع الكبير لأنه جعل دخول الدار شرطًا في وقوع الطلاق على امرأة موصوفة بأنه تزوجها بعد اليمين فمن كانت بهذه الصفة عند الدخول بهذه الصفة وقع عليها الطلاق ومن تزوجها بعد الدخول لم توجد فيها الصفة عند الشرط فلا تطلق فكأنه قال كل امرأة لي فهي طالق إن دخلت الدار فدخلت الدار ثم تزوج لم تطلق. قال فإن كان نوى بالدخول فقال إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى فإن الطلاق يقع على التي تزوج بعد دخول ولا يقع على التي تزوج قبل الدخول لأنه جعل دخول الدار شرطًا لانعقاد اليمين فكأنه قال عند الدخول كل امرأة أتزوجها فلا يدخل في ذلك ما تزوج من قبل. قال أبو يوسف فإن نوى ما تزوج قبل اليمين وبعد في المسألتين جميعًا فليس يقع على ما نوى ولا ما منه ذلك لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه. قال بشر ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن دخلت الدار فدخل الدار ثم تزوج لم يقع الطلاق فإنه دخل الدار إنما وقع الطلاق وذلك لأنه عقد اليمين على دخول بعد التزوج فالدخول قبل غير معقود عليه فلم ينحل به اليمين فإذا وجد الدخول الثاني هو المعقود عليه وقع به الطلاق. قال أبو الحسن وإذا قال كل امرأة أتزوجها إلى سنة فهي طالق أو قال في الوجهين جميعًا كلما فذلك كله سواء يقع الطلاق على من تزوج في الوقت قبل الكلام وبعده إذا بدأ بالتزوج وإذا بدأ بالكلام ووقت وقع على ما بعد الكلام والتوقيت وعند التوقيت إذا بدأ بالكلام سواء وإذا بدأ بالتزوج فهو مختلف وروى ذلك ابن سماعة عن أبي يوسف في الإملاء وقال محمد في الجامع الكبير وذلك لأنه إذا قال كل امرأة أتزوجها إلى سنة فلا بد للتوقيت من فائدة ولو اختصت اليمين بما تزوج قبل الكلام بطل حكم التوقيت فلذلك وقع على الأمرين وأما إذا قال إن كلمت فلانًا فكل امرأة أتزوجها فقد جعل الكلام شرطًا لانعقاد اليمين فلا تعلق بمن تزوجها قبل العقد حكم ويكون فائدة التوقيت تخصيص العقد بمن تزوج في المدة دون ما بعدها.

باب لو وإذا جعلت شرطًا

قال ابن سماعة سمعت أبا يوسف قال لو قال الرجل لامرأته أنت طالق لو دخلت هذه الدار لم تطلق وهذا بمنزلة قوله إن دخلت الدار فكل شيء لا يقع فيه الطلاق بقوله إن دخلت الدار وإذا دخلت الدار فإنه لا يقع فيه الطلاق إذا كان مكان إن لو وإذا ومتى والأصل في ذلك أن لو كلمة لترقب الشيء في المستقبل عند وجود ما دخل عليه حرف لو وهذا معنى الشرط فلذلك توقف الطلاق على دخول الدار وهذا ليس بشرط في الحقيقة وإنما توقف الطلاق على الدخول لما في اللفظ من معنى الترقب وقوله لو هو أن لا يريد به أنها مشروطة وإنما يريد به أنها لم تكن في الطلاق لا يقع قبل الدخول. ولو قال لامرأته أنت طالق لو حسن خلقك سوف أراجعك فإن الطلاق يقع الساعة وذلك لأن لو إنما دخلها على ترقب الرجعة فوقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق إن حسن خلقك راجعتك ولذلك لو قال أنت طالق لو قدم أبوك لراجعتك أو أقام راجعتك كما لو قال أنت طالق إن دخلت الدار راجعتك وليس هذا بيمين وإنما هو عدة وخبر ومعاينته في بعضه. وقال ابن سماعة قال أبو يوسف إذا قال أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك لم تطلق الساعة وإن دخلت الدار لم تطلق حتى يطلقها فإن لم يطلقها طلقت قبل موته أو موتها بلا فصل وذلك لأن هذا رجل حلف بطلاق امرأته ليطلقنها إذا دخلت الدار فهو كقوله عبدي حر لو دخلت الدار لأضربنك فهذا حلف بعتق عبده ليضربنها إن دخلت الدار فإذا دخلت مرة لزمه أن يطلقها فإذا مات أو ماتت فقد فات شرط الترتيب آخر جزء من أجزاء الحياة فيقع الطلاق كمن قال أنت طالق إن لم آت البصرة فمات قبل أن يأتيها طلقت في آخر جزء من أجزاء حياته.

باب لولا إذا جعلت شرطًا

قال أبو الحسن قال المعلى عن محمد إذا قال لامرأته أنت طالق لولا دخولك الدار أو قال أنت طالق لولا مهرك علي أو قال أنت طالق لولا شرفك فهذا كله استثناء ولا يقع عليها الطلاق وكذلك لو قال لولا الصهر والأصل في هذا أن لولا يمتنع بها الشيء لوجود غيره قال الله تعالى ولولا رهطك لرجمناك وتقول لولا المطر لجئتك فصار كأنه قال لولا دخول الدار لطلقتك ولا يقع عليها الطلاق وكذلك لو قال قد طلقتك لولا دخولك الدار وكذلك لو قال لولا دخولك الدار قد طلقتك

أمس أو كان مكان قد لغو في هذه الوجوه كلها وهذا كله استثناء وكذلك أنت طالق أمس لولا دخولك الدار. فأما قول أبي الحسن إن هذا استثناء فليس على ظاهره لأن ألفاظ الاستثناء محصورة ولكن لما منع هذا اللفظ وقوع الطلاق فصار كالاستثناء المانع وهذا على ما نقول أصحابنا في قوله إن شاء الله إنه استثناء أي أنه يمنع حكم الكلام كما يرفعه الاستثناء.

باب آخر

قال رضي الله عنه ومما لم يذكره أبو الحسن في المختصر تكرار الشرط إعلم أن ... أحدها ما قال بشر عن أبي يوسف إذا قال إن تزوجت فلانة إن تزوجت فلانة فهي طالق فإنما انعقد اليمين بالقول الثاني والقول الأول لغو وكذلك إذا قال إذا إذا ومتى متى وإن إذا وإن متى وكذلك إن بدأ بإذا وأخر إن أو قال إذا ثم قال متى وذلك لأن الشرط لا يتعلق به حكم إلا بانضمام الجزاء إليه وقد ضم الجزاء إلى الشرط الثاني وهو منقطع عن الأول فبقي الأول بغير جزاء فسقط حكمه. قال فإن قدم الطلاق على الكلامين انعقدت اليمين بالكلام الأول والثاني لغو وذلك لأن الطلاق تعلق بالشرط الأول والثاني غير معطوف عليه فبقي شرطًا لا جزاء له فلغا. وإن جعل الطلاق وسط الكلامين فقال إذا تزوجتك فأنت طالق إن تزوجتك فإنما انعقدت اليمين بالكلام الآخر والأول لغو وذلك لأن إن شرط محض وإذا شرط فيه معنى الوقت ولا بد من تعليق الطلاق بأحدهما فكان تعليقه بالشرط المحض أولى. وقد قال محمد في الجامع الكبير في رجل قال لدار واحدة إن دخلت هذه الدار إن دخلت هذه الدار فعبدي حر فدخلها دخلة واحدة فإنه يحنث في القياس أن لا يحنث حتى يدخل الدار دخلتين ولكنا نستحسن ونجعله حانثًا بالدخلة الأولى ونجعله مرددًا للكلام إلا أن تعني دخلتين فيكون على ما عناه وجه القياس أنه لما كرر الشرط أمكن حمله على فائدة وهو أنه إذا العطف في حرف العطف فصار الشرط دخولاً بعد دخول إلا أنه استحسن لما ذكرنا. فإن عنى الدخلتين صدق لأن ظاهر الكلام أن الفائدة تتعلق به ومن نوى ظاهر كلامه صدق. قال بشر عن أبي يوسف ولو كان في الكلام واو وقال إن تزوجتك وإن تزوجتك أو إن تزوجتك فإن تزوجتك أو إذا تزوجتك ومتى تزوجتك فهذا لا يقع الطلاق حتى يتزوج مرتين وذلك لأنه لما عطف أحد الشرطين على الآخر تعلق الجزاء بهما. فإن قدم الطلاق فقال أنت طالق إن تزوجتك فإن تزوجتك فهذا على تزوج واحد وهذا مخالف للباب الأول لأن الكلام تم بالجزاء والشرط فإذا أعاد الشرط بعد تمام الكلام لم يتعلق به حكم كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق أنت. ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق وإن تزوجتك طلقت بكل واحد من التزويجين لأنه عطف التزويج على الجزاء فصار مضمرًا فيه فكأنه قال وإن تزوجتك فأنت طالق.

فصل وما تخرجه الحالف مخرج الشرط

قال ابن سماعة سمعت أبا يوسف في رجل قال لامرأته أنت طالق لقد دخلت الدار قال فهذا خبر أنه قد دخل بمنزلة قوله إن لم تكن دخلت الدار فإن كان قد دخل لم تطلق وذلك لأن هذا ليس بشرط وإنما هو خبر عن الماضي أكده باليمين فإن كان كاذبًا طلقت وإن كان صادقًا لم تطلق.

[illegible]

قال ابو يوسف وان قدم الطلاق فقال انت طالق وان شا الله او انت طالق ان شا الله لم يكن مستثنيا لانه اوقع الطلاق وعطف
عليه المشية ومن حكم الطلاق ان يتعلق بها والعطف غير المعطوف عليه ٭ قال بشر سمعت ابا يوسف قال فيمن قال لامراته
ان دخلت هذه الدار وخرجت منها فانت طالق فاصلها انسانه وهي كارهه فادخلها ثم خرجت من قبل نفسها ثم دخلها ولم تخرج
فان الطلاق يقع عليها وذلك لان الواو لا يقتضي الترتيب ولا عاده في تقديم احد الشرطين على الاخر فيتعلق الطلاق بوجودهما
وان تقدم الثاني على الاول ٭ قال وكذلك القيام والقعود والسكوت والكلام والشرب والاكل والصوم والافطار ٭
ولو قال لها اذا حضت وطهرت فانت طالق فطهرت من هذا الحيض ثم حاضت لم يقع الطلاق حتى تطهر ولا يقع الطلاق حتى
يتقدم الحيض في هذا الموضع الطهر ٭ وكذلك لو قال لها اذا حبلت وولدت وهي حبلى وكذلك اذا زرعت وحصدت
فلا بد من تقدم الزرع الحصاد والحبل الولاده والحيض الطهر وذلك لان العاده ان احد الامرين يتعقب الاخر فوجب الترتيب
بالعاده ولو قال لامراتين ان تزوجتكما فطلقتكما فعبدي حر ولا نية له ثم طلقها بائنا ثم تزوجها عتق عبده ٭

باب ما اذا جعلت شرطا

قال ابو يوسف فاذا قال الرجل لامراته انت طالق ان خرجت من هذه الدار الا باذني او برضاي او بعلمي فهو على كل مرة
فقال ابو الحسن وهذا على قولهم جميعا وقد اتجهان قال الا بامري او بغير امري او بغير اذني او بغير رضاي فذلك
كله سوا اذا خرجت بغير اذنه او رضاه او علمه او امره حنث وهو على كل مره عندهم جميعا وذلك لان الباء للالصاق
الصفة بالموصوف فيقتضي وجود الاذن في كل خروج فاذا خرجت بغير اذن حنث وقد قال الله تعالى وما نتنزل الا
بامر ربك والمراد به الامر في كل مره ٭ قال وان قال الا ان اذن او الى ان ارضى او حتى اذن او حتى ارضى
فذلك كله سوا فاذا اذن مرة سقطت اليمين وذلك لان الا ان توقيت وغاية قال الله تعالى لا يزال بنيانهم الذي
بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم وقال ايضا لتاتنني به الا ان يحاط بكم وحتى غاية قال الله تعالى فلن ابرح الارض
حتى ياذن لي ابي وقال واعبد ربك حتى ياتيك اليقين وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها فاذا وجدت ارتفعت اليمين فلم
يحنث بالخروج ٭ قال فان اراد بقوله الا باذني نعم ما معناه مرة واحدة فان محمدا قال في الاملا هو على ما نوى فيما بينه
وبين الله وفي القضا وروى ذلك محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال وكذلك قول ابي يوسف ومحمد وروى هشام
وابن سماعة عن ابي يوسف انه قال اذا نوى مرة واحدة في قوله الا باذني فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله ولم يدين في القضا
وجه الرواية الاولى ان قوله الا باذني لا يقتضي تكرار الاذن بصريح اللفظ وانما اثبتناه بدلالة فاذا نوى مرة واحدة
فقد نوى صريح كلامه فيصدق ووجه قول ابي يوسف ان الظاهر من الكلام تكرار الاذن ومن نوى خلاف
الظاهر لم يصدق في القضا ٭ قال وان اراد بقوله حتى اذن كل مرة فهو على ما نوى في قولهم لانه شدد على نفسه
والتزم الحنث فيما لا يلزمه فصدق ٭ فان قال الا باذن فلان فمات المحلوف على اذنه بطلت اليمين عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي على حالها وجه قولهما ان اليمين المؤقتة يتعلق انعقادها باخر الوقت
فاذا لها عند الخروج ان خرجت الا باذن فلان واذنه معدوم وعدم المعقود عليه يمنع بقا اليمين ٭ لابي يوسف
ان موته يوجب سقوط البر وذلك يوكد الحنث ٭ وهذا فرع على اختلافهم فيمن حلف ليشربن الما الذي في هذا
الكوز ولا ما فيه لم تنعقد يمينه على قول ابي حنيفة ومحمد لعدم المعقود عليه كذلك في مسالتنا كانه قال انت طالق ان
خرجت وهناك لفلان اذن متوقف فلما مات لم يبق له اذن ٭ قال وان وقع الاذن بحيث لا تسمع ثم خرجت بعد
الاذن فانه يحنث عند ابي حنيفة ومحمد ولا يحنث في قول ابي يوسف وجه قولهما ان الاذن ماخوذ من
الاعلام ومنه قوله تعالى واذان من الله ورسوله فاذا اذن لها بحيث لا تسمع لم يكن اعلاما ولان اليمين تجري مجرى
النهي والاذن كالاباحة فهي كاباحة صاحب الشرع وحظره ولا يثبت في حق من لم يعلم بالاباحة والحظر ٭ وروي
ان قوما شربوا الخمر بعد نزول تحريمها ولم يعلموا بالتحريم فنزل فيهم قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما
طعموا اذا ما اتقوا وامنوا وليس كذلك اذا اذن لها بحيث يجوز ان تسمع وهي نايمة لانه وجد فعل الاذن ووصل
الى سمعها وهناك مانع يمنع من التحصيل فصار كما لو اذن لها وهي تسمع الا انها غافله ووجه قول ابي يوسف انه
حلف لا تخرج وهو كاره فاذا اذن لها وهي لا تعلم فليس بكاره فلا تحنث ٭ وقد حكي عن ابن شجاع انه قال لا خلاف في
هذه المسالة انه لا يحنث لانه عقد على فعل نفسه من الاذن وقد وجد انما الخلاف منهم في الامر الا ان ابا سليمان
حكى الخلاف في الاذن ٭ وروى نصير بن يحيى عن ابي مطيع عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف ٭ قال ابن سماعه
عن محمد لو قال رجل لعبده ان خرجت من باب الدار الا باذني فانت حر ثم قال لعبده الذي حلف عليه اطع فلانا
في جميع ما يامرك به ثم اذن فلان للعبد المحلوف عليه في الخروج فخرج فان المولى حانث لانه لم ياذن له في الخروج
وانما اذن له في طاعة فلان ٭ ولو قال المولى لفلان ايذن له في الخروج فاذن له في الخروج فخرج فان المولى
حانث لانه لم يفعل الاذن وانما امر به وهو عقد على فعل نفسه ٭ وكذلك لو قال له فلان مولاك قد اذن
لك في الخروج فان المولى حانث لان المولى لم ياذن فقد امره بكذب ٭ ولو قال المولى لعبده بعد يمينه ما امرك به
فلان فقد امرتك به فامره الرجل بالخروج واذن له فخرج فان المولى حانث لانه قصد المولى باليمين ان لا تخرج
الا برضاه ٭ واذا قال ما امرك به فلان فقد امرتك به وهو لا يعلم انه يامره بالخروج فليس ذلك برضا فلا يمنع الحنث
فاذا قال المولى للرجل قد اذنت له في الخروج فاخبر الرجل به العبد لم يحنث المولى لان المولى قد اذن له وانما الرسول

له حكم الاذن بوجوده لعدم العلم فاذا اعلمه لم يحنث ٭ ولو قال لامراته ان خرجت الا باذني ثم قال لها بعد
[illegible]

فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير امره فانه يحنث وذلك لانه اضاف الامر الى الدخول فلا بد من امره في كل دخلة ٭ قال
هشام عن محمد في رجل حلف لا تخرج امراته الا بعلمه فاذن لها ان تخرج فخرجت بعد ذلك وهو لا يعلم قال لا حانث لان قوله
الا بعلمي هو الا باذني وذلك لان الغرض ان لا تخرج بغير رضاه فاذا اذن لها فخرجت وهو لا يعلم فقد وجد الرضا ٭
قالوا واذا حلف الرجل على زوجته او مولى على عبده ان لا تخرج من داره الا باذنه او سلطان حلف رجلا ان لا يخرج من كوره الا
باذنه ثم بانت المراه من الزوج او خرج العبد من ملك المولى او عزل السلطان عن عمله فكان الخروج بغير اذن من واحد
منهم فلا حنث على الحالف لان اليمين انما هي على الحال التي ملك الحالف او المحلف الاذن فاذا زالت تلك الحاله سقطت
اليمين وذلك لان غرض المستحلف ان لا تخرج من له عليه ولايه الا بامره فاذا زالت الولايه زالت اليمين لانها مخصوصه بالعاده
فان عادت المراه الى ملك الزوج او العبد الى ملك مولاه او اعيد السلطان الى ولايته لم تنعقد اليمين وذلك لما
بينا انها مخصوصه ببقا الولايه واذا زالت زالت اليمين فلا تعود الا بحلف اخر ٭ وكذلك الغريم اذا حلف المطلوب
ان لا يخرج من بلده الا باذنه فهو كذلك ما دام له عليه الدين فاذا قضاه او ابراه الطالب سقطت اليمين فان عاد
عليه ذلك الدين او غيره لم تعد اليمين وهذا على ما بينا ان غرض المستحلف ان لا يخرج لاجل ذلك الدين الذي له
عليه فاذا اسقط الدين زالت اليمين فلا تعود الا باليمين مستانفه ٭ وعلى هذا قالوا في عامل استحلف رجلا
ليرفعن اليه كل من علم به من فاسق او داعر او سارق في محلته ولم يعلم من ذلك حتى عزل العامل من عمله ثم علم
ليس عليه ان يرفعه وقد خرج من يمينه وبطلت عنه فان عاد العامل عاملا بعد عزله لم يكن عليه ايضا ان يرفع ذلك اليه
قد بطلت اليمين اعيد بعد ذلك او لم يعد وذلك لان غرض العامل ان يرفع اليه ما دام عاملا فاذا زالت
الولايه ارتفعت اليمين ٭ ولو ان المستحلف علم بعض ما استحلفه عليه فاخر رفع ذلك حتى عزل العامل
حنث في يمينه ولم ينفعه رفع ذلك اليه بعد عزله لانه دخل في اليمين وفات شرط البر ٭ قال محمد في
الزيادات الا ان ينوي ان يرفع اليه على كل حال في السلطان وغيره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضا
لانه نوى عموم الكلام والعموم احد الظاهرين فاذا نواه صدق فيه ٭ وقال محمد في الزيادات اذا حلف
ان لا تخرج امراته من هذه الدار ولا عبده فبانت منه او خرج العبد من ملكه ثم خرج حنث لانه لم يضف الامر في ذلك
الى اذنه فيبقى اللفظ على عمومه ٭ فان عنى ما دامت امراته دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضا
لانه نوى تخصيص كلامه ٭ قال وكذلك من طولب بحق فحلف ان لا يخرج الا باذن مطالبه حنث بالخروج زال
ذلك الحق او لم يزل على ما بينت لك في الخروج لانه اطلق الخروج ولم يعلقه بالاذن فهو عام ٭ قال واذا
ارادت المراه ان تخرج وقد اخذت في ذلك او العبد او اراد الرجل ان يضرب عبده وقد نهض لذلك فقال الرجل
انت طالق ان خرجت او قال المولى انت حر ان خرجت او قال الرجل الضارب عبدي حر ان ضربته فقعدوا عن ذلك
ثم سقطت اليمين فان خرج المحلوف عليه بعد ذلك او ضرب الرجل عبده لم يحنث الحالف وذلك لان الغرض
باليمين في العاده المنع من الخروج في الحال ومن الضرب [illegible] فوقعت مخصوصه بالعاده فاذا انقضت الحال زالت اليمين
فلم يحنث بالخروج بعد ذلك ٭

باب اخر

قال وهذا لم يذكره ابو الحسن في المختصر
الشرط يدخل عليه الفعل فيكون ما صفته له قال بشر عن ابي يوسف في رجل قال لامراته ان دخلت هذه الدار ولم تعطني
ثوب كذا فانت طالق فدخلت الدار ثم اعطته الثوب بعد ذلك فان الطلاق يقع عليها ولو كانت اعطته الثوب
قبل ان تدخل لم يقع عليها وذلك لانه طلقها عند وجود الشرط الا ان تكون على صفة وهي اعطا الثوب فصار كقوله

ان دخلت الدار وانت راكبة فانت طالق فدخلتها ماشية انها لا تكون طالقا وكذلك ان دخلت الدار وانت مسلمة وقد
وصفت باعطاء الثوب فاما اذا اعطته بعد الدخول فهو كما لو دخلت راكبة ثم نزلت بعد قال ولو قال ان خرجت
ولم تاكلي او خرجت وليس عليك ازار او خرجت ولم تختمري فان خرجت ولم تفعل طلقت وان خرجت بعد الفعل لم
تطلق وذلك لانه جعل الشرط ترك العطية والدخول ولم يعلم الترك حتى يتعذر ان تكون احدهما او بهما الا الثوب
فاذا تعذر ودخلت اجتمع الشرطان فحنث ولو قال والله لا تدخلين هذه الدار ابدا ولا تعطين هذا الثوب
فايهما فعلت حنث لان حرف لا اذا ادخل بين نفيين شاع لكل واحد منهما على الانفراد يدل عليه قوله تعالى فمن فرض
فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال قال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره لو ان رجلا قال والله لا اشتري
بهذا الدرهم الا ثلاثة ارطال لحما فاشترى ببعض الدرهم لحما اقل من ثلاثة ارطال وبنصفه غير لحم حنث لانه حلف
على كل شرى واستثنى شرى بصفة وهو ان يشتري به ثلاثة ارطال فما سوى المستثنى داخل في اليمين فحنث به
ولو قال والله لا اشتري بهذا الدرهم الا لحما فلا يحنث حتى يشتري بالدرهم كله غير لحم لانه حلف على كل شرى يكون
بجميع الدرهم الا ان يكون لحما فاذا اشترى ببعض الدرهم غير لحم فلا يدخل في اليمين ولا يحنث ولو قال لرجلين والله
لا تبيتان الا في هذا البيت فبات احدهما فيه وبات الاخر في غيره لم يحنث لان شرط الحنث ان تبيتا في غيره فقد
وجد بعض الشرط ولو قال والله لا تبيتان الا في بيت فبات احدهما في بيت وبات الاخر في بيت اخر حنث
انهما لم يبيتا جميعا في بيت واحد وذلك لانه حلف على كل مبيت واستثنى مبيتا بصفة وهو ان يجتمعا في بيت
فاذا افترقا في بيتين حنث قال محمد في الجامع الكبير ان كنت ضربته هذين السوطين الا في دار فلان فعبدي
حر وقد ضرب واحدا منهما في دار فلان وواحدا في غيرها لم يحنث لان شرط الحنث هو ان توجد في دار غيره
ولو قال ان لم اكن ضربته هذين السوطين في دار فلان فعبدي حر والمسالة على حالها حنث لان شرط البر هو ان
يجمع السوطان في دار فلان فاذا لم يجتمعا حنث وقال ابن سماعة عن ابي يوسف فيمن قال والله لا اشتري
بهذا الدرهم غير لحم فاشترى بنصفه لحما وبنصفه خبزا فانه لا يحنث في القياس لان شرط الحنث هو ان
يشتري بجميعه غير اللحم قال وفي الاستحسان يحنث وذلك لان العادة انهم يريدون بهذا ان لا يشتري
بجميع الدرهم اللحم فحمل اليمين على عادة الناس فان نوى ان يشتري به كله غير اللحم لم يكن حانثا ودين في القضاء لانه
نوى ظاهر كلامه

فصل

في اليمين على ... بين ابتاع وثمن قال ابن سماعة في نوادر ابي يوسف
فيمن قال لامراته انت طالق ثلاثا او والله لاضربن هذا الخادم اليوم فضرب الخادم من يومه فقد بر في يمينه وبطل الطلاق
لانه خير نفسه بين الطلاق وبين الضرب في اليوم فاذا وجد احدهما انتفى الاخر فاذا مضى اليوم قبل ان يضرب
الخادم فقد حنث ويخير فان شاء اوقع الطلاق وان شاء الزم نفسه اليمين وذلك لانه حنث في احد الامرين وهو
الحالف فكان التعيين اليه فان قال قبل مضيه قد اخترت ان اوقع الطلاق لزمه وبطلت اليمين لانه خير نفسه
بين الايقاع واليمين فاذا اوقع سقطت اليمين ولو قال قد اخترت الزام اليمين وابطلت الطلاق فان الطلاق
لا يبطل فان مضى اليوم قبل ان يضربه حنث في يمينه لان اليمين لا تجب على الانسان بالالتزام ولم تتعين بالاختيار
فبقيت اليمين على حالها ولو قال امراته طالق ثلاثا او والله لاضربن فلانا فمات فلان قبل ان يضربه فقد حنث
في يمينه وهو مخير ان شاء الزم نفسه الطلاق وان شاء الكفارة لان شرط البر فات فتحقق الحنث في احد
اليمينين قال ولو كان الرجل هو الميت والمحلوف على ضربه حيا فقد وقع الحنث على الرجل او الطلاق وقد
مات قبل ان يبين فلا يقع الطلاق عليها ولها الميراث من قبل ان التخيير في هذه المسائل ليس بتخيير الحكم انما هو
تخيير الورع ولو قال اختار ولا اختار وهو حي لم اجبره وخليته وامراته لانه لما كان مخيرا بين الطلاق والتزام
الكفارة لم يجبر ايقاع الطلاق بالشك ومعنى قول ابي يوسف ان هذا ليس باختيار حكم فلانه يسقط عن نفسه
باختياره الكفارة وهو معنى يلزمه فيما بينه وبين الله ولو كان بدل الكفارة طلاق اخرى فقال انت طالق ثلاثا
او هذه فهو تخيير حكم يجبره الحاكم على ان يبين لانه لا يقدر على اسقاط ذلك عن نفسه بامر فيما بينه وبين الله
وعلى قول ... قال انت طالق او علي حجة لم يجبره الحاكم على الخيار انما يفتي في الورع ان يوقع ايهما
شاء ويسقط الاخرى قال فان قال انت طالق ثلاثا او ولائه علي حرام يعني اليمين فانه يخير تخيير الفتوى لما بينا
انه يسقط عن نفسه الكفارة فان مضت اربعة اشهر قبل ان يقرب يخير تخيير حكم يقال له اوقع طلاق الايلا على التي
حرمت عليه او طلاق الكلام على التي تكلمت بطلاقها وذلك لان الطلاق لابد ان يقع على احدهما فيخير فيها تخيير حكم
وقال محمد في الجامع الكبير اذا قال والله لا ادخل هذه الدار او لا ادخل هذه الدار فايهما دخل احدهما حنث لان او اذا
ادخلت بين نفيين تناولت كل واحد منهما على الانفراد قال الله تعالى ولا تطع منهم اثما او كفورا ولو قال والله لا ادخل
هذه الدار ابدا او لا ادخل هذه الدار الاخرى اليوم فان دخل الاولى حنث وان لم يدخلها ولم يدخل الاخرى حتى مضى اليوم
حنث لانه خير نفسه في اليمين ان لا يدخل الدار الاولى او يدخل الدار الاخرى في اليوم فان دخل الاخرى في اليوم بر
في يمينه وان مضى اليوم حنث في احدى اليمينين قال ابن سماعة في نوادره سمعت محمدا قال في الرجل قال عبده حر
ان لم يدخل هذه الدار اليوم فان لم يدخلها اليوم دخل هذه قال محمد ليس هذا استثناء واليمين على حالها ولا ابالي قدم هذا الكلام
او لم يصله فان لم يدخل الدار الاولى اليوم حنث لان قوله فان لم يدخلها ليس بلفظ تخيير فبقيت اليمين الاولى على حالها

فصل

في الشرط يكون على الفور او بتاخير قال ابن سماعة سمعت محمدا يقول في رجل قال ان ضربتني ولم اضربك
وما اشبه ذلك فهو على الفور قال وقوله ولم يكون على وجهين على قبل وعلى بعد فان كانت على بعد فهو على الفور ولو قال
ان كلمتني ولم اعطك كذا على بعد وهو على الفور ولو قال ان ضربتني ولم اضربك فهذا عندنا على ان ضرب الحالف قبل ان ضرب
المحلوف عليه فان اراد به بعد ونوى ذلك فهو على الفور وجملة هذا ان هذه اللفظة قد تدخل على الفعل الماضي
وعلى المستقبل ويتجرد الكلام لمعنى كلام الناس ومقاصدهم واذا اتى اللفظ محتملا اعملت فيه النية فاذا قال ان ضربتني
ولم اضربك فالظاهر عند محمد انه للماضي كانه قال ان ضربتني بغير مجازاة ويحتمل المستقبل فاذا نواه حمل عليه فاما قوله
ان كلمتني ولم اعطك فهذا على المستقبل لان الجواب لا يتم الا بمقيم الكلام فاما الفور الذي ذكره فهذا اعتبروا
فيه العادة اضافة كان الغالب فيه الفور حمل عليه والجواب انما يكون على الفور والقرب اذا جازى به القرب فاما
يراد به الفور وقال معلى عن محمد في رجل قال لجارية ان اشتريتها فلا اطاها فهي حرة قال هذا على ان يطأها ساعة
يشتريها فان لم يفعل فهي حرة وذلك لان الفا تقتضي التعقيب ولو كان مكان فلا في لم اطأها فهذا ما بينه
وبين الموت ... وطيها لان ان شرط فلا تقتضي التعجيل قال هشام عن ابي يوسف فان قال لغلامه ان لم ياتني حتى
اضربك فانت حر فجاء من ساعته فلم يضربه فالمعنى يأمره ... يمينه ولا يعتق الا ان ينوي ساعة امره بذلك لما
بينا ان لفظة ان شرط فلا تقتضي التعجيل اذا لم يكن في الكلام ما يدل عليه وقال هشام عن محمد اذا قال ان لم اشتر اليوم
عبدا فاعتقه فعلي حجة فاشترى عبدا فوهبه او اشترى عبدا فاعتقه قال محمد انما وقعت يمينه على العبد الاول
فاذا اشترى ولم يعتقه حنث لان تقدير كلامه ان اشتريت عبدا فعلي عتقه فان لم اعتقه فعلي حجة وهذا قد
استحقه الاول فلم يدخل الثاني في اليمين قال هشام عن محمد فيمن قال لاخر ان حنث ولم اضربك فكل مملوك لي
حر فمات الحالف ولم يضربه قال محمد لا يعتقون لان شرط الحنث انما يكون بوجود ... ولا ... لم يبق ذلك
الوقت فلا يعتقون قال محمد ولو قال ان لم اضربك فكل مملوك لي حر فان هذا لم يحنث حتى يخرج نفسه فيحنث
قبل خروج نفسه فيعتقون لان الشرط ههنا ترك الضرب وقد علمنا فواته في هذه الحال وكذلك ان قال
ان لم ادخل الدار حتى اموت فغلامه حر فلم يدخلها حتى مات لم يعتق وكذلك قال محمد فيمن قال ان لم اضربك فيما
بيني وبين ان اموت فعبدي حر فلم يضربه حتى مات قال لا يعتق عبده ولو قال ان لم اضربك فعبدي حر فلم يضربه حتى مات
عتق العبد قبل ان يموت لان الاول حنث بعد الموت والثاني قبل الموت وقال محمد في الزيادات فيمن قال لرجل امراته
طالق ان لم تجيء فاما ما صنعت حتى ابين لك او قال ان لم اتك حتى تغديني او ان لم اضربك حتى تضربني فضربه
الحالف او اخبره الحالف او اتاه فلم يفعل المحلوف عليه شيئا مما شرط ان يفعل حتى مات فانه لا يحنث وذلك ان عقد يمينه
على الخبر والاتيان للغداء والضرب وقد وجد ذلك فيما يتوقع من جهة الاخر ليس المحلوف عليه وانما بين ان ذلك من اجله
فعله ولو قال لغريم له امراته طالق ان لم الزمه حتى يقضيه ماله فلازمه ثم تركه قبل ان يقضيه ماله فانه حانث
لانه جعل القضاء غاية لليمين فاذا فارقه قبله وجد شرط حنثه فيحنث ولو قال لعبده حر ان لم اضربك حتى يدخل
الليل وحتى يشفع لك فلان او حتى يشتكي ... فان اقلع عن الفعل الاول قبل الثاني حنث لانه ترك الضرب
قبل الغاية وفي الفعل الاول لم يجعل حتى غاية وانما جعلها لحضور الفعل ولو قال امراته طالق ان لم اتك اليوم
حتى اتغدى عندك او ان لم اتك حتى اضربك فاتاه فلم يضربه حتى مضى اليوم حنث وذلك لان الفعلين جميعا ههنا من
الحالف فانعقدت يمينه عليهما جميعا ... تغديني احد الفعلين من غيره فكان غرضه فعله فلم يحنث بعد موته
قال ابن سماعة عن محمد اذا قال ان ركبت دابتك فلم اعطك دابتي فعبدي حر قال هذا على الفور اذا ركب دابته فينبغي ان يعطيه
ايها من ساعته وكذلك ان قال ان دخلت دارك فلم اجلس فيها وذلك لان الفا للتعقيب فيقتضي وجود
ما دخلت عليه عقيب الشرط ولو قال ان رايت فلانا فلم اتك به فعبدي حر فراه اول ما راه الحنث الذي قال لم
ان رايته فلم اتك به قال الحالف حانث الساعة وذلك لان يمينه على اول رؤيته وتستحيل ان ياتيه به وهو معه
جالس وقد كان يجب ان لا يحنث عند ابي حنيفة ومحمد كما لا يحنث اذا قال ان رايت فلانا فلم اعلمك بذلك فعبدي حر
فراه اول ما راه مع الرجل الذي قال له ذلك لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد لان العلم يستحيل فيمن قد علمه فكذلك الاتيان
يستحيل فيمن هو معه ... قال لا اشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه قال ولو ان رجلا قال ان لقيتك فلم
اسلم عليك فالسلام ساعة يلقاه والا حنث وكذلك ان استقبلتك فلم تعرف قال لانه ههنا جواب انما
هذا على المجازاة ... ليس هذا مثل قوله ان دخلت الدار فلم اكلم فلانا هذا فمتى ما كلمه بر قال قد يجيء في ذلك
امور تشبه ... فان لم ... فلم ... ذلك على ... معاني كلام الناس لو ان رجلا قال ان اتيتني فلم اتك او زرتني
فلم ازرك او اكرمتني فلم اكرمك فهذا على الابد وهو من هذا الوجه مثل فان لم ... لان الزيادة لا تتعقب الزيادة
في الغالب المقصود منها وجود الفعل فان قال ان اتيتني فلم اتك فهذا على وجهين قد يكون ان لم اتك قبل
اتيانك ويكون بعد اتيانك ونحو ذلك امرتني ... قبل وامرتني يعرف انه بعد والحال تشتبه
تحتمل الامرين فان كان في ذلك معاني كلام الناس ... على اعظم ذلك فان لم يكن في ذلك معنى يستدل به فهو على
ما نوى وهو على قبل وبعد ... ذلك فعل وان لم يكن له نية اجزاه ههنا في المشتبه الذي لا يعرف فيه معنى
فاما الذي يعرف انه قبل او انه بعد فهو على الذي يعرف في القضاء فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يكن له نية فان نوى

خلاف ما يعرف لم يدين في الحكم ودين فيما بينه وبين الله وفسرنا الظاهر منه قبل بعوله ان خرجت من باب الدار لم اعتق وما
ظاهره بعد بعوله اذا اعطيتني حيدا ولم اكافئك بمثله ه والمحتمل اذا قال ان كلمتني ولم تكلمني فهذا احتمل ان يكون قبل وبعد
فايهما فعل ولم يكن الحالف فيه نيته بر وان نوى احد الفعلين فهو على ما نوى ه فان كان قبل ذلك منطق فكان هذا
جوابا له فهو على الجواب وان عطف على الشرط بان قال عبدي حر ان دخل هذه الدار وهذه فاي الدارين دخل عتق عبده وكذلك
لو اخر الجواب فقال ان دخلت هذه او هذه الدار فعبدي حر وكذلك ان وسط الجواب فقال فقال ان دخلت هذه الدار
فعبدي حر او هذه الدار وكذلك لو اعاد الفعل مع او فقال عبده حر ان دخل هذه الدار او دخل هذه الدار وذلك لان حرف
او اذا دخل بين شيئين تناول كل واحد منهما على الانفراد ما لانه نفي ولا انقطع منهما اثما او كفورا ه قال ابن سماعة قال
محمد اذا قال لامراته ان دخلت هذه الدار وهذه الدار او دخلت هذه الدار فعبدي حر فان اليمين على ان يدخل احد الاولين
ويدخل الثالثة فاي الاولين دخل ثم دخل الثالثة حنث لانه جمع الثالثة الى احدى الاولين في الاشتراط ه

باب في اذا جعل ظرفا

قال ابو الحسن رحمه الله واذا قال الرجل لعبده او امراته انت حر كذا او انت طالق في كذا فان كان ذلك الشي الذي اوقع
الطلاق فيه موجودا وقع الطلاق والعتاق كانت المراة والعبد فيه او لم يكونا وان كان ذلك الشي غير موجود لم يقع شي من
ذلك حتى يوجد والاصل في هذا ان في للظرف فاما ان يدخل على ظرف او على فعل والظرف على نوعين ظرف زمان وظرف
مكان فاذا ادخلها على ظرف مكان وقع الطلاق في ذلك المكان وفي غيره مثل قوله انت طالق في الدار او في مكة فتطلق في ساير
المواضع وان لم تكن في الدار ولا في مكة لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان فاذا اوقعه عليها في مكان وقع في ساير المواضع
واما ظرف الزمان فان كان ماضيا وقع الطلاق في الحال مثل ان يقول انت طالق في امس او في العام الماضي لان الانسان
لا يملك ايقاع الطلاق في زمان ماض الا انه وصفها في الحال بطلاق وقع عليها فيما مضى وهي ممن توصف به في الحال
فيقع الطلاق عليها ه وكذلك ان كان ظرف الزمان حاضرا وقع في الحال مثل ان يقول انت طالق في هذا الوقت
وفي هذه الساعة لان الطلاق قد وصفه بصفة موجوده فوقع ه وان كان الزمان مستقبلا لم يقع عليها طلاق حتى
ياتي مثل ان قال انت طالق في غد او شهر كذا لان الطلاق يجوز ان يختص بوقت دون وقت فاذا وصفه بزمان لم يقع
قبله ه واذا ادخل حرف الظرف على الفعل صار شرطا كمن قال انت طالق في دخولك الدار او في قيامك لان الفعل لا
يكون ظرفا وهذه الحروف التي هي الادوات يقوم بعضها مقام بعض فكانه قال انت طالق مع قيامك ومع دخولك والا معنى
فادخلي في عبادي ادخلي جنتي اي مع عبادي ه وقال ابن سماعة عن محمد اذا قال لها انت طالق في ذهابك الى مكة
فهذا على الذهاب لانه ادخل في على الفعل فصار شرطا وكذلك في ذهابك لانه قرنه بالباء والباء للالصاق فاقتضت
الصاق الطلاق بالفعل ه ولو قال انت طالق في الشمس وهي في الظل كانت طالقا مكانها لان الشمس ليس بفعل
فتكون شرطا والبيت مكان يكون ظرفا فلغا ذكرها : او يكون المراد به مكان الشمس المطلقة في مكان مطلقة
في كل مكان ه ولو قال انت طالق في صومك كانت طالقا حين يطلع الفجر اذا نوت الصوم لان الصوم فعل فصار
شرطا وهو عبارة عن الامساك مع النية في زمان مخصوص في شخص مخصوص وهذا المعنى موجود في الجزء الاول فوجد به
الشرط ه ولو قال في صلاتك لم تطلق حتى تركع وتسجد سجدة لان الصلوة عبارة عن افعال مختلفة فما لم يوجد جنسها
لم تستحق الاسم فلا يقع الطلاق ه ولو قال لها في حيضك او في طهرك فان كان موجودا وقع والا لم يقع ه
لان الحيض والطهر فعل الله عز وجل والطلاق اذا علق بفعل الله تعالى توقف على وجوده ه ونظير هذه المسايل
الباب ما قال محمد في الجامع اذا قال انت طالق [illegible] ثلثة ايام طلقت حين تكلم لانه جعل الايام ظرفا ولا يمكن ان تكون
كلها ظرفا للايقاع فصار الظرف منها ما قد وجد عقيب كلامه ه ولو قال [illegible] لم تطلق حتى [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] ثلثة فوقع الطلاق ه قال محمد في الجامع اذا قال ان [illegible] في المسجد فعبدي حر فانه يحنث اذا كان الشاتم
في المسجد [illegible]
[illegible] وجود الشاتم في المسجد
فاما القتل [illegible]
[illegible] ابو يوسف [illegible] والصيد في الحرم
[illegible]

باب الكلام ما المقصود به الشرط يحلف به ولا يتعلق اليمين بلفظه ويتعلق على معنى

[illegible] سمعت محمدا قال في رجل حلف بطلاق امراته [illegible]
[illegible]
العادة دون المعاني لان [illegible] العادة عرف طاري على اللغة فوجب حمل اللفظ عليه ه وبه قال الشافعي

ان الايمان محمولة على الحقائق وهذا الذي ليس بصحيح لما بينا ان العرف اصطلاح حادث فالظاهر ان المتكلم يقصد بكلامه ذلك
يبين هذا ان الغريم يقول لغريمه اذا اقتضاه والله لاجرنك على الشوك وانما يعني بذلك شدة المطل ولا يقول احد انه يحمل
على الحقيقة لوجود العرف بخلافها ه وقد قال مالك ان الايمان محمولة على الفاظ القرآن وهذا ليس بصحيح لان من
حلف لا يجلس في السراج فجلس في الشمس لا يحنث وان كان الله تعالى سماها سراجا ولو حلف لا يجلس على البساط فجلس على الارض
لم يحنث وان كان الله تعالى سماها في القرآن بساطا ولو حلف لا يمس وتدا فمس جبلا لم يحنث وان كان الله تعالى سمى الجبال
اوتادا ه قال محمد ولو حلف ليضربنها حتى يغشى عليها او حتى تبول قال هذا لا يبر في يمينه حتى يضربها فيغشى عليها
او تبول وذلك لان هذا المعنى يحدث عند الضرب في الغالب وقد جعله غاية فما لم يوجد لا يبر في يمينه وليس كذلك الموت
والقتل لانه لا يقتضيه الضرب غالبا فاذا قصده الحالف لم يرد الضرب وذكر القتل فلهذا لم يعتبر وجوده ه قال ولو حلف
ليضربن غلامه في كل حق وباطل ولا نية له فمعنى ذلك ان يضربه كلما شكى اليه بحق او باطل فان لم يفعل فهو حانث ولا يكون
الضرب في هذا الا عند الشكاية الا ان يعني ذلك فان لم يعن ذلك لم يحنث حتى يموت العبد او المولى وذلك لما بينا
ان اليمين محمولة على العرف ومعلوم انه لو اراد ضربه عند كل حق وباطل لزمه ضربه ابدا لانه لا يخلو ان فعل حقا او باطلا
وهذا غير مراد باليمين فحملت على الشكاية للعرف ه فاما قوله ان الضرب لا يحمل على الفور لان اليمين اذا وقعت على
الفعل لم يختص بزمان دون زمان فما دام يرجى شرط البر لم يحنث الا ان يعني الحال فيكون قد شدد على نفسه ه
فان شكي اليه فضربه ثم شكي اليه بذلك الشي مرة اخرى والمولى يعلم انه في ذلك الشي او لا يعلم فهو سواء وليس
عليه ان يضربه في الشكاية الثانية لانه قد ضربه فيها مرة وذلك لان اليمين لما اقتضت الضرب عند الشكاية لم يتعلق
بالفعل الواحد الذي وقعت الشكاية عنه اكثر من ضرب واحد كما لو قال ان اخبرني بكذا فلك درهم فاخبره مرة بعد مرة
لم يجب الا خبر واحد ه قال المعلى سمعت محمدا في رجل حلف ليقتلن فلانا الف مرة فقتله ثم قال انما نويت ان ابقي
على نفسه بالقتل قال ادينه في القضا وذلك لان العادة جرت انهم يريدون بهذا التشديد في القتل ولا يريدون تكراره
والمعتبر في اليمين العادة ه وقال ابن سماعة عن ابي يوسف فيمن قال لامراته ان لم اضربك اتركك لا حية ولا
ميتة فهذا على ان يضربها ضربا يوجعها فاذا فعل ذلك فقد بر وذلك لان المراد بهذا اللفظ ان تتركها لا
حية سليمة ولا ميتة وهذا يكون في الضرب الشديد ه وقال محمد فيمن حلف بالطلاق لقد سمع فلانا يطلق
امراته الف مرة وقد سمعه طلقها ثلثا فانه يدين فيما بينه وبين الله لان حكم الثلث حكم الالف في الايقاع والتحريم ه
ولو قال امراته طالق ان لم يكن لقي فلانا الف مرة وقد لقيه مرارا كثيرة الا ان ذلك لا يكون الف مرة وانما اراد
كثرة اللقا ولم يرد العدد فاني ادينه لان هذا يذكر في العادة على طريق التكثير دون العدد المحصور ه

باب الرجل يحلف فيخرج في يمينه بعض ما حلف عليه بالصفة او جنس

ه قال رضي الله عنه الاصل في هذا الباب ان من ذكر لفظا عاما ونوى تخصيص ما في لفظه
صدق فيما بينه وبين الله تعالى ولم يصدق في القضا وذلك لان المتكلم بالعموم قد يريد به التخصيص فاذا نوى ذلك كان
النية دلالة على التخصيص كالدلالة الشرعية على تخصيص العموم الا انه لا يصدق في القضا لان الظاهر في اللفظ العموم فاذا نوى
غير الظاهر لم يصدق ه فاما اذا نوى تخصيص ما ليس في لفظه فلا يصدق في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان التخصيص يقع
في الالفاظ دون المعاني فما ليس في لفظه لا يصح تخصيصه ه ومتى ما نوى حقيقة كلامه صدق في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى
وان كان ذلك خلاف الظاهر لان الحقيقة احد الظاهرين فاذا نواها صدق فيها ه قال هشام عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
في رجل قال ان اكلت فعبدي حر وهو ينوي طعاما بعينه فاكل غيره فان عبده يعتق ولا يدين في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى
لان يمينه على الاكل والماكول ليس في لفظه وقد نوى تخصيص ما ليس في لفظه فلا يصدق وهذا ابو الحسن قول ابي حنيفة
ان التخصيص في الاحوال والمعاني لا يصح خلاف ما قال ابو بكر الرازي ه قال وان قال ان اكلت طعاما فعبدي حر وقال
عنيت اللحم او الخبز فاكل غيره فان ابا حنيفة قال لا يصدق في القضا ويدين فيما بينه وبين الله وكذلك قال ابو يوسف اذا
قال والله وهو قول محمد وذلك لانه خصص ما في لفظه فعملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولم يعمل في القضا لانه خصص العموم وذلك
خلاف الظاهر ه قال ابو الحسن واصل هذا انه اذا ذكر الفعل ولم يذكر المفعول فيه ثم نوى بعض المفعول فيه دون بعض
لم يدين في القضا ولا فيما بينه وبين الله واذا ذكر المفعول فيه في كلامه ثم قال نويت بعضه دون بعض دين فيما بينه وبين الله
ولم يدين في القضا وذلك على ما قدمناه ه قال ابو الحسن فاما التخصيص في الصفة فان بشرا حكى عن ابي يوسف في رجل
قال والله لا اكلم هذا الرجل وهو قائم يعني ما دام قائما ولم ينطق بالقيام كانت نيته باطلة وحنث ان كلمه لانه نوى تخصيص
الحال وذلك ليس في لفظه ه ولو حلف لا يكلم هذا القائم يعني ما دام قائما وسعه فيما بينه وبين الله تعالى لانه خصص ما
في لفظه ه وكذلك اذا قال والله لا اضرب فلانا خمسين وهو ينوي بسوط بعينه فباي سوط ضربه خمسين فقد
خرج من يمينه والنية باطلة وذلك لانه نوى تخصيص ما لا لفظ له ه ونظير هذا ما حكى ابن سماعة عن محمد في
نوادره في رجل حلف والله لا يتزوج امراة وهو ينوي كوفية او بصرية قال ليس في هذا نية فيما بينه وبين الله ولا في القضا
ولو قال والله لا اتزوج امراة وهو يعني امراة كان ابوها يعمل كذا فهذا كله لا يجوز فيه النية ه ولو قال والله لا اتزوج امراة
يعني امراة عربية او حبشية فان هذا جائز هذا جنس قد نواه وذلك لانه نية المراة ليس في لفظه فلا يعمل تخصيصه فيها
فاما الجنس في قوله لا اتزوج امراة يعني كل امراة فيعمل نيته في جنس دون جنس ه وقال ابن سماعة عن محمد في رجل

في نحو قال لله لا اتزوج امراه على ظهر الارض يعني امراه بعينها فالمصدق فيما بينه وبين الله لانه يحتمل ان يريد
بهذا المراه موصوفة بصفة فلا يكون اللفظ عاما فيرجع الى نيته في التخصيص ۞ قال ولو قال لا اشتري جاريه
ونوى مولده فان نيته باطله لان هذا ليس تخصيص جنس وانما هو تخصيص صفه ۞ ولم يذكر في الباب
مثال الاصل الثالث وهو انه اذا نوى حقيقه كلامه وذلك مثل ان يقول لا اتزوج النسا فيمينه محموله على الواحده ۞
فان قال اردت جنس النسا صدق في القضا وكذلك اذا قال لا اشرب الما وقال اردت جنس الما وذلك لانا حملنا
اليمين على الاقل لان الجنس لا يمكن استيعابه فاذا نوى الجنس فقد نوى حقيقه الكلام وهو امر ظاهر فيعمل نيته فيه ۞

باب الرجل يعلق الطلاق والعتاق بما يحتمل الحال والاستقبال

قال بشر عن ابي يوسف اذا قال لامراته وهي حايض اذا حضت فانت طالق او قال وهي مريضه اذا مرضت فهذا على حيض
مستقبل ومرض مستقبل فان قال عنيت ما يحدث من هذا الحيض فهو كما نوى وذلك لان الظاهر يقتضي حدوث الحيض
وحدوث المرض وذلك لا يكون الا فيما يستقبل منه فتناولت يمينه حيضا مستقبلا او مرضا مستقبلا فان قال عنيت
ما يحدث من هذا الحيض وما يزيد من هذا المرض فهو كما نوى لان الحيض ذو اجزا يحدث حالا فحالا وكذلك المرض فاذا نوى جزا
حادثا من ذلك صدق ۞ فان قال ان حضت غدا فانت طالق وهو يعلم انها حايض فهذا على هذه الحيضه اذا لم الحيض بها
الى ان ينشق الفجر من الغد بعد ان يكون تلك الساعه تمام الثلثه او اكثر لانه اذا علم بحيضها استحال ان يعني بيمينه حدوث
حيضه اخرى في غد لان ذلك لا يمكن فلم يبق الا ان يريد استمرار الدوم من هذه الحيضه ۞ وانما اعتبر ان تكون تلك
الساعه تمام الثلثه او اكثر لان الحيض اذا انقطع فيما دونها فليس بحيض فلا يوجد شرط اليمين ۞ فان كان لا يعلم بحيضها
فهو على حيض مستقبل ويدين في القضا لانه اذا لم يعلم بحيضها فالظاهر انه قصد حدوث الحيض ۞ قال ابو الحسن رحمه الله
وكذلك قال في هذه الوجوه في المرض وكذلك المحموم اذا قال ان حممت او المصدوع اذا قال ان صدعت او مشتكي
لبعض جسده فهو على هذا الوجه وكذلك الرعاف وهذا على ما قلنا ان هذا معنى ذو اجزا فاذا نوى ما يحدث من اجزايه
صدق ۞ قال وان كان صحيحا فقال ان صححت فامراتي طالق فكان صحيحا حين سكت فامراته طالق وهو
كذلك بصير فقال ان ابصرت او كسميع فقال ان سمعت لان الصحه هي الاصل وليس بمعنى يحدث فيتعلق اليمين بوجودها وقد
وجدت فاما القايم والقاعد والراكب فهو على القيام والجلوس والركوب اذا مكث ساعه بعد اليمين حنث وهذا يريد
به اذا قال القايم ان قمت والقاعد ان قعدت والراكب ان ركبت لان البقا على هذه الافعال يسمى باسم الابتدا فقد
وجد ما يتناوله الاسم عقيب اليمين وكذلك الساكن اذا لم ياخذ في النقلة لان البقا على السكنى يسمى سكنى ۞
فاما الدخول اذا حلف وهو داخل ان لا يدخل فلا يكون الا على دخول مستقبل وان نوى ما هو فيه لم يحنث لان
الدخول هو الانفصال من خارج الى داخل وهذا المعنى لا يوجد في البقا ۞ وكذلك اذا حلف لا يخرج وهو خارج
لان الخروج هو الانفصال من داخل الى خارج وهذا لا يوجد في البقا ۞ وكذلك الحبل اذا قال للحبلى اذا حبلت
تناولت اليمين حبلا مستقبلا لان الحبل هو ابتدا العلوق ۞ فاما القرب والاكل فهو على الحادث فكل شي
اكله بعد يمينه او قربه بعد يمينه فهو حانث لان القرب ذو اجزا كل جز منه ابتدا ۞ فاما اللبس فهو مثل
الركوب لان البقا عليه يسمى لبسا يوضح ذلك انه يقول لبست يوما وركبت يوما ولا يقول الدار يوما ۞
وقال في الاصل اذا قال لامراته انت طالق ما لم تحيضي او ما لم تحبلي وهي حايض او حبلى في حال الحلف فهي طالق
حين سكت الا ان يكون ذلك يعني حين سكت لانه جعل حدوث الحيض والحبل شرط البر فما لم يوجد عقيب
اليمين حنث ۞ وان كان يعني ما هي فيه من الحيض دين فيما بينه وبين الله في الحيض لما بينا ان الحيض ذو اجزا
فيصح ان يسمي ما يحدث من اجزايه باسم الابتدا فاما في الحبل لا يصدق لانه ليس بمعنى ذي اجزا وانما هو معنى
واحد الا ترى ان ما يتزايد من الحيض حيض والحبل ليس بمعنى يزداد فلا يصدق فيما بينه وبين الله ولا في القضا ۞

باب الحلف على التزويج بشروط مختلفه

قال رضي الله عنه هذا الباب ذكره ابو الحسن في جامعه واوردناه لحاجه الى ما فيه من المسايل قال ابن سماعه سمعت ابا يوسف
في رجل قال ان تزوجت امراه بعد امراه فهي طالق فتزوج واحده ثم ثنتين في عقده فانه وقع الطلاق على احدى الاخريين
لانه قد تزوج امراه بعد امراه وان كان جمعها غيرها فقد وقع الطلاق على احديهما فكان اليه التعيين ۞ ولو تزوج
امراتين في عقده ثم تزوج امراه بعدها طلقت الاخرى وذلك لانه تزوجها بعد امراه والاوليان كل واحده منهما
لا توصف انها بعد الاخرى فكانت الاخره هي المستحقه للشرط ۞ ولو قال ان تزوجت امراه فهي طالق فتزوج
صبيه طلقت لان الغرض من اليمين الامتناع من النكاح فهذا تعيد الجنس فصار قوله امراه كقوله انثى ۞ وقال
ابن سماعه عنه ان قال ان تزوجت امراتين في عقده فهما طالقان فتزوج ثلثا في عقده فانه تطلق امراتان من
نسايه يوقع على التعيين من الثلث لانه قد تزوج امراتين وان كان معهما ثالثه وليس احداهن بالطلاق اولى من
الاخرى فيرجع الى تعيينه ۞ قال ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادره في رجل قال والله لا ازوج ابنتي الصغيره
ثم امر رجلا فزوجها او زوجها رجل بغير امره فاجاز فهو حانث لان حقوق العقد في النكاح لا تتعلق بالعاقد
فتعلقت بالمجيز ۞ ولو حلف لا يزوج ابنا له صغيرا فامر رجلا فزوجه ثم بلغ الابن فاجاز او زوجه رجل فاجاز الاب

ورضي الاب لم يحنث لان حقوق العقد لم تتعلق بالعاقد تعلقت بالمجيز فلسبب العقد اليه ۞ وقال هشام
عن محمد في نوادره في رجل حلف بطلاق امراته ثلثا لا يزوج بنتا له صغيره فزوجها رجل من اهله او غريب والاب حاضر
في المجلس حيث زوجت الا انه ساكت حين قال الذي زوج للذي خطب قد زوجتكها وقال الاخر قد قبلت والاب
ساكت ثم قال بعدما وقع عقده النكاح وهو في ذلك المجلس قد اجزت النكاح فروي عن محمد انه لا يحنث لان الذي زوج
غيره واجاز هو ۞ وكذلك اذا حلف على امته وذلك لان الاجازه لا تسمى انكاحا وهو حلف على التزويج فاذا فعل
ما لا يتناوله الاسم لم يحنث ۞ قال ابن سماعه عن محمد في نوادره في رجل تزوج امراه بغير امرها زوجه وليها
ثم حلف المتزوج ان لا يتزوجها ابدا ثم بلغها النكاح فرضيت او كان الذي زوجها وهو لا يعلم ثم حلف بعد ذلك
ان لا يتزوجها ثم بلغه النكاح فاجاز لم يحنث في واحد من الوجهين لانه لم يتزوج بعد يمينه انما اجاز نكاحا قبل يمينه
او اجازته المراه وهذا صحيح على ما قدمنا ان شرط يمينه التزويج في المستقبل والاجازه ليست بتزوج ۞ زنتها
قال ابن سماعه عن محمد لو قال لا اتزوج فلانه بالكوفه فزوجها ابوها اياه بالكوفه ثم اجازت بعد اذ كان حانثا وانما جاز الساعه بالحا
النكاح الذي كان بالكوفه وكذلك قال في الجامع الكبير وهذا على ما بينا ان الاجازه ليست بنكاح وانما النكاح الايجاب والقبول
فاذا حصلا بالكوفه وانضم اليهما الاجازه وجد شرط الحنث فحنث ۞ قال ابن سماعه عن محمد في رجل قال ان تزوجت فلانه
فهي طالق فصارت معتوهه فزوجها اياه ابوه فهو حانث لان حقوق العقد تتعلق بالمعقود له وهو المتزوج فحنث ۞ وقال
معلى سمعت محمدا عن امراه حلفت ان لا تزوج نفسها من فلان فزوجها رجل منه بامرها فهي حانثه وكذلك لو زوجها رجل
فرضيت وكذلك لو كانت بكرا فزوجها ابوها فسكتت وذلك لان العقد المجاز بوقفها وحقوقه تتعلق بها فصار كانها
عقدت وهذه الروايه مخالفه لروايه هشام ۞ وكذلك لو حلف لا ياذن لعبده في التجاره فراه يشتري ويبيع انه
ان سكت كان حانثا في يمينه وذلك لان السكوت اذن منه فكانه اذن بالنطق ۞ وروى بشر ومعلى عن ابي يوسف
انه قال لا يحنث لان السكوت ليس باذن وانما هو اسقاط حقه عن المنع من تصرف العبد ۞ قال فان حلف لا يسلم
لفلان شفعه فبلغه انه اشترى دارا هو شفيعها فسكت قال لا يحنث لان الساكت ليس بمسلم وانما اسقط حقه
للتفريط في طلبه ۞ وقال عمرو عن محمد في رجل حلف لا يزوج عبده فزوج العبد نفسه ثم اجاز المولى فان المولى يحنث
ولو حلف الاب ان لا يزوج ابنته فزوجها عمها واجاز الاب لم يحنث لان غرض المولى باليمين ان لا يعلق برقبته عبده حق
النكاح وهذا المعنى موجود ان اجاز فاما الاب فغرضه ان لا يفعل ما يسمى نكاحا والاجازه ليس بنكاح ۞ قال
على وبشر عن ابي يوسف في رجل حلف ان لا يوخر حقه عن فلان شهرا فلم يوخر شهرا وسكت عن تقاضيه حتى مضى الشهر
لم يحنث وهذا قول ابي حنيفه لان التاخير هو التاجيل وترك التقاضي ليس بتاجيل ۞ قال ولو ان امراه حلفت لا تاذن
في تزويجها وهي بكر فزوجها ابوها فسكتت فانها لا تحنث والنكاح لازم لها لان السكوت ليس باذن وانما اقيم مقامه
بالسنه

باب الرجل يعطف على اليمين بعد السكوت

قال رضي الله عنه الاصل في هذا الباب ما روي عن ابي يوسف انه قال اذا عطف على يمين بعد السكوت بما يوسع على نفسه
لم يقبل قوله كما لا يقبل في الاستثنا بعد السكوت وان عطف بما يشدد على نفسه جاز لانه يملك الايقاع واليمين التي لم
يكن حلف بها فاذا ثبت هذا الاصل قال ابن سماعه سمعت ابا يوسف في رجل قال ان دخلت فلانه الدار فهي طالق ثم سكت سكته
ثم قال وهذه يعني امراه اخرى فانها تدخل في اليمين لان الواو للجمع فكانه قال وهذه طالق ان دخلت تلك الدار وفي هذا
تشديد على نفسه فيقبل ۞ قال وكذلك ان قال بعدما سكت وان دخلت هذه الدار فانها تطلق ان دخلت الدار الاولى
وذلك لانه عطف على الشرط وهذا يقتضي وقوع الطلاق على الاولى بدخول كل واحده من الدارين وفي هذا تشديد على
نفسه فيقبل ۞ وكذلك لو قال هذه طالق ثم سكت ثم قال وهذه فانها تطلق وكذلك العتق لو قال لعبده انت حر
ثم سكت ثم قال وهذا فهو حر وذلك لانه جمع بينهما في الايقاع وهذا تشديد على نفسه ۞ ولو قال لامراته انت
طالق ان دخلت الدار ثم سكت ثم قال وهذه يعني دارا اخرى فليس له ذلك فان دخلت الاولى طلقت وذلك لان
العطف يقتضي زياده في شرط اليمين الاولى الا ترى انه اذا علق الطلاق بدخول دارين لم يقع باحدهما وهو لا يملك
تغيير شرط اليمين بعد السكوت وذلك لان في هذا توسعه على نفسه فلا يجوز بعد السكوت كالاستثنا ۞

باب الرجل يحلف على فعل فيقع الحلف على الصحيح منه والفاسد او على الصحيح دون الفاسد او على التام منه او الناقص

قال ابن سماعه عن ابي يوسف اذا قال الرجل عبدي حر ان وهبت لفلان شيا او تصدقت عليه او اعرته او نحلته او اعطيته
او اقرضته ثم وهب له او تصدق عليه او اقرضه او اعطاه او نحله او اعاره فلم يقبل ذلك المحلوف عليه فان الحالف يحنث
وكذلك قال محمد في الجامع الكبير في الصدقه والهبه والنحلى والعاريه وكذلك قال ابو حنيفه في الجامع الصغير في الهبه
وقال زفر لا يحنث في الهبه حتى يقبل الموهوب له ويقبض وروى ابن سماعه عن ابي يوسف روايه اخرى في القرض

انه لا يكون مقرضا الا ان يقبل ذلك منه المستقرض وروى ابن سماعه عن محمد في نوادره اذا اقرضه فلم يقبل فليس بمقرض
اما الهبة والصدقة والعارية فوجه قولهم انه ليس عن الموهوب له والمعار عوض مقصود فصار المقصود فيها من جهة
الواهب والمعير وقد فعل ذلك وانما يحتاج الى القبول ليستحق به ما هو من جهة الاخر فاذا لم يكن من جهته شي لم يعتبر
قبوله في استحقاق الاسم فيحنث ووجه قول زفر ان الهبة لا تتم الا بالقبول والحلف يقتضي الامرين كالبيع وأما
القرض فوجه قول ابي يوسف انه يحنث من غير قبول لان صحة القرض لا تقف على تسمية العوض كالهبة ووجه
الرواية الاخرى انه تمليك بعوض كالبيع وقد قال ابو يوسف في هذه الرواية لو حلف لا يستقرض من فلان شيئا
فاستقرضه فلم يقرضه قال فهو حانث وفرق بين القرض والاستقراض وذلك لان الاستقراض طلب القرض فهو
كالسوم في البيع قال ابو الحسن واذا حلف على عقد فيه بدل مثل البيع والاجارة ففعل ما حلف عليه ولم يقبل الاخر
لم يحنث وذلك لان المقصود بالبيع حصول العوض وذلك لا يتم الا بالايجاب والقبول فما لم يوجد القبول لم يحصل
غرض البايع فلم يحنث فان وقع العقد وقبل والعقد صحيح في البيع او فاسد يملك به اذا قبض حنث الحالف وذلك
لان اسم البيع يتناول الصحيح والفاسد الا ترى ان العرب وضعت الاسم لهذا النوع من العقد وهي لا تعرف الاحكام
واذا كان الاسم يتناول الفاسد والغرض من التمليك يحصل به كما يحصل بالصحيح حنث في يمينه فاما اذا كان مما لا
يملك به كالبيع بالميتة والدم لم يحنث لانه لا يحصل فيه الغرض من التمليك فان باع بيعا فيه خيار للبايع او للمشتري
حنث في قول محمد ولم يحنث في قول ابي يوسف لا سيما ان الخيار لابي يوسف ان شرط الخيار يمنع تعلق الاستحقاق
بالعقد فهو كالايجاب بغير قبول ولمحمد ان اسم البيع يتناول ما شرط فيه الخيار والملك يتعلق به اذا انضم
اليه معنى اخر كالبيع الفاسد مع القبض قال محمد سمعت ابا يوسف قال فيمن قال ان اشتريت هذا العبد
فهو حر فاشتراه على ان البايع بالخيار فمضت الثلاثة ووجب البيع لم يعتق لان اسم الشرا قد وجد وليس في ملكه
فانحلت اليمين فلا يعتق بعد ذلك بوقوع الملك وليس كذلك لو كان الخيار للمشتري لان اسم الشرا لا يتناول ما
شرط فيه الخيار وانما صار مشتريا بسقوط الخيار والعبد في ملكه فعتق عليه واذا حلف ان لا يتزوج ولا يصلي
فهو على الصحيح من ذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد الا ان يعني غير الصحيح وذلك لان النكاح لا يملك بفاسده
كما يملك بصحيحه والغرض من النكاح الملك يوجد في الفاسد لم يحنث وليس كذلك البيع لان الغرض منه الملك وذلك
يوجد في الفاسد وعلى هذا الغرض بالصلوة التقرب الى الله تعالى وذلك لا يوجد في فاسدها فاختصت اليمين بالصحيح
قال محمد ولو كان الكلام على الماضي فقال عبده حر ان كان اشترى او تزوج او صلى فهو على الصحيح منه والفاسد لان
الماضي لا يقصد منه الملك وانما الغرض الاخبار والاسم في الصحيح موجود والفاسد معا فحملناه عليهما جميعا فان
عنى بذلك الصحيح دين في القضا لان الظاهر من الصلوة والنكاح الصحيح وانما حملنا اليمين على الفاسد لانه لا غرض في
الماضي يختص بالصحيح فاذا نواه فقد نوى ظاهر كلامه فيصدق وقال ابن سماعه عن ابي يوسف قال ابو حنيفة
لو ان رجلا قال والله لا ابيعن ام ولدي او هذه المراة الحرة او هذا الحر المسلم فباعهم بيعا فاسدا بر في يمينه
وقال ابو يوسف في الرجل الحر المسلم مثل ذلك وخالف في ام الولد والحرة وقال اليمين على ان يبيع بيعا فاسدا
اما الرجل الحر المسلم فلا يتصور عليه الا بيع باطل فعلم ان اليمين تناول ذلك واما المراة فابو حنيفة يقول انه
يباع في الحال بيعا مجازا او يباع بعد السبي بيعا صحيحا والحال اخص باليمين فحملت عليها وابو يوسف يقول اذا امكن
حمل اليمين على الحقيقة كان ذلك اولى من حملها على المجاز وهذا نظير اختلافهم في العبد اذا قال كل عبد املكه
فهو حر وقال ابن سماعه عن ابي يوسف في رجل قال ان كنت تزوجت اليوم امراة فعبدي حر وقد تزوج
نكاحا فاسدا قال لا يحنث ولو قال ان لم اكن تزوجت اليوم امراة فعبدي حر وقد تزوج في ذلك اليوم تزوجا
فاسدا قال يعتق ولا يحنث وكذلك رجل صلى ركعتين بغير وضوء وقال ان كنت صليت اليوم ركعتين فغلامي حر
وهو يعني ان صلوته ليست بصلوة قال لا يعتق غلامه ولو قال ان لم اكن صليت اليوم ركعتين فغلامي حر ولا نية
له عتق غلامه فكانه اعتبر لفظ اليمين فاذا كانت على الاثبات اختصت بالصحيح وان كانت في الماضي فان كانت بلفظ
النفي تناولت الفاسد والصحيح وقالوا فيمن قال والله لا تزوجن هذه المراة اليوم ولها زوج فهذا على ان يتزوجها
تزوجا فاسدا وذلك لانه لا يمكن ان يعقد عليها عقدا صحيحا فتناولت يمينه الفاسد قال ابو الحسن
ولو حلف لا يصلي فكبر ودخل في الصلوة لم يحنث حتى يركع ويسجد سجدة استحسانا والقياس ان يحنث وجه
القياس ان اسم المصلي يتناول الداخل في الصلوة الا ترى انهم يقولون فلان يصلي ووجه الاستحسان ان الصلوة عبارة
تشتمل على افعال مختلفة فما لم يوجد جنسها لم يوجد الاسم فلا يحنث قال ولو قال لا اصلي صلاة او اصلين
صلوة فانه لا يحنث حتى يصلي ركعتين لانه لما ذكر المصدر اقتضى ذلك ما هو صلوة في الشرع وذلك لا يكون اقل من
ركعتين وقالوا فيمن حلف لا يصلي الظهر فانه لا يحنث حتى يتشهد الا بعد وذلك لان الظهر عبارة عن اربع ركعات
فما لم يوجد جميعها لم يحنث قال ولو حلف لا يصوم فاصبح بنية الصوم ثم افطر حنث وذلك لان الصوم
هو الامساك مع النية في زمان مخصوص وهذا المعنى موجود في الجزء الاول في كونها صوما وما بعده تكرار لمثله
فلا يعتبر كما لا يعتبر تكرار مثل الركعة الاولى في كونها صلوة ولو حلف لا يصوم صوما لم يحنث حتى يصوم يوما
لانه ذكر المصدر فاقتضى ذلك صوما شرعيا وذلك لا يكون في اقل من يوم وكذلك لو حلف لا يصوم يوما

ولو حلف لا يحج حجة او قال لا احج ولم يقل حجة فاحرم لم يحنث حتى يطوف طواف الزيارة لان الحجة عبارة عن اجناس من
الفعل فتناولت اليمين جميعها وذلك يوجد باكثر الطواف فان جامع فيها لم يحنث لان المقصود من الحج القربة فتتناول
اليمين الصحيح كالصلوة قال ولو حلف لا يعتمر فاحرم وطاف اربعة اشواط حنث لانه وجد ما هو ركن في العمرة
فصار كوجود اركان الحج

باب الرجل يحلف ان لا يحلف

قال رضي الله عنه اصل هذا الباب ان الحلف في الشرع جملة تتضمن شرطا وجزاء يقصد بها الامتناع اذا لم تجر العادة بخلاف ذلك
وقد بينا هذا قال وفيمن قال لامراته ان شيت فانت طالق انه ليس بحالف لان هذا تفسير التخيير والتخيير ليس بحلف
بدليل ان النبي صلى الله عليه خير نساه وقد روي عن بعض الصحابة مسندا او موقوفا ملعون من حلف بالطلاق ومن حلف به
وهذا يمنع ان يكون تخييره حلفا وقد قالوا فيمن قال لامراته اذا حضت حيضة فانت طالق انه ليس بحالف لان هذا
تفسير طلاق السنة ولو قال انت طالق للسنة لم يكن حالفا فكذلك اذا اتى بتفسيره ولهذا قالوا لو قال لها اذا
حضت فانت طالق كان حالفا لانه يقتضي وقوع الطلاق في الحيض وذلك ليس بتفسير لطلاق السنة وقد
قالوا فيمن طلق امراته طلاقا موقتا فقال انت طالق غدا او راس الشهر فليس بحالف لانه طلاق موصوف ولم
يعلقه بشرط وقد قال الشافعي ان الحلف ما تعلق بشرط يقدر على الامتناع منه فان قال اذا طلعت الشمس او
جا غد فانت طالق فليس بحالف لانه لا يقدر على الامتناع من هذا الشرط وهذا ليس بصحيح لانه اخرج كلامه مخرج
الامتناع فكان حالفا وان لم يكن ذلك في قدرته قال ابو الحسن الحلف عندنا ما تعلق بالشرط يقع الحنث فيه
بوجود الشرط كان ذلك في المجلس الذي حلف فيه او غيره فاما ما يقع بالجواب عنه خارجا عن المجلس او كان معلقا
بوقت فليس بحلف وقد بينا هذا او فسرته بقوله ان اكلت او شربت او امطرت السما او جا غد فعبدي حر او امراتي
طالق وهذا على ما بيناه واصل اخر يعتبر في الباب وهو ان المحلوف به ما جاء بعد حرف الجواب ومن جاء بعد
حرف الشرط فليس بمحلوف عليه الا ترى ان من قال لعبده ان دخلت الدار فامراتي طالق فهو حالف بطلاق امراته لانها
جات بعد حرف الجواب وليس بحالف بالعبد لانه داخل في الشرط وقال معلى عن ابي يوسف ان قال انت طالق
في نفر الحاج او ذبح الناس فهو يمين لانه دخل حرف الظرف على الفعل فصار شرطا ولو قال في الاضحى لم يكن
يمينا لانه ادخل حرف الظرف على الوقت فكان مطلقا بصفة قال واذا قال والله لا احلف بطلاق عمرة
فالحلف بطلاقها ان يدخل في الجواب فاذا قال بعد ذلك ان دخلت زينب الدار فعمرة طالق حنث ولو قال ان دخلت
عمرة الدار فزينب طالق لم يحنث وهذا على ما قدمنا ان المحلوف به ما جا بعد حرف الجواب دون من دخل في الشرط
ومن مسايل هذا الباب ما ذكره في الجامع الكبير فيمن قال لامراته ان حلفت بطلاقك
فانت طالق كرر ذلك ثلثا وقعت عليها تطليقتان وانعقدت يمين ان كانت مدخولا بها وذلك لانه لما قال لها اول مرة
فقد انعقد عليها يمين شرطها ان يحلف بطلاقها وجوابها ان يقع الطلاق عليها فلما قال لها ثانيا ان حلفت بطلاقك فانت
طالق فقد وجد شرط اليمين الاولى لانه حلف بطلاقها الا ترى انها دخلت في الجواب فوقعت عليها تطليقة وانحلت
اليمين الاولى وانعقدت الثانية فلما قال لها ثالثا فقد وجد شرط اليمين الثانية فوقعت عليها تطليقة
اخرى وانحلت اليمين الثانية وانعقدت اليمين الثالثة فان اعاد القول الرابعة وقعت عليها تطليقة ثالثة
وانعقدت عليها يمين اخرى لان الطلاق يقع بتمام الكلام واليمين تنعقد قبل وقوع الطلاق

فصل

فان وصل الرجل كلامه فيكون قطعا للاستثناء عن اليمين او لا يكون قال ابن سماعه عن ابي يوسف فيمن قال لامراته
ان خرجت من الدار فانت طالق ثلثا فاعلمي ذلك الا باذني او ان شا ابوها لا تطلق وهذا كلام واحد لان قوله فاعلمي ذلك
يقتضي تعليق الكلام الثاني بالاول بحرف العطف فصار كلاما واحدا فعمل فيه الاستثنا ولو قال اعلمي ذلك
واذهبي انقطع الاستثنا لانه لم يتعلق بالكلام الاول فصار كلاما مبتدا فقطع الاستثنا ومعنى هذا قول
ابي حنيفة ان يقع الطلاق في الفصلين على اصله فيمن قال انت طالق ثلثا ان شا الله قال ابن سماعه عن محمد
فيمن قال لامراته انت طالق يا زانية ثلثا ان دخلت الدار او قال انت طالق ثلثا يا زانية ان دخلت الدار لم تطلق الا
بالدخول وعليه اللعان لان قوله يا زانية صفة لها كقوله انت طالق يا فاطمة لا يفصل ولا يجوز ان يكون في حكم
من علق القذف بالشرط لان القذف جعله صفة المطلقة وصفات المطلقة لا تقف على الشرط انما يقف
الطلاق وقال محمد في الجامع الكبير اذا قال لها انت طالق يا زانية ان دخلت الدار فدخلت الدار وقع
الطلاق ولا حد ولا لعان فجعله في حكم القذف المعلق بالشرط فلا يكون قاذفا وذلك لان اللعان تعلق
بقذفه وبانت بدخول الدار فسقط اللعان من طريق الحكم ولم يجب الحد وقال بشر عن ابي يوسف
قال ابو حنيفة اذا قال لامراته ولم يدخل بها انت طالق يا زانية ثلثا قال لا حد عليه ولا لعان وكذلك قال
ابو يوسف فلو فصلا يقول يا زانية بين الايقاع والعدد لانه صفة له فوجب اللعان بقذفه وبانت بقوله
ثلثا فسقط اللعان من طريق الحكم قال وقال ابو حنيفة وابو يوسف اذا قال لها ولم يدخل بها
انت طالق ثلثا او انت طالق ان دخلت الدار فماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان دخلت الدار فهذا باطل
لا يلزمه به طلاق لان الوقوع يقف بآخر الكلام وقد حصل ذلك وهي اجنبية ولو قال انت طالق ثلثا

يا عمرة فمات قبل قوله عمرة فالطلاق لها لازم لأن قوله يا عمرة ليس بشرط ولا عدد فلا يقف الوقوع عليه فاذا وقع
الطلاق بقوله انت طالق لم ينفعه الموت ۞ قال وقال ابو حنيفة لو قال لامرأته ولم يدخل بها انت طالق يا زانية
ثلثا فهي ثلث ولا حد ولا لعان وقال ابو يوسف هي طالق واحدة وعليه الحد لابي حنيفة ما قدمنا ان قوله يا زانية قذف
فلا يفصل بين العدد والايقاع فيقف الوقوع على اخر الكلام فيصير قاذفا في حال الزوجية ويجب عليه اللعان فاذا بانت
سقط اللعان من طريق الحكم وحجة قول ابي يوسف ان قوله يا زانية لما لم يكن شرطا فصل بين الطلاق والعدد فبانت
بقوله انت طالق وصار قاذفا للاجنبية فيجب عليه الحد ۞ قال ابو يوسف الا ترى ان ابا حنيفة قال لو قال لها انت
طالق طالق ثلثا لم يلزمها الا واحدة فقولها يا زانية كلام قد تعلق به حد اشد من ذلك فهو اولى ان يفصل ۞ قال ولو
قال لها انت طالق يا زانية ان دخلت الدار كانت طالقا ولا حد ولا لعان لان قوله يا زانية لما فصل بين الشرط والايقاع
تعلق القذف بدخول الدار فلم يكن قاذفا ۞ قال ابو يوسف ولا يشبه هذا المدخول بها اذا قال لها انت طالق
يا زانية ثلثا انها بانت بثلث ولا حد ولا لعان لانه لو قال لها انت طالق وسكت فقيل له كم فقال ثلثا فكذلك اذا
فصل بقوله يا زانية لا يكون اكثر من الفصل بسكوته ۞

فصل في خروج الحالف عن يمينه او لا يخرج ۞

قال رضي الله عنه هذا الفصل مبني على ان تذكر الحالف اذا وقع في اليمين بكنايته او ذكر المحلوف عليه كان الداخل فيها بكنايته
خارجا من الشرط وان كان يعتبر كنايته دخل الا ان يكون الحالف وقع على بعض الحالف او المحلوف عليه ولا يدخل في
اليمين على وجه وهذا الاصل على ظاهر الرواية وان كان روي عن ابي يوسف خلاف فيه واذا ثبت هذا فاذا قال
ان دخل داري هذه احد او ركب دابتي احد او ضرب غلامي ففعل ذلك الحالف لم يحنث لان قوله احد نكرة وقد صار الحالف
بالاضافة معرفة فلا يدخل تحت النكرة ۞ وكذلك لو قال لرجل ان دخل دارك هذه احد او لبس ثوبك او ضرب
غلامك فضربه المحلوف عليه لم يحنث لان المحلوف عليه معرفة فلا يدخل في النكرة ۞ وان قال ان البست هذا القميص
احدا فالبسه المحلوف عليه لم يحنث لانه صار معرفة بالمخاطبة ۞ فان البسه المحلوف عليه الحالف حنث لانه قد دخل
تحت النكرة ۞ وان قال ان مس هذا الراس احد واشار الى راسه لم يحنث ان فعل ذلك الحالف اضافه
بكنايته او بصفته وان فعله غيره حنث ۞ لان اضافة الراس اليه بالخلقة اكثر من اضافته بحرف الاضافة ۞ وان قال
ان كلم غلام عبد الله بن محمد احد فعبدي حر فكلمه الحالف وهو غلامه حنث لانه اضافه الى نفسه بصريح ولم يضفه
بكنايته وليس يخرج منه فدخل في اليمين ۞ وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل قال لاخر والله لا يدخل
دارك هذه اليوم احد فهذا على غير رب الدار ان دخل غير رب الدار حنث وان دخل رب الدار لم يحنث
وان دخلها الحالف بنفسه حنث وهذا على ما قدمنا انه اضاف الدار اليه بكنايته فلم يدخل تحت اليمين ۞ وقال
ابن سماعة عنه في رجل قال والله لا يدخل داري هذه احد او قال والله لا يدخل هذه الدار احد او قال هذه الدار لا يدخلها احد
قال هذا كله على غيره وليس عليه وهذا خلاف ما قال محمد وخلاف الرواية الاولى عن ابي يوسف لانه اذا قال لا
يدخل هذه الدار احد فالحالف وصاحب الدار كل واحد منهما نكرة فدخل في اليمين على ما قدمناه وجه الرواية انه
جعل صاحب الدار معرفة بملكها وان لم تكن مضافة اليه كقوله هذا الراس وهذه الرواية التي استثناها في الاصل

فصل فيمن حلف على شيء فقال اخر علي مثل ذلك ۞ قال ابن سماعة عن ابي يوسف لو ان رجلا طلق امرأته
فقال اخر علي مثل ذلك فان هذا لا يلزم الثاني وكذلك لو قال علي مثل هذا الطلاق في امرأتي وذلك لان قوله علي مثل
ذلك ايجاب الطلاق على نفسه وذلك مما لا يصح ايجابه ۞ ولو احلف رجل بطلاق امرأته لا يدخل هذه الدار فقال
اخر علي مثل ذلك ان دخلتها فان دخلها الثاني لا يلزمه طلاق امرأته لانه اوجب على نفسه الطلاق فان دخل الدار
فالطلاق ليس بقربة ليجب بالنذر ۞ فان اراد بهذا ايجاب اليمين فليس بطلاق حتى يطلق فان لم يفعل حتى
يموت احدهما حنث لان النذر اذا اريد به اليمين صار كانه قال والله لاطلقنها ۞ ولو قال عبدي حر ان دخلت هذه
الدار فقال اخر علي مثل ذلك ان دخلت هذه الدار فدخل الثاني لم يعتق عبده وذلك لانه اوجب على نفسه بدخول
الدار عتقا غير معين فكان له الخروج منه بشراء عبد يعتقه فلم يجز ان يتعلق العتق بعبده واذا لم يتعلق به
لم يلزمه عتق في ذمته لان ذلك ليس بمثل ما اوجب الحالف ۞ ولو ان رجلا قال لله علي نسمة ان دخلت
هذه الدار فقال اخر علي مثل ذلك ان دخلت فهذا لازم للاول ولازم للثاني وايهما دخل لزمه نسمة لان الاول
اوجب عتقا في ذمته وذلك مما يجب بالنذر فاذا اوجب الاخر مثله وجب عليه وليس كذلك الفصل الاول
لانه اعتق ولم يوجب ولا يكون على الثاني ايجاب لانه ليس بمثل له ۞ ولو قال كل ماله هدي فقال اخر وعلي مثل ذلك
لزمه ان يهدي جميع ماله سواء كان اقل من مال الاول او اكثر الا ان يعني بمثل قدره فيلزمه مثل ذلك ان كان ماله
الثاني اكثر ويلزمه في ذمته تمام مال الاول ان كان مال الثاني اقل لان الطلاق لا ايجاب ينصرف الى هدي جميع
ماله كما اوجب الاول فاذا اراد القدر فقد نوى ما يحتمله الكلام فيحمل عليه ۞ فان قال رجل كل مال املكه الى سنة
فهو هدي فقال اخر علي مثل ذلك لم يلزمه شيء لان الثاني لم يضف الهدي الى الملك فلا يثبت الاضافة بالاضمار ۞
قال محمد في الاصل اذا قال الرجل علي المشي الى بيت الله وكل مملوك لي حر وكل امرأة لي طالق ان دخلت الدار
فقال اخر وعلي مثل ما جعلت على نفسك ان دخلت الدار ثم دخل الثاني الدار فانه يلزمه المشي ولا يلزمه الطلاق
والعتاق ثم قال الا ترى انه لو قال علي طلاق امراتي ان الطلاق لا يقع عليها وهذا يستدل به على ان من قال

الطلاق علي او واجب لي لازم لا يقع طلاقه وكان اصحابنا بالعراق يقولون فيمن قال الطلاق لازم انه يقع لعرف الناس
لانهم يريدون به الطلاق وكان محمد بن سلمة يقول ان الطلاق يقع به بكل حال وحكي الرهندواني عن علي بن احمد عن نصير
بن يحيى عن محمد بن مقاتل انه قال المسئلة على الخلاف قال ابو حنيفة اذا قال الطلاق لي لازم او علي واجب لم يقع وقال
محمد يقع في قوله لازم ولا يقع في قوله واجب وحكى ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره في رجل قال الزمت نفسي طلاق
امرأتي او الزمت نفسي عتق عبدي هذا قال ان نوى به الطلاق والعتاق فهو واقع وان لم ينو لم يلزمه وكذلك
لو قال الزمت نفسي طلاق امرأتي هذه ان دخلت الدار او عتق عبدي فدخل الدار وقع العتاق والطلاق ان نوى ذلك
وان لم ينو فليس بشيء لابي حنيفة ان الطلاق لا يقع ايجابه فلم يتعلق بالتزامه حكم فسقط ۞ ولمحمد
ان العادة جرت انهم يذكرون لفظة اللزوم في الايقاع فوقع بالعادة ولا عادة في الايجاب فلم يقع به شيء ولابي يوسف
ان الظاهر من الالزام والايجاب النذر ويحتمل انه يريد به التزام حكم الطلاق الواقع فوقف ذلك على النية ۞

فصل فيمن عقد على غيره يمينا فاجازها المعقود عليه ۞ قال ابن سماعة عن ابي يوسف اذا قال الرجل
امرأة زيد طالق ثلثا ورقيقه احرار وعليه المشي الى بيت الله ان دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان قد حلف بذلك
كله وذلك لان نعم جواب لا يستقل بنفسه فما خرجت عليه متضمن فيها قال الله تعالى هل وجدتم ما وعد ربكم
حقا قالوا نعم تقديره نعم وجدنا وفي الشهود على المشهود عليه كتاب الوثيقة ويقولون نشهد عليك بما
فيه فيقول نعم اشهدوا علي بما فيه من البيع ۞ ولو لم يكن قال نعم ولكنه قال اجزت ذلك فهذا لم يحلف
على شيء لان قوله قد اجزت ذلك ليس بايجاب ولا التزام فلا يلزمه شيء ۞ وان قال قد اجزت ذلك علي ان
دخلت الدار او قال قد الزمت نفسي ذلك ان دخلت الدار كان لازما له وذلك لانه التزم ما اشار اليه بقوله ذلك
فلزمه ۞ ولو ان رجلا قال امرأة زيد طالق فقال زيد قد اجزت لزمه الطلاق وكذلك لو قال رضيت ما قال او الزمته
نفسي وذلك لان هذا ليس بيمين وانما هو ايقاع فوقف على الاجازة واما اليمين فيحتاج الى الالتزام ليجوز على
الحالف فلا بد من لفظة الالتزام ۞ ولو ان رجلا قال ان بعت هذا المملوك عن زيد فهو حر فقال زيد قد اجزت لك
او رضيت ذلك ثم اشتراه لم يعتق لان الحالف اعتق عبده بشرط ووجد الشرط في غير ملكه فلم يحنث ولا
يتعلق بالاجازة حكم لان البائع لم يوقف اليمين وانما حلف على ملك نفسه ۞ ولو ان البائع قال ان اشترى زيد
هذا العبد فهو حر فقال زيد نعم ثم اشتراه زيد عتق عليه العبد لان البائع لما لم يعقد اليمين في ملك نفسه
وانما اضافها الى ملك المشتري صار عاقدا اليمين موقوفة على اجازته فاذا اجازها وقف عليه فتعلق الحكم بها ۞

باب الرجل يحلف لا يبتدئ فلانا بكلام ابدا

قال ابو الحسن واذا قال الرجل لاخر والله لا ابدأك بكلام ابدا فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه معا لم يحنث الحالف
في قول ابي يوسف ومحمد وذلك لان الابتداء وجود الشيء قبل غيره فاذا وجد الكلامان معا فلم يبدأه بالكلام فلا يحنث ۞
قال محمد وكذلك لو قال عبدي حر ان كلمتك قبل ان تكلمني فهذا والاول سواء لانه لما كلمه مع كلامه اياه فلم يبن احد
الكلامين قبل الاخر ۞ ولو قال عبدي حر ان كلمتك حتى تكلمني فتكلما معا لم يحنث عند ابي يوسف وقال محمد يحنث لابي يوسف
ان الحالف منع نفسه ان يكلم المحلوف عليه قبل كلامه ولو وجد فهو كقوله ان بداتك ۞ لمحمد ان حتى للغاية
فاقتضى ان يكون كلام المحلوف عليه غاية لكلام الحالف في اليمين فاذا كلمه قبل الغاية حنث ۞ وعلى هذا الخلاف اذا
قال لا اكلمك الا ان تكلمني فتكلما معا لان الا ان اذا دخلت على ما يتوقت بمنزلة حتى قال الله تعالى لا يزال
بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم ۞ قال ابو الحسن وكذلك سائر الافعال التي يحلف
عليها فهو على هذا المثال لان الحكم يتعلق بلفظ الشرط فلا فرق بين ان يدخل على كلام او فعل وهذا مثل ان
يحلف لا يدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان وقال الاخر على مثل ذلك فدخلا جميعا لم يحنث عند ابي يوسف ويحنث عند محمد

باب الحلف على الاكل والشرب

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل لا ياكل شيئا فاكله مما يكون اكلا ان يوصل الحالف الى جوفه ما يتاتى فيه المضغ والهشم ويغيبه
مهشوما او وصله او غير مهشوم مثل الخبز والفاكهة والتمر وسائر ما يتاتى فيه المضغ والهشم فالفرق سواء مضغه ثم
بلعه او بلعه غير ممضوغ قال والاصل في ذلك ان الاكل والشرب فعلان مختلفان قال الله تعالى وكلوا واشربوا
والعطف غير المعطوف عليه فاذا حلف لا ياكل فاوصل الى جوفه ما يتاتى فيه الاكل فقد فعل ما يتناوله الاسم
فيحنث في يمينه ولا فرق بين ان يمضغه او يبتلعه من غير مضغ لان الاكل قد يكون على الوجهين جميعا فاما
الشرب ان يوصل الى جوفه ما لا يتاتى فيه الهشم في حال وصوله مثل الماء والنبيذ والعسل الممخوض والسويق
الممخوض واللبن وغير ذلك لان هذا يسمى شاربا في العادة فحنث في يمينه ۞ فان حلف لا ياكل شيئا وهو مما لا
يتاتى المضغ فيه بنفسه فاكله مع غيره فهو على وجهين ان كان مما يوكل بالخبز غالبا حنث مثل ان يحلف
لا ياكل هذا اللبن فاكله بخبز او تمر او حلف لا ياكل هذا العسل فاكله كذلك لان هذا يسمى اكلا في العادة وكذلك
الخل لانه من جملة الادام فان صب على ذلك الماء ثم شربه لم يحنث في قوله لا اكل وحنث في قوله لا اشرب

لان هذا شرب وليس باكل. وكذلك لو حلف لا ياكل هذا الخبز فجففه ثم دقه وشربه بما لم يحنث لان هذا شرب والشرب غير الاكل. فان اكله مبلولا او غير مبلول حنث لان الخبز يوكل على هذه الصفه في العاده وكذلك السويق ان شربه بالما فهو شارب وليس باكل. قال هشام سالت محمدا عن رجل حلف لا ياكل هذه البيضه او لا ياكل هذه الجوزه فابتلعها قال قد حنث وهذا على ما بينا ان الاكل هو ايصال ما يتاتى فيه المضغ الى الجوف مضغ او لم يمضغ. قال فان حلف لا ياكل عنبا او رمانا فجعل يمصه ويرمي ثفله ويبلع ماءه لم يحنث في الاكل ولا في الشرب لان هذا ليس باكل ولا بشارب وانما يسمى مصا. قال فان عصر ما العنب فلم يشربه واكل قشره وحصرمه فانه يحنث وذلك لان العنب اسم لتلك الجمله فذهاب الما منها لا يخرجه عن ان يكون اكلا له الا ترى انه اذا مضغ العنب ابتلع العنب وليس باكل بابتلاع الما وصير اكلا بابتلاع الحصرم فدل على ان هذا اكل للعنب. وكذلك روى ابن سماعه عن ابي يوسف فيمن حلف لا ياكل رمانا فمص رمانه قال لا يحنث. وقال هشام عن محمد في رجل حلف لا ياكل سكرا فاخذ سكره فجعلها في فيه وجعل يبلع ماءها حتى ذابت قال لم ياكل وهذا صحيح لانه حين اوصلها الى جوفه وصلت وهي مما لا يتاتى فيه المضغ.

باب الحلف على الذوق

قال ابو الحسن رحمه الله الذوق حقيقه ان يوصل الشي الى فيه فيطعمه او يجد طعمه من غير ان يبتلعه. وذلك لان الذوق معرفه طعم المذوق وهذا المعنى موجود فيما ذكره. وكل اكل فيه ذوق والذوق ليس باكل فاذا حلف لا يذوق طعاما فطعمه بفمه حنث فان قال اردت بقولي لا اذوقه لا اكله حنث فيما بينه وبين الله ولم يدين في القضا وسوا كان المحلوف عليه ماكولا او مشروبا وذلك لانه قد يذكر الذوق ويراد به الاكل والشرب فاذا نوى ذلك لم يحنث فيما بينه وبين الله حتى ياكل او يشرب ولا يصدق في القضا لانه عدل عن ظاهر كلامه. قال هشام سالت محمدا عن رجل حلف لا يذوق في منزل فلان طعاما ولا شرابا فذاق فيه شيا ادخله فاه ولم يصل الى جوفه قال محمد فهذا على الذوق الا ان يكون تقدمه كلام. قال فان كان قال له المحلوف عليه تغد معي اليوم فحلف لا يذوق في منزله طعاما ولا شرابا قال محمد هذا على الاكل وليس على الذوق وهذا يدل على ما بينا ان حقيقه الذوق معرفه طعم المذوق بفيه ولهواته وقد يستعمل ذلك في الاكل والشرب واذا تقدم دلاله حال تخرج الكلام عليها فحملت اليمين على الاكل الذي اقتضته الدلاله فاذا تمضمض للصلوه وقد حلف ان لا يذوق الما لم يحنث لان المقصود التطهير وليس المقصود معرفه الطعم فاذا لم يسم ذلك ذوقا في العاده لم يحنث.

باب الرجل يحلف لا ياكل طعاما

قال ابو الحسن الطعام ما اكل بنفسه او كان معتادا ان يوكل مع غيره فاذا حلف الرجل لا ياكل طعاما فاكل خبزا او لحما او فاكهه او تمرا حنث لان الطعام في الاصل ما يطعم وقد اختص العرف ببعض الاشيا دون بعض الا ترى انهم لا يسمون الهليلج طعاما وكذلك السقمونيا واذا اختص الاسم ببعض المطعومات وجب اعتبار العرف فيه وفي العاده ان الادام يسمى طعاما فحنث به. فان حلف لا ياكل من طعام فلان فاخذ من خله او زيته او من كامخه او من ملحه فاكله بطعام نفسه حنث لان هذا مما جرت العاده باكله مع الخبز اداما له وهو طعام وقد قال عليه السلام نعم الادام الخل. فان اخذ من نبيذ فلان او مائه فاكل به خبزا لم يحنث لان العاده لم تجر باكل ذلك بالخبز ولا يسمى طعاما. قال ابو يوسف الخل طعام والما والنبيذ شراب وقال محمد الخل والملح طعام وهذا على ما قدمنا ان الطعام ما يوكل بنفسه او يوكل مع غيره.

باب الرجل يحلف فيتغير عن حاله

قال بشر سمعت ابا يوسف في رجل حلف لا ياكل من هذا الكفرى شيا فصار بسرا او حلف لا ياكل من هذا البسر شيا فصار رطبا او تمرا ان ابا حنيفه قال لا يحنث وكذلك لو حلف لا ياكل من هذا اللبن فاكل من جبن صنع منه او مصل او اقط او شيراز وكذلك لو حلف لا ياكل من هذه البيضه فاكل من فرخ خرج منها او حلف لا يذوق هذه الخمر فصارت خلا فان ابا حنيفه قال لا يحنث وكذلك قال ابو يوسف والاصل في هذا ان اليمين اذا تعلقت بعين بقيت ببقا الاسم فاذا زالت بزواله الا في الحيوان هكذا كان اصحابنا يستدلون ويحتجون بمن حلف لا يكلم هذا الشاب فصار شيخا او لا ياكل من لحم هذا الحمل فصار كبشا انه يحنث في الوجهين جميعا وهذا انما قالوه على طريق البيان والا فلا يحتاج اليه في الحد لانه اذا قال لا اكلم هذا الشاب فصار شيخا فاسم العين لم يزل وانما زالت الصفه وتغير الصفه في الاعيان لا يعتبر وانما يعتبر زوال الاسم وكونه شابا وصف لا صفه وليس باسم. قال ومتى كانت اليمين مطلقه اعتبر فيها الصفه المعتاده ولم يعتبر بقا الاسم فيتحصل من هذه الجمله بان الصفه في العين لغو وفي الغايب شرط والاسم شرط فيهما وانما قلنا ان اليمين في العين تبقى ببقا الاسم لانه عقد يمينه على العين المسماه وتغير الصفات لا يوثر فيها ولان المقصود بها فعل في اي وجه وجد الفعل حنث فاما الحيوان فالغرض من قوله لا اكلم هذا الشاب الاستخفاف به وذلك لا يختص بكونه شابا لان ذلك المقصود

من قوله لا اكل هذا الحمل الامتناع من لحمه وهذا المعنى موجود وان صار كبشا يبين هذا انه لو قال والله لا اكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان امتناعه من كلامه لا يجوز ان يكون لملكه الطيلسان فلم يبق الا ان يكون حلف على العين وعرفها بالاضافه فاما اليمين المطلقه فيعتبر فيها الصفه لانه ليس هنا عين يشار اليها فصارت الصفه هي المقصوده وكانت شرطا في اليمين. قال ابو يوسف في الفصول المتقدمه ان نوى ما دام على تلك الحال لم يحنث لانه شدد على نفسه. قال ولو حلف لا ياكل من لحم هذا الجدي فاكل من لحمه بعد ان صار تيسا او حلف ان لا يجامع هذه الصبيه فجامعها بعد ما صارت امراه يحنث قال ابو يوسف ولا يشبه الحيوان ما ذكرنا لان هذا هو ذاك بعينه وما ذكرناه قبله قد تغير فخرج عن تلك الحال وهذا على ما قدمناه. واذا حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه ولم يكن له نيه حنث لان الدقيق هكذا يوكل ولان الدقيق في اكله حقيقه غير متعارفه وهو ان يستفه ومجاز متعارف وهو ان ياكل ما يتخذ منه فتحمل اليمين على المجاز المتعارف لان الايمان عندنا تحمل على العاده. فان نوى لا ياكل هذا الدقيق بعينه لا يحنث لانه نوى حقيقه كلامه. فان حلف لا ياكل من هذه الحنطه يعني ان لا ياكلها حبا كما هي فاكل مما يخبز منها او من سويقها لم يحنث وان لم تكن له نيه فهو كذلك عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد يحنث قال وجمله هذا ان عند ابي حنيفه اذا كان لليمين حقيقه متعارفه ومجاز متعارف فان اليمين تحمل على الحقيقه ولا تحمل على المجاز. وان كانت الحقيقه غير متعارفه والمجاز متعارف حملت على المجاز المتعارف وقالا تحمل اليمين عليهما اذا كانا متعارفين لابي حنيفه ان الحقيقه هي المستعمل في موضوعه والمجاز هو المستعمل في غير موضوعه ومعدول به عنه واذا لم يجز حمله عليهما وقد تساويا في العرف كانت الحقيقه اولى لانها اصل الكلام وليس كذلك اذا كانت الحقيقه غير متعارفه لان اليمين تحمل على المعتاد فاذا تعذر ذلك في الحقيقه حملت على المجاز اذا ثبت هذا قال ابو حنيفه الحنطه يعتاد اكلها كما هي مطبوخه في هريسه وغيرها ومقلوه فكان حمل الاسم على الحقيقه اولى لهما ان الاسم يطلق للامرين والاراده لا تنافي فيحمل عليهما كلفظ العموم. وقد ذكر محمد في الاصل عنهما ما يدل على انه لا يحنث باكل الحنطه لانه قال لان اليمين تقع على ما يصنع الناس وذكر عنهما في الجامع الصغير ما يدل على انه يحنث لانه قال عن ابي حنيفه لو اكل الحنطه حنث وقالا لو اكل الخبز ايضا حنث. فاما السويق فلا يحنث عند ابي حنيفه باكله على اصله ان اليمين تحمل على الحقيقه وقد ذكر في الاصل في السويق ابا حنيفه وابا يوسف ثم من اصحابنا من قال انه غلط فان ابا يوسف يقول انه يحنث ومنهم من قال ان ابا يوسف فصل بين الخبز والسويق لان الخبز يسمى حنطه على وجه المجاز فيقال خبز الحنطه والسويق لا يسمى ذلك. ولو حلف لا ياكل تمرا ولا نيه له فاكل قسبا او بسرا مطبوخا او رطبا فانه لا يحنث الا ان ينوي ذلك لان اسم التمر لا يتناوله وقد بينا ان الاسم شرط في الحاضر والغايب فان عنى ذلك فقد شدد على نفسه. ونظير هذا ما قال محمد في الاصل اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل مذنبا حنث وهذه اربع مسايل اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل مذنبا او حلف لا ياكل رطبا فاكل رطبا فيه بسر يسير فانه يحنث في قولهم وهذا اذا وافق اسم الماكول اسم المحلوف عليه لانه وجد شرط حنثه اذا كانت الغلبه للذي حلف عليه. واما اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا مذنبا او حلف لا ياكل رطبا فاكل رطبا فيه بسر فان في قول ابي حنيفه ومحمد يحنث وقال ابو يوسف لا يحنث لابي حنيفه انه اكل الرطب مع غيره فصار كمن جمع بين رطبه وبسره. ولانه اكل اجزاء الرطب واليمين على ترك الاكل يستوي فيه القليل والكثير. لابي يوسف ان اسم الرطب لا يتناول المذنب فلا يحنث بتناوله كالتمر.

باب في هذا المعنى في غير الاكل

قال ابو الحسن قال بشر عن ابي يوسف في رجل حلف لا يدخل دارا بعينها فهدمت تلك الدار وبني فيها دار اخرى ان ابا حنيفه قال ان دخلها حنث وكذلك ان دخلها وهي مهدومه وكذلك قال ابو يوسف وهذا على ما بينا ان اليمين اذا تعلقت بعين بقيت ببقا الاسم واسم الدار يتناول المبنيه والمهدومه الا ترى انه عباره عما احاطت به الدائره والعرب تسمي موضع النزول دارا ولا بنا فيها ويسمون الاثار ديارا فيقولون ديار عاد. وقال لبيد: عفت الديار محلها فمقامها. واذا كان الاسم باقيا بعد الهدم وبعد بنا دار اخرى بقيت اليمين. ولو حلف لا يدخل بيتا بعينه فهدم ثم بني غيره في موضعه فدخله لم يحنث مهدوما كان او بعد ان بني وذلك لان هدم البيت يزيل الاسم عنه الا ترى انه عباره عن موضع المبيت المسقف المبني وذلك لا يكون بعد الهدم فلم يتناوله الاسم. قال ولو كانت اليمين على فسطاط مضروب في موضع فقلع فضرب في موضع اخر فدخله حنث وكذلك القبه من العيدان وكذلك درج من عيدان بدرابزين او منبر وذلك لان الاسم في هذه الاشيا لا يزول بنقلها من مكان الى مكان. ولو حلف لا يجلس الى هذه الاسطوانه وهي مبنيه او الى هذا الحايط فهدما ثم بنيا بنقضهما لم يحنث لان الحايط اذا هدم زال الاسم عنه وكذلك الاسطوانه فبطلت اليمين فاذا عادت عاد حايطا اخر لم يحلف عليه فلم يحنث. وكذلك لو حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به لان القلم اذا لم يكن مبريا لم يسم قلما وانما يسمى انبوبا فاذا كسر زال الاسم فبطلت اليمين. وكذلك لو حلف

على مقص فكسر فجعل مقصا غير ذلك لان الاسم زال بالكسر وكذلك كل سكين وسيف وقلب كسر ثم صنع مثله
قال ولو نزع مسمار المقص ولم يكسره ثم اعاد فيه مسمارا آخر حنث لان الاسم لم يزل بزوال المسمار وكذلك لو نزع
نصاب السكين وجعل مكانه نصابا آخر لان السكين اسم للحديد ، ولو حلف على قميص لا يلبسه او قبا محشوا او
مبطنا او جبة مبطنه او محشوه او قلنسوه او خفين فنقض ذلك ثم اعاده وانه هذا حنث لان الاسم باق ولم يتعد
النقض يقال قميص مفتوق وجبة مفتوقه وتغير الصفه مع بقا الاسم لا يبطل اليمين عن العين قال وكذلك السرج
ولو حلف لا يركب هذه السفينه فنقضها ثم استانف عملها بذلك الخشب فركبها لا يحنث لانه لا يسمى سفينه فقد
زال الاسم فبطلت اليمين ، ولو حلف لا ينام على هذا الفراش ففتقه وغسله ثم حشاه بحشوه وخاطه ونام عليه حنث
لان فتق الفراش لا يزيل الاسم عنه ، ولو حلف لا يلبس شقة خز بعينها فنقضها وغزلت وجعلت شقه اخرى
فلبسها لم يحنث لانها اذا نقضت صارت خيوطا وزال اسم المحلوف عليه ، قال ع لو حلف لا يدخل دارا فهدمت
وجعلت بستانا او حماما او مسجدا فدخله لم يحنث وذلك لان الاسم زال بالبنا الا ترى انه يسمى حماما ولا يسمى دارا
وزوال الاسم يبطل اليمين ، وكذلك لو حلف على قميص لا يلبسه فقطعه جبه محشوه فلبسه لم يحنث لان
الاسم زال عن الشي اليمين ، ونظير مسائل هذا الباب ما قالوا فيمن حلف لا يقرا في هذا المصحف فخلعه
بالف ورقه وجدد رقعه ثم قرا فيه حنث لان اسم المصحف باق وان فرقه ، قال ولو حلف على نعل لا يلبسها
فقطع شراكها وشركها بغيره ثم لبسها حنث لان اسم النعل يتناولها بعد قطع الشراك ، ولو حلفت امراه
لا تلبس هذه الملحفه فخيط جانباها فجعلت درعا وجعلت لها جيبا ثم لبستها لم يحنث لانها درع وليست ملحفه
فان اعيدت ملحفه فلبستها حنثت لانها عادت ملحفه بعينها بغير زياده ولا نقصان فهي على ما كانت عليه ،
قال ابن سماعه عن محمد في رجل حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه طايفه فدخلها لم يحنث لان اليمين وقعت على بقعه
معينه فلا يحنث بغيرها ، ولو قال مسجد بني فلان ثم زيد فيه فدخل ذلك الموضع الذي زيد فيه حنث وكذلك
الدار لانه عقد يمينه على الاضافه وهي موجوده في الزياده ،

باب في الرجل يحلف على الشي فيغلب عليه غيره

قال بشر عن ابي يوسف في رجل حلف لا يذوق من هذا اللبن شيا فصب
فيه ما فذاقه فهذا على وجهين اذا كان اللبن هو الغالب حنث لانه يسمى لبنا وان كان فيه ما ، وان كان الما
هو الغالب وقد ذهب طعم اللبن ولونه لم يحنث لان هذا ما ، وكذلك لو حلف لا يذوق من هذا النبيذ فصب
فيه خل وكذلك الما الملح اذا صب في الما العذب ، فان كان المحلوف عليه هو الغالب حنث وان كان ليس
بغالب وكان يستبين لونه او طعمه حنث ان ذاقه وان كان لا يستبين له لون ولا طعم وكان الغالب
الا انه لم يحنث فاعتبر ابو يوسف ظهور اللون او الطعم غالبا كان او مغلوبا وذكر محمد هذه المسله في الاصل
فقال اذا كان مغلوبا لم يحنث وظاهره يقتضي غلبة الاجزا ، وجه قول ابي يوسف ان اللون والطعم اذا كانا
باقيين فالجمله تنسب الى ذلك الا ترى انه يقال لبن مغشوش وخل مغشوش فحنث بهما ولو اذا لم يبق له
لون ولا طعم زال الاسم وانما يقال ما فيه لبن وما فيه خل فلم يحنث ، وجه قول محمد ان الحكم متعلق بالاكثر
والاقل تبع فيسقط حكم التبع ، قال ابو يوسف وان كان طعمهما واحدا ولونهما واحدا واشكل عليه والقليل
المخالط لما حلف عليه لخبط العلم انه ليس بغالب حنث وان كان الذي لم يحلف عليه كثيرا غالبا لا يشك فيه لم
يحنث ان ذاقه وان كان امرا بين ذلك يشك فيه ولا يدري فالاخذ بالثقه افضل والقياس ان لا يحنث
حتى يعلم ان الذي حلف عليه هو الغالب ولكن لا يوخذ في هذا بالقياس لانه اذا احتمل الحنث وغير الحنث لم يثبت
الكفاره بالشك ، وجه الاستحسان ان الموجب والمسقط لما تساويا كان الموجب اولى لانه يودي الى ابرا
الذمه بيقين ، قال ابو الحسين وكذلك رواية الاصل يعتبر الغلبه وهو الذي ذكره انما قال في الاصل في غير
المايع في السويق اذا لت بالسمن فاما المايع فلم يذكره هذا فيه ، فاما اذا اختلط المحلوف عليه بجنسه كاللبن
المحلوف عليه اذا اختلط بلبن اخر قال ابو يوسف هو كالجنسين اذا غلب غير المحلوف عليه لم يحنث وقال محمد
يحنث وان كان مغلوبا ، وجه قول ابي يوسف ان المحلوف عليه مغلوب فلم يحنث به كما لو اختلط بغير جنسه
وجه قول محمد ان الشي لا يصير مستهلكا بجنسه وانما يصير مستهلكا بغير جنسه فصار كانه غير
مغلوب ، وروى معلى عن محمد فيمن حلف لا ياكل سمنا فاكل سويقا ملتوتا بالسمن ولا نية له فان كان يستبين
السمن في السويق وكان اذا عصر سال السمن حنث وان كان على غير ذلك لم يحنث وان كان يجد طعمه وقد
ذكر في الاصل هذه المسله وذكر ان اجزا السمن اذا كان يستبين في السويق ويوجد طعمه حنث وذلك لانه اذا
استبان فليس بمستهلك فكانه اكله بنفسه واذا لم يستبن فقد استهلك اجزاوه فلم يعتد به والذي
اعتبره محمد من الانعصار فلانه قال اذا لم يمكن ان يتميز اجزا السمن فليس بمستهلك واذا لم يمكن ذلك
فهو مستهلك ، وقال معلى عن محمد في رجل حلف لا يشرب من هذا الخمر فصبها في ما فغلب على الخمر حتى
ذهب لونها وطعمها فشرب به لم يحنث وهذا في قول مثل قول ابي يوسف ، قال ولو حلف على قدح من ما
زمزم ان لا يشرب منه شيا فصب عليه من ما غيره كثيرا قدر الما الذي غلب على الخمر او اكثر فشربه فانه
يحنث وهذا على ما بينا من اصله ان الشي لا يصير مستهلكا بجنسه ، قال ع لو اخذ ذلك الما المحلوف عليه وصبه

[illegible] او حوض عظيم لم يحنث [illegible]
في الحوض العظيم [illegible] ولو حلف لا يشرب هذا الما [illegible]
[illegible] قال ابو الحسن [illegible] لا يشرب لبن هذه الشاه [illegible]
[illegible]
منه او جا بزيتون فعصر فاكل من زيته حنث ،

باب الرجل يحلف لا ياكل الشي فيقع على بعضه

قال ابن سماعه عن ابي يوسف في رجل قال والله لا اكل من ثمره هذا البستان وفيه نخل كثير او لا اكل من ثمره هذا النخل
وهي عشره او مايه او لا اكل من ثمره هاتين النخلتين او من هاتين الرطبتين او من هذه الثلث تفاحات او من هذين الرغيفين
او لا يشرب من لبن هاتين الشاتين فاكل بعض ذلك او شرب بعضه فانه حنث وذلك لان من للتبعيض فاقتضت
يمينه المنع من تناول الجمله وابعاضها فاذا اكل او شرب البعض حنث ، قال ابو يوسف ولو قال والله لا اشرب
لبن هاتين الشاتين ولم يقل من فانه لا يحنث حتى يشرب من لبن كل شاه وذلك لانه حلف عليهما فلا يحنث بفعل احدهما
فاذا شرب جزا من كل واحد منهما حنث لان الانسان لا يمكنه ان يستوفي جنس لبن الشاه فانعقدت يمينه على
البعض كقوله لا اشرب ما البحر ، قال وان كان لبن قد حلبته فقال والله لا اشرب لبن هاتين الشاتين
للبن بعينه فان كان لبنا يقدر على شربه مره واحده لم يحنث بشرب بعضه وان كان لا يستطيع شربه مره
واحده حنث بشرب بعضه لانه اذا استطاع شربه مره واحده فحقيقه اليمين تقتضي شرب الجميع وقد امكن
ذلك فحمل على الحقيقه واذا لم يمكن شربه دفعه حملت يمينه على الجز كما البحر وعلى هذا اذا قال والله لا اكل
هذا الطعام وهو لا يقدر ان ياكله دفعه ، ونظير هذا ما قالوا فيمن قبض من رجل دينا عليه فوجد فيه
درهمين زايفين فقال والله لا اخذ منهما شيا فاخذ احدهما حنث لان من للتبعيض ، وقال ابن رستم عن محمد
اذا قال والله لا اكل لحم هذا الجزور فهذا على بعضه لانه لا يمكن استيعابه بالاكل مره ، وقال في الاصل
فيمن قال والله لا اكل هذه الرمانه فاكلها الا حبه او حبتين حنث في الاستحسان لان ذلك القدر لا يعتد به ولا
يمكنه الاحتراز عنه لانه يقال اكل رمانه في العاده وان ترك حبه او حبتين ، فان ترك نصفها او ثلثها او
نحو اكثر مما يجري في العرف ان يسقط من الرمانه لم يحنث لانه ليس باكل لجميعها ، ولو قال والله لا ابيعك
لحم هذا الجزور او هذه الخابيه الزيت فباع بعضها لم يحنث لان البيع يمكن ان ياتي على الكل فحملت اليمين على
الحقيقه ، وقد قال ابن سماعه فيمن قال والله لا اشتري من هذين الرجلين فانه لا يحنث حتى يشتري منهما
ولا يشبه هذا قوله لا اكل من هذين الرغيفين لانه يمكن حملها في الرغيفين على التبعيض ولا يمكن حملها في
الشرى على التبعيض لان البيع لا يتبعض فلم يبق الا ان يحمل على ابتدا الغايه ، وقد قال في الجامع والاصل
فيمن حلف لا يتزوج النسا او لا يكلم بني ادم انه على الواحد لان الاستيعاب لا يمكن ، قال محمد فان كان
يعني بقوله ان يكلمهم جميعا لم يحنث ابدا ولم يذكر ان ذلك في القضا او فيما بينه وبين الله وكان اصحابنا
يقولون انه مصدق في القضا لانه نوى الجنس الذي هو حقيقه الكلام وروي عن ابي يوسف انه لا يدين
في القضا لانه نوى غير ظاهر كلامه ،

باب الرجل يحلف لا ياكل من كسب فلان

قال ابو الحسن الكسب ما صار للانسان بفعله او بقبوله مثل البيع والشرى والاجاره والهبه والصدقه
والوصيه لان ذلك اجمع انما يكون بقبول من صار له فهو مكتسبه فاما الميراث فلا يكون كسبا وذلك لان كسبه

ما صنع في اكتسابه وذلك لا يكون الا فيما ملكه بفعله كالقبول في العقود واخذ المباحات فاما الميراث فيدخل في ملكه بغير
فعله فلا يضاف اليه انه كسبه فلا يحنث به ۞ قال ولو مات المحلوف عليه وقد كسب شيئا فورثه رجل فاكل الحالف منه
يحنث لان الوارث يملك على حكم ملك الميت فما في يده كسب الميت فيحنث الحالف باكله ۞ قال ولو انتقل عنه الى غيره
بغير الميراث لم يحنث لانه الان صار كسب الثاني وذلك لان المشتري والموصى له لا يملك الشي على حكم ملك الاول
وقال ابو يوسف في الميراث هو كسب الاول حتى يحدث فيه كسب اخر لانه اذا احدث كسب اخر بطلت الاضافة الاولى
وثبتت الاضافة الثانية ۞ قال ابو يوسف وكذلك اذا قال لا اكل مما تملك او مما ملكت او من ملكك فاذا خرج من ملك
المحلوف عليه الى ملك غيره فاكل منه الحالف لم يحنث لان الملك اذا تجدد على عين بطلت الاضافة الاولى فصار ملكا للثاني
قال وكذلك اذا حلف لا ياكل مما يشتري فلان او مما اشتري له فاشترى المحلوف عليه لنفسه او لغيره فاكل منه
الحالف حنث فان باعه المحلوف عليه من غيره بامر المشتري له ثم اكل منه الحالف لم يحنث لان الشرى اذا طرا على الشرى
بطلت الاضافة الاولى المحلوف عليه وتجددت اضافة اخرى لم يتناولها اليمين ۞ فاما قوله ان اشتراه لغيره او لنفسه سوا
فلان حقوق العقد تتعلق بالمشتري فالاضافة اليه دون المشتري له ۞ قال وكذلك لو حلف لا ياكل من ميراث
فلان فمات فلان فاكل من ميراثه حنث وان مات وارثه فاورث ذلك الميراث فاكل منه الحالف لم يحنث نسخ الميراث
الاخر الميراث الاول وهذا على ما بينا ان الميراث اذا طرا على الميراث بطلت الاضافة الاولى ۞ فصل فيما يجري مجرى
مسائل الباب ۞ فاما الوافي فيمن حلف لا ياكل مما زرع فلان فباع فلان زرعه فاكل الحالف عند المشتري حنث لان الاضافة
لا تبطل بالبيع ۞ فان بذره المشتري وزرعه فاكل الحالف من هذا الزرع فانه لا يحنث وذلك لان الاضافة بالزرع انما تكون الى الثاني
دون الاول ۞ وعلى هذا لو حلف لا ياكل من طعام يصنعه فلان او من خبز يخبزه فتناسخه باعة ثم اكل الحالف منه فانه
يحنث لانه من خبز فلان ومن طبخه وان باعه ۞ وكذلك لو حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فنسج فلان ثوبا وباعه لان البيع لا يبطل
الاضافة قال ولو كان ثوب خز فنقض ثم غزل ونسج ثم لبسه الحالف لم يحنث لان النسج الثاني يبطل الاضافة الاولى ۞
قال ولو حلف لا يشتري ثوبا مسه فلان ثم تناسخه باعة فانه يحنث اذا اشتراه لانه اضافه الى المس لا يبطل
بالبيع فصار كانه قال لا اشتري ثوبا كان مسه فلان ۞ وقال بشر عن ابي يوسف في نوادره في رجل حلف لا ياكل هذه الدراهم
فاشترى بها طعاما فاكله حنث وان ابدلها واشترى بما ابدل طعاما فاكله لم يحنث لان الدراهم لا يمكن اكلها فاليمين على
المعتاد فيها وهو ان ياكل ما اشترى بها فاذا ابدلها فاشترى بالبدل فليس بمشتري بتلك الدراهم فلا يحنث ۞ وكذلك
لو حلف لا ياكل من ميراث ابيه شيئا وابوه حي فمات ابوه فورث منه مالا فاشترى به طعاما فاكله فالقياس ان لا يحنث
ولكني استحسن ان يحنث وذلك لان الطعام المشتري ليس بميراث [illegible] الا ان المراد ان ياكل
واليمين على العادة ۞ فان اشترى بالميراث شيئا ثم اشترى بذلك الشي طعاما فاكله لم يحنث لانه مشتري بمشتريه
وليس بمشتري بميراثه ۞ وقال ابو يوسف في الميراث بعينه اذا حلف عليه فغيره واشترى به لم يحنث لما قدمناه ۞
قال وان كان قال لا اكل ميراثا يكون لفلان فكيف ما غيره واكله حنث لان اليمين المطلقة يعتبر فيها الصفة المعتادة
وفي العادة انهم يقولون لما في يد الانسان انه ميراث وان غيره ۞ وقال معلى عن ابي يوسف اذا حلف لا
يطعم فلانا مما ورث من ابيه شيئا فان كان ورث طعاما فاطعمه منه حنث وان اشترى بذلك الطعام طعاما فاطعمه منه لم
يحنث لان اليمين وقعت على الطعام الموروث فاذا باعه بطعام اخر فالثاني ليس بموروث وقد امكن حمل اليمين على الحقيقة
فلا يحمل على المجاز ۞ وان كان ورث دراهم فاشترى بها طعاما فاطعمه حنث لانه لا يمكن حمل اليمين على الحقيقة فحملت
على المجاز ۞ وقال هشام سمعت محمدا يقول في رجل معه دراهم حلف ان لا ياكلها فاشترى بها دنانير او فلوسا
ثم اشترى بالدنانير او الفلوس طعاما فاكله قال يحنث وان حلف لا ياكل هذه الدراهم فاشترى بها عرضا ثم باع ذلك العرض
بطعام فاكله قال لا يحنث وذلك لان العادة في قوله لا اشتري بهذه الدراهم الامتناع من انفاقها في الطعام والنفقة
تارة تكون بالابتياع بها وتارة بتصريفها لما ينفق فحملت اليمين على العادة فاما ابتياع العروض بالدراهم فليس بنفقة في
الطعام في العادة فلا تحمل اليمين عليه وهذا خلاف ما حكاه عن ابي يوسف وقال ابن رستم عن محمد فيمن قال والله لا
اكل من طعام محمد وهو يبيع الطعام فاشترى منه واكل حنث وذلك لان العادة ان اليمين تنعقد على المنع من
الابتياع ۞ قال محمد ولو حلف لا اكل من طعام محمد هذا الطعام بعينه فاهداه له فاكله قال لا يحنث على قياس قول
ابي حنيفة وابي يوسف ويحنث على قول محمد وهذا فرع على اختلافهم فيمن قال لا ادخل دار فلان هذه فباعها
فلان ثم دخلها والمسالة تجي فيما بعد ۞ قال محمد ولو حلف لا ياكل من طعامه فاكل من طعام مشترك بينهما حنث
لان كل جزء من الطعام يسمى طعاما فقد اكل من طعام المحلوف عليه ۞ وقال علي بن الجعد وابن سماعة عن ابي يوسف
في رجل حلف لا ياكل من غلة ارضه ولا نية له فاكل من ثمن الغلة حنث لان هذا في العادة يقال انه ياكل من استغلال
الارض فاذا نوى اكل نفس ما يخرج منها فاكل من ثمنه دينته فيما بينه وبين الله ولم ادينه في القضا وهذا على
اصله فيمن حلف لا يشرب الما ونوى الجنس فانه لا يصدق في القضا ۞ فاما على الرواية الظاهرة فيصدق لانه
نوى حقيقة كلامه ۞ وقال محمد في الجامع الكبير اذا حلف لا ياكل من هذه النخلة شيئا فاكل من ثمرها او جمارها او
طلعها او بسرها او دبسها فانه يحنث وذلك لان النخلة لا يتاتى اكلها فحملت اليمين على ما يتولد منها ۞ ولو نظر
الى عنب فقال عبدي حر ان اكلت من هذا العنب فاكل من زبيبه او عصيره لم يحنث لان العنب يتاتى اكله فحمل

اليمين على

اليمين على ما يتولد منه وكذلك لو حلف لا ياكل من هذه الشاة شيئا فاكل من لبنها او زبدها او سمنها لم يحنث
لان الشاة ماكول في نفسها فحملت اليمين على اجزائها ولم تحمل على ما يتولد منها ۞ قال محمد ولو اكل من ناطف
جعل من تمر النخل او نبيذ شرب من ثمرها لم يحنث لانه حدث لا بتدا او قد خرج هذا عن حاله الابتدا بحدوث الصنعة
فيه فلم يتناوله اليمين ۞

باب الرجل يحلف على ما يضيفه الى عين ملك او نسبة

قال ابو الحسن اذا حلف الرجل لا ياكل طعام فلان او لا يشرب شراب فلان او لا يدخل دار فلان او لا يلبس ثوب فلان او لا
يركب دابة فلان فهذا على ما يكون في ملك فلان يوم يفعل ما حلف عليه كان الذي اضافه الى ملك فلان يوم حلف او لم يكن
هذا قول محمد في الزيادات وهي رواية الاصل ورواية هشام عن ابي يوسف وقال ابو يوسف ان نوى ما في ملكه يوم يمينه
فيما بينه وبين الله ولا يسعه في القضا ۞ قال محمد في الزيادات فان كان في ملكه يوم حلف ثم خرج من ملكه لم يحنث قال
وهذا مثل قوله لا اكلم عبد فلان ۞ قال فان قال لا اكلم زوج فلانة او امراة فلان او صديق فلان او ابن فلان او اخا
فلان ولا نية له فهذا على ما يكون يوم حلف اي زال عن ملكه او لم يزل ولا يكون على زوج يحدث او ولد يحدث وقال
في نوادر ابن سماعة هما سوا ولا يحمل على ما يستفيد وانما يحمل على ما في ملكه وفرق في الزيادات بين
اضافة النسب واضافة غيره وسوى بينهما في النوادر وجه ما ذكر في الزيادات انه عقد على عبد مضاف
الى فلان بالملك او على دار مضافة اليه بالملك وقد وجد هذا عند الدخول فيحنث في يمينه واما الزوج والزوجة
والابن فاضافتهم اضافة النسب فالمقصود اعيانهم فتنعقد اليمين على الموجود كما لو ذكرهم باسمائهم ۞ واما
رواية النوادر فيحمل على جميع من في ملكه يوم حلف لان حقيقة الاضافة تقتضي ما كان موجودا في الحال وما
سيوجد ليس بحقيقة ۞ ولانه عقد على الدار وعرفها بالاضافة فصار كمن عقد على الابن وعرفه بالاضافة ۞ وانما
قال في رواية الزيادات ان الزوجية اذا زالت ثم كلمها حنث لان المقصود باليمين المحلوف عليه دون المضاف اليه فلم
يعتبر بقا الاضافة ۞ والذي قال ابو يوسف ان نوى ما في ملكه لم يصدق في القضا فلان ظاهر اليمين يقتضي ما
يضاف اليه عند الفعل فاذا نوى خلاف ذلك لم يصدق في القضا ۞ وقد روى علي بن الجعد ومحمد بن ابي رجا عن ابي يوسف
خلاف هذا وقال معناه ان اليمين اذا عقدها على الاضافة فما يتجدد الملك فيه حالا فحالا في العادة فان
اليمين تقع على ما في ملكه يوم حلف كالطعام والشراب والدهن وما لا يتجدد الملك فيه في كل حال وانما يستدام
فاليمين على ما كان في ملكه يوم حلف كالدار والعبد والثوب وذلك لان الطعام يحدث في ملكه في كل
حال فلا يستدام ملكه فعلم ان المقصود باليمين ما يملك عند الحنث ۞ فاما الدور والعبيد فيستدام الملك
فيها ولا يتجدد حالا فليس بمقصود فلا يحنث به ۞ فاما اذا قال لا ادخل دار فلان ولا اكلم عبد فلان
[illegible]
الحين الحنث فيحنث لان الاضافة موجودة في الحالين والوجه الثاني لا يحنث في الحالين وهو ان يدخل دارا
يملكها وقت اليمين ولا يملكها وقت الحنث لانه لا يضاف الى فلان عند الدخول ولا اضافة مقصودة باليمين
والوجه الثالث على الخلاف وهو ان يدخل دارا لم تكن له عند اليمين ثم حدث في ملكه عند الحنث فيحنث
عند ابي حنيفة ومحمد لوجود الاضافة وقال ابو يوسف لا يحنث لان ملك الدار لا يتجدد فاليمين تنعقد على
ما كان يوم اليمين ۞ فاما اذا قال لا اكلم عبد فلان هذا ولا ادخل دار فلان هذه [illegible]
[illegible]

ومن لبن بقرة فلان ولا بقرة له ثم اشترى بقرة فشرب من لبنها او قال لصبي صغير والله لا ازوجك من بناتك فبلغ وولد
له فتزوج منهن يحنث ام لا او قال لا اكل من ثمرة شجر فلان ولا شجرة له ثم اشترى شجرة فاكل من ثمرها فقال اما اذا
حلف لا يتزوج ابنة فلان او لا اشرب من لبن بقرة فلان او لا اكل من شجرة فلان فلا حنث في شيء منها واما اذا قال لا
اتزوج بنتا من بنات فلان او بنتا لفلان فانه يحنث ويلزمه اليمين في قول ابي حنيفة واما انا فاقول لا يحنث لانه
حلف يوم حلف على ما لم يخلق ه قال الخلف سالت الحسن فقال مثل قول ابي حنيفة ان قوله لا اتزوج بنت فلان
يقتضي بنتا موجودة في الحال لانه لم يعقد اليمين على الاضافة فاذا قال بنتا لفلان فقد عقد اليمين على الاضافة
فيعتبر وجودها وقت الحنث كقوله عبدا لفلان واما اسد فاعتبر وجود المحلوف عليه ليعقد اليمين فما كان
معدوما لم يصح الاضافة فيه ولم يحنث ه قال الخلف وسالت اسدا عن رجل حلف لا يتزوج امراة من اهل هذه
الدار وليس للدار اهل ثم سكنها قوم فتزوج منهم قال يحنث في قول ابي حنيفة ولا يحنث في قولي وهذا على
ما قدمناه من اعتبار الاضافة ه وقد قالوا فيمن حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا يسكنها فلان بملك او اجارة
او عارية فهو سواء ويحنث في يمينه وكذلك ذكر ابو يوسف وذكر محمد في الاصل في المستاجر وذلك لان الدار تضاف
بالسكنى الى المستاجر والمستعير كما تضاف الى المالك ه واما اذا حلف لا يدخل دار الفلان فدخل دارا له
قد اجرها من غيره فروى هشام عن محمد انه قال لا يحنث في يمينه لان هذه الدار تضاف الى الساكن فسقط اضافة
المالك ه فان قال لا ادخل حانوتا لفلان فدخل حانوتا له قد اجره فان كان فلان ممن له حانوت يسكنه فانه لا يحنث
بدخول هذا الحانوت لانه يضاف الى ساكنه ولا يضاف الى مالكه ه قالوا وان كان المحلوف عليه لا يعرف بسكنى
حانوت حنث بدخول هذا الحانوت لانه اذا لم يعرف بسكنى حانوت فالمقصود اضافة الملك وهي موجودة
وان اجره الا ترى انه لو حلف لا يدخل حانوت الامير انه هذا على الحوانيت التي اجرها الامير لان الامير لا يضاف اليه
الحانوت بالسكنى ه

باب الرجل يحلف لا ياكل فاكهة

قال رضي الله عنه الاصل في هذا الباب ان الفاكهة في قول ابي حنيفة ما يقصد باكله التفكه دون الشبع
وعندهما الفاكهة ما يتفكه به ويتعين الخلاف بينهم في الرمان والعنب والرطب لا يوكل للشبع وقال ابو يوسف
ومحمد كل ذلك فاكهة لابي حنيفة قوله تعالى فيهما فاكهة ونخل ورمان فعطف النخل والرمان على الفاكهة
وقال في اية اخرى فانبتنا فيها حبا وعنبا وقضبا وزيتونا ونخلا وحدائق غلبا وفاكهة وابا فعطف الفاكهة على العنب والرطب
والعطف غير المعطوف عليه ولان الاية خرجت مخرج الامتنان والحكيم اذا امتن بشيء مرة لا يعيد المنة به
فدل على ان ذلك لم يدخل في الفاكهة وربما قال اصحابنا ان الفاكهة عنده ما كان يابسه فاكهة ورطبه
وقد اجمعوا ان الزبيب والتمر وحب الرمان ليس بفاكهة فرطبه لا يكون فاكهة ه ولان الرطب يوكل للشبع
فلا يكون فاكهة كالتمر ه وجه قولهما ان هذا مما يتفكه به في العادة كسائر الفواكه وربما قال اصحابنا
المعنى ما يسمى يابسه فواكه وجملة هذا ان الايمان محمولة على العادة فان سمي هذا في العادة فاكهة فالجواب
ما قالاه ه قال ابو الحسن ثمرة الشجر كله فاكهة وكذلك ثمر النخل وكذلك الاعناب كلها في قول ابي يوسف
ومحمد وكذلك قال ابو حنيفة الا ثمر النخل وما خرج الكرم والرمان عنده ليس بفاكهة وقد بينا الخلاف في ذلك ه
فاما ما سواه من ثمر الشجر كالتفاح والسفرجل والكمثرى والاجاص والمشمش والخوخ والتين فهو فاكهة لان هذا
مما يوكل للتفكه ولا يتغذى به الشبع ه قال محمد التوت فاكهة لانه يتفكه به ه قال هشام عن محمد فان
صار الرطب تمرا والعنب زبيبا والرمان حبا فاكل منه لم يحنث لان الزبيب والتمر ادام وليس بفاكهة في العادة
وكذلك حب الرمان يطبخ كما يطبخ الماكولات ه واما القثاء والخيار والجزر والباقلى الرطب ليس بفاكهة
لان القثاء والخيار ادام ونقل والباقلى من جملة الحبوب فلا يوكل للتفكه وقال في الاصل ان عنى بقوله لا اكل فاكهة
العنب والرطب والرمان فاكل شيئا من ذلك حنث وذلك لانه شدد على نفسه ولان هذه الاشياء مما يتفكه
بها وان لم يطلق عليها الاسم ه وقال محمد بسر السكر وبسر الاحمر فاكهة لان ذلك مما يتفكه به ه وقال
ابو يوسف اللوز والعناب فاكهة رطب ذلك من الفاكهة الرطبة ويابسه من اليابسة لان ذلك يوكل على
وجه التفكه ه قال والجوز رطبه ويابسه ادام وقال في الاصل وكذلك الفاكهة اليابسة يدخل فيها
الجوز واللوز واشباهه ه وروى معلى عن محمد الجوز اليابس ليس بفاكهة لانه يوكل مع الخبز غالبا فاما
رطبه لا يوكل الا للتفكه والذي ذكره في الاصل انه فاكهة خلاف رطبه ويابسه تجري مجرى واحدا لانه لا
يقصد به الشبع فصار كسائر الفواكه ه وقال معلى عن محمد في رجل حلف لا ياكل من الثمار شيئا ولا نية له قال
هذا على الرطب واليابس فان اكل تمرا يابسا او لوزا يابسا حنث فجعل الثمار كالفاكهة لانه احد الاسمين فصار
كالاخر ه قال معلى قلت لمحمد فان حلف لا ياكل من فاكهة العام او من ثمار العام ولا نية له قال ان حلف في
ايام الفاكهة الرطبة فهذا على الرطبة فان اكل من فاكهة ذلك العام شيئا يابسا لم يحنث وكذلك الثمر وكذلك
لو حلف في غير وقت الفاكهة كانت يمينه على الفاكهة اليابسة من فاكهة ذلك العام وكان ينبغي في القياس
ان كان في وقت الفاكهة الرطبة ان يحنث في الرطب واليابس لان اسم الفاكهة يتناولهما وانما استحسن لان

العادة

العادة في قولهم فاكهة العام اذا كان في وقت الرطب انهم يريدون به الرطب دون اليابس فاذا مضى وقت
الرطب فلا يجوز ان يكون اليمين الا على اليابس فحملت عليه ه

باب الرجل يحلف لا ياكل لحما

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل لا ياكل لحما فاكل لحم اكل من سائر الحيوان غير السمك
فانه يحنث محرمه وغير محرمه طبيخا اكله او مشويا او صفيفا او على اي حال اكله وذلك لان اللحم عبارة عن اجزاء
الحيوان الذي يعيش في البر فوقع الاسم على الجميع والمحرم والمباح سواء لان التحليل والتحريم احكام فلا تغير الاسم
الموضوع في الاصل ه فان اكل لحم ميتة او خنزير او انسان او لحم شاة ترك ذابحها التسمية عمدا على ذبحها
او اكل ذبيحة مجوسي او لحم صيد ذبحه محرم حنث لان اسم اللحم يتناول الجميع محرما كان او مباحا وذلك لا يختلف
باختلاف صفة اللحم وما عولج به لان اسم اللحم موجود في الجميع ه فاما لحم ما يعيش في الماء من السمك وغيره
فانه لا يحنث به لان اطلاق اسم اللحم لا يتناوله الا ترى ان القايل يقول ما اكلت اللحم منذ كذا وكذا يوما وان
اكل سمكا ومن حكم الاسم ان يحمل على الاطلاق دون المخصص ولا معتبر بذلك بتسميته لحما طريا في القران لان
الايمان لا تحمل على لفظ القران الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وان كان الله تعالى قال
ان شر الدواب عند الله الذين كفروا ولو حلف لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وان كان الله تعالى
قال وان اوهن البيوت لبيت العنكبوت ه قال ابو الحسن وكذلك ان اكل من سائر ما يكون في الجوف
فانه يحنث الا شحم البطن فانه لا يحنث الا ان يكون نواه وانما يعني بهذا الكرش والفواد والكلية والرية
والامعاء والطحال وذلك لان هذه الاشياء تباع مع اللحم ويتخذ منها ما يتخذ من اللحم وهذا الجواب على عادة
اهل الكوفة في زمن ابي حنيفة رحمه الله فاما البلاد التي لا تباع هذه مع اللحم فلا يحنث ه واما شحم البطن فليس
بلحم ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم فان نواه فقد شدد على نفسه فيحنث ه وكذلك الالية لا يحنث باكلها لانها
ليست بلحم وانما هي من جنس الشحم قال وان اكل شحم الظهر او ما على اللحم حنث وذلك لان هذا يقال له
لحم سمين ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم ه وقال في الاصل ان اكل لحم غنم او ابل او بقر حنث وهذا على ما قدمنا
قال وكذلك لحم روس الحيوان ما خلا السمك لان الراس عضو من الحيوان فلحمه كلحم سائر الاعضاء وليس هذا
كمن حلف لا يشتري لحما فاشترى راسا انه لا يحنث لانه لا يسمى مشتريا للحم وانما يقال اشترى راسا ه
قال ومن حلف لا ياكل شحما فاكل شحم الظهر لم يحنث عند ابي حنيفة وحنث عند ابي يوسف ومحمد وقال في الجامع
الصغير في رجل حلف لا يشتري شحما فاشترى شحم الظهر لم يحنث الا ان يشتري شحم البطن وكذلك لو حلف
لا ياكل شحما لابي حنيفة ان شحم الظهر لا يطلق عليه اسم الشحم وانما يقال لحم سمين ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم
والمعنى عنده في الايمان اطلاق العرف في العادة وجه قولهما قوله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما
[illegible]

باب الرجل يحلف لا ياكل اداما

[illegible]

باب الرجل يحلف لا ياكل طعاما [illegible]

الطبيخ عبارة عما يطبخ باللحم خاصة دون غيره لان هذا الذي يسمى في العرف طبيخا الا ترى انهم لا يقولون لمن اكل الباقلى
انه اكل الطبيخ وان كان طبخ والطبيخ هو اللحم يجعل في الماء فيطبخ ليسهل اكله. فان نوى بقوله لا اكل طبيخا ما
يطبخ من اللحم وغيره حنث لانه طبيخ في الحقيقة وانما لم يحمل عليه الاسم لانه ليس بمطلق فيه فاذا نواه فقد شدد
على نفسه وان لم يكن له نية فانما يقع هذا على اللحم واللحم على سواه. قال والقياس في هذا ان يحنث في اللحم
وغيره لانه طبيخ في الحقيقة الا انهم اعتبروا الاسم. قال وكذلك لو حلف لا ياكل شواء وهو ينوي كل
شيء يشوى فاي ذلك اكل فانه يحنث وان لم يكن له نية فانما يقع ذلك على اللحم وذلك لان الشواء ما يجعل
في النار ليسهل اكله وذلك موجود في كل نوع الا ان العرف مختص باللحم الا ترى ان الشواء اسم لبايع
اللحم المشوي ويقولون لم ياكل الشواء وان اكل الباذنجان المشوي فوجب ان يحمل الاسم على المعتاد.
وان اكل سمكا مشويا لم يحنث وكذلك ان اكل سمكا مطبوخا في اليمين على الطبيخ لان الاسم غير مطلق
فيه ذكر ذلك ابن سماعة في نوادره. قال وان كان قلية يابسة او لونا من الالوان لا مرق فيه لم يحنث
لانه يقال لحم مقلي ولا يقال مطبوخ الا لما طبخ في الماء. قال فان طبخ من اللحم طبيخا له مرق فاكل من لحمه او مرقته حنث
لانه يقال اكل الطبيخ وان لم ياكل لحمه لان المرق فيه اجزاء اللحم. وقال الحسن بن زياد في رجل حلف لا ياكل
طبيخ فلانة فاكل لحما طبخته له بمرقه او اكل من مرقه فانه يحنث وهذا على ما بيناه. قال ابن سماعة في اليمين على
الطبيخ قال ينبغي ان يكون على الشحم ايضا لانه يسمى طبيخا في العادة. فان طبخ عدسا بودك فهو طبيخ
وكذلك ان طبخ بشحم او الية. فان طبخه بسمن او بزيت لم يكن طبيخا وقال لا يكون الارز طبيخا ولا العدس
بالسمن ولا بالزيت ولا يكون الطباهج طبيخا ولا الجوذاب. قال الا ترى انه لو شوى جوذابا او بصلا وقد حلف على
الشواء لم يحنث ولو شوى الالية او الشحم فاكله حنث. وقال داود بن رشيد عن محمد في رجل حلف لا ياكل
من طبيخ امراته فسخنت له قدرا طبخها غيرها قال لا يحنث لان الطبخ هو الفعل الذي يتسهل به اكل اللحم وذلك
موجود في الاول دون الثاني.

باب الرجل يحلف لا ياكل الحلو

قال اصل هذا الباب ان الحلو عندهم كل حلو ليس في جنسه حامض وما كان في جنسه حامض فليس بحلو
والمرجع في ذلك الى العادة. قال ابو الحسن اذا حلف الرجل لا ياكل من الحلو شيئا فاكل الخبيص او العسل او السكر
او الناطف واشباه ذلك حنث وكذلك روى معلى عن محمد اذا اكل سكرا او عسلا او تينا رطبا او يابسا او رطبا لان
هذا ليس من جنسه حامض فخلص معنى الحلو فيه. قال وان اكل عنبا حلوا او رمانا او اجاصا حلوا او تفاحا حلوا
لم يحنث وذلك لان هذا يكون في جنسه ما ليس بحلو فلم يخلص معنى الحلو فيه. وكذلك الزبيب ليس من
الحلو لان في جنسه ما هو حامض. قال ولو حلف لا ياكل حلاوة فهو مثل الحلو وهذا على ما قدمناه.

باب الرجل يحلف على اجناس مختلفة من المأكول

قال ابو الحسن اذا حلف الرجل لا ياكل بيضا وهو ينوي بيض كل شيء من السمك وغيره فاي ذلك اكل حنث
وان لم يكن له نية فهو على بيض الطير كله الاوز والدجاج وغيره ولا يحنث اذا اكل بيض السمك وذلك لان
اسم البيض يتناول بيض الطير وبيض السمك فاذا نوى الجميع فقد نوى ما يحتمله الاسم فاما اذا لم يكن له نية
فاليمين تحمل على اطلاقها واطلاق البيض يتناول ما له قشر فحملت اليمين على الاطلاق. قال ولو حلف لا
ياكل راسا وهو ينوي الرؤوس كلها تناول الجميع فان لم يكن له نية فهو على رؤوس البقر والغنم خاصة
وقال بشر عن ابي يوسف اذا حلف لا ياكل راسا ولا يشتريه ولا نية له فانما ذلك على رؤوس الغنم وقال ابو حنيفة
على رؤوس البقر والابل والغنم. قال رضي الله عنه وهذا على قول ابي حنيفة الاول ثم رجع وقال يحمل على البقر
والغنم وقال ابو يوسف ومحمد اليمين اليوم على رؤوس الغنم خاصة لانها هي التي تباع وعليها تقع معاني كلام الناس.
قال والاصل في هذا ان اسم الرؤوس عام في كل الحيوان ومعلوم ان الحالف لم يرد ذلك الا ترى انهم اذا قالوا
فلان اكل الرؤوس لم يريدوا بذلك رؤوس الجراد والعصافير فثبت ان المراد به بعض ما يتناوله الاسم فوجب
اعتبار الاطلاق وذلك يتناول ما يكبس في العادة فشاهد ابو حنيفة الكوفة وهم يكبسون رؤوس الابل
والبقر والغنم فحمل اليمين على ذلك فاما ابو يوسف ومحمد فشاهدا بغداد وقد ترك الناس ذلك واقتصروا على
رؤوس الغنم فحملا اليمين على ذلك. واذا حلف الرجل لا ياكل تمرا فاكل بسرا لم يحنث وكذلك لو اكل
بسرا مطبوخا وذلك لان اطلاق اسم التمر لا يتناوله فان كان نوى ذلك حنث لانه من جنس التمر في الحقيقة
ولهذا لا يجوز بيعه بالتمر الا متساويا. واذا حلف لا ياكل حبا فاي حب اكل من سمسم او غيره فانه يحنث كل
شيء يقع عليه اسم حب مما ياكل الناس فانه يدخل في يمينه ويقع به الحنث وذلك لان الحب اسم للحبوب التي
تؤكل في العادة فوجب حمل الاسم على جميعها. فان عنى شيئا من ذلك بعينه او سماه حنث فيه ولم يحنث
في غيره وذلك لانه نوى تخصيص ما في لفظه فصدق فيما بينه وبين الله. فاذا حلف لا ياكل خبزا ولا نية
له فهو على خبز الشعير والحنطة فان اكل من خبز لوز او نحو واشباه ذلك لم يحنث الا ان يكون نواه.

لان اكل من خبز الارز او الذرة وان كان من اهل بلاد [illegible] حنث وان كان من اهل الكوفة ونحوها ممن لا ياكل
ذلك عامة عيشهم لم يحنث الا ان ينوي ذلك وذلك لان الخبز اسم مطلق لخبز الحنطة والشعير [illegible]
فلا يتناوله الاسم على الاطلاق [illegible]
وفي البلاد التي [illegible] قال وان حلف [illegible]
[illegible]

باب الرجل يحلف على الغداء والعشاء

قال رضي الله عنه اصل هذا الباب ان الغداء والعشاء عبارة عن الاكل الذي يقصد به الشبع في العادة فيعتبر فيه
ذلك العادة في كل بلد فما كان غداء عندهم تعلقت عليه اليمين ولهذا قالوا في اهل الحضر اذا حلفوا على
ترك الغداء فشربوا اللبن لم يحنثوا [illegible]
فشرب اللبن حنث لان ذلك غداء عند اهل البادية. قال ابو الحسن اذا حلف الرجل لا يتغدى فاكل
غير الخبز من ارز او تمر او غيره حتى شبع لم يحنث في قول ابي يوسف ومحمد وقال ليس الغداء من اهل
الكوفة والبصرة الا على الخبز لان الخبز من معاشهم. فان كان الرجل من اهل البادية فحلف لا يتغدى
وغداؤهم اللبن فشرب من اللبن حنث وان كان بالكوفة لم يحنث وهذا على ما بينا ان الايمان يعتبر فيها العادة
فان كان غداء معتادا عند الحالف حنث به. وقد روى هشام عن ابي يوسف في اكل الهريسة انه يحنث
وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في الهريسة والفالوذج والخبيص انه لا يحنث الا ان يكون غداءه وغداء اهل
بلده ما يعرفون وهذا على ما قدمنا ان المعتبر بعادة الحالف فيما حلف عليه. قال والغداء من طلوع الفجر
الى الزوال وذلك لان الغداء عبارة عن اكل الغدوة وما بعد نصف النهار لا يكون غدوة والعشاء من
الزوال الى نصف الليل لانه ماخوذ من اكل العشاء واول وقت العشاء ما بعد الزوال وقد روي ان النبي عليه السلام
صلى احدى صلاتي العشاء يعني به الظهر او العصر. واما السحور فما بعد نصف الليل
الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر وهذا قريب من السحر. ولم يذكر مقدار الغداء والعشاء وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف فيمن قال لامته ان تعشيت الليلة فعبدي حر فاكل لقمة واحدة ولم يزد عليها
فليس هذا بعشاء ولا يحنث حتى ياكل اكثر من نصف شبعه وهذا صحيح لان من اكل لقمة يقول في العادة
ما تغديت وما تعشيت واذا اكل اكثر اكله سمي ذلك غداء في العادة. وروى معلى عن محمد فيمن حلف
ليأتينه غدوة قال اذا اتاه بعد طلوع الفجر الى نصف النهار فقد بر وهو غدوة لما بينا ان هذا وقت
الغداء. قال ولو حلف ليأتينه ضحوة فهو من بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة
الى نصف النهار لان هذا وقت صلاة الضحى. قال محمد اذا حلف لا يتصبح فالتصبح عندي ما بين
طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الاكبر فاذا ارتفع الضحى الاكبر ذهب وقت التصبح وذلك لان
التصبح تفعل من الصباح مقيد بزيادة على ما يفيده الاصباح. وروى معلى عن محمد فيمن حلف لا
يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فليكلمه وذلك لان وقت السحر ما قرب من الفجر.
قال هشام عن محمد والمساء مساءان احدهما اذا زالت الشمس الا ترى انك تقول اذا زالت الشمس كيف
امسيت والمساء الاخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي كان ذلك على
غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فحمل على الثاني.

باب الحلف على الشرب من الانهار والاواني

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل لا يشرب من دجلة او من الفرات فان ابا حنيفة قال لا يحنث حتى يكرع في
دجلة او الفرات كرعا يباشر الماء بفيه فان اخذ من ماء ذلك النهر بيده او باناء واستقى له فشرب منه لم
يحنث وقال ابو يوسف ومحمد ان شرب باناء او اغترف بيده او كرع حنث. قال رضي الله عنه والاصل
في هذا عند ابي حنيفة ان اللفظ اذا كانت له حقيقة متعارفة ومجاز متعارف حمل على الحقيقة
المتعارفة دون المجاز المتعارف وعلى قولهما يحمل عليهما ومن شاهده المسألة ومعلوم ان الكرع من دجلة

هو الحقيقة وذلك متعارف يفعله كثير من الناس والمجاز ايضا متعارف وهو ان ياخذ منها باناء او بيده فحملت عنده على الحقيقة
وعندهما على الامرين ✽ ومن اصحابنا من قال ان ابا حنيفة شاهد العرف بالكوفة وكانوا يفعلون هذا ظاهرا معتادا
فحمل اليمين عليه وهما شاهدا الناس بعد ذلك لا يفعلون ذلك الا نادرا فلم يخصا اليمين به ✽ قال فان شرب من نهر ياخذ
من دجلة او من الفرات لم يحنث في قولهم جميعا وروى هذا محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف في الجامع الكبير ورواه ابن رستم
عن محمد في هذا الموضع ايضا لان النهر الذي ياخذ من دجلة اذا انشق منها فقد زالت الاضافة الى دجلة لانتقاله الى
غيرها فصار كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب ما فيه في حب اخر او في كوز اخر لا يحنث ✽ في
هذه المسئلة تشهد لابي حنيفة عليهما لان اليمين اختصت عندهم جميعا بدجلة دون ما اتصل اليها من مائها ✽ فاما
اذا ذكر الماء فقال لا اشرب من ماء الفرات فكرع في نهر ياخذ من الفرات حنث في قولهم جميعا في رواية محمد في الجامع الكبير
وهي احدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه انه فرق بين الانهار الكبار والصغار في هذه المسئلة فقال ان شرب من
ماء الفرات لم يحنث فاما النهر عنه اذا حلف لا يشرب من ماء الفرات او ماء الفرات ولم ينقل منه فهو سواء والجواب
فيه واحد اذا شرب من نهر ياخذ من الفرات حنث ✽ واذا حلف لا يشرب شيئا من الفرات فهذا على ما يسقى له من نفس
الفرات ✽ اما رواية الجامع الكبير فلانه عقد اليمين على الماء لم يعقدها على النهر وماء الفرات موجود في النهر
الذي ياخذ من الفرات فيحنث وليس كذلك المسئلة الاولى لانه عقد على نفس النهر دون الماء ✽ واما ابو يوسف
فقال اذا حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب لم يحنث لان العادة ان يشرب منه على هذه الصفة فاذا شرب من نهر
ياخذ منه قال لما نسب الى النهر الثاني دون الاول فلم يحنث به ✽ واما رواية بشر فوجهها انه اذا قال لا اشرب
من ماء الفرات فقد عقد على الماء فيحنث وان كان في نهر اخر واذا قال من الفرات فقد عقد على الفرات فاذا شربه من
نهر اخر فلم يشربه من الفرات ✽ وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة فيمن حلف لا يشرب من دجلة ولا نية له
فشرب باناء لم يحنث حتى يضع فاه على دجلة وذلك لانه لما وسط من صارت اليمين على النهر فلم يحنث الا بالكرع ✽ وقد
روى معلى عن محمد فيمن حلف لا يشرب من نهر يجري ذلك النهر الى دجلة فاخذ قدحا من دجلة من ذلك الماء فشربه
لم يحنث لانه صار من ماء دجلة وذلك لان الاضافة الى النهر الاول زالت بحصول الماء في دجلة ✽ وقال ابو يوسف
قال ابو حنيفة لو حلف لا يشرب من هذا الحب فاغترف من مائه باناء اخذ فشربه لم يحنث حتى يضع فاه
في الحب نفسه وقال ابو يوسف ومحمد يحنث وهذا على ما قدمنا ان حقيقة الشرب من الحب ان يضع فاه عليه
وذلك معتاد فحملت اليمين على الحقيقة المتعارفة دون المجاز وعلى قولهما تحمل عليهما ✽ واما اذا حلف لا اشرب
من ماء هذا الحب فاخذ باناء فشرب حنث في قولهم جميعا لانه عقد اليمين على الماء وهو موجود ✽ فان حول الماء الى حب
اخر لم يحنث لان الاضافة زالت عن الحب الاول وانتقلت الى الحب الثاني وهذا على قياس ما قالوا في ماء النهر اذا
انتقل الى نهر اخر ✽ وقد حكى ابو الحسن في الاصل عن ابي يوسف اذا حلف لا يشرب من ماء هذا الحب فحول الى حب
اخر فشرب منه حنث وهذا على الرواية التي قال فيها ان ماء الفرات اذا صار الى نهر اخر فشرب منه حنث ✽
ولو قال لا اشرب من هذا الحب فحول الماء منه الى حب اخر فشرب منه لم يحنث لان العقد على الحب دون الماء
وقد قالوا فيمن حلف لا يشرب من هذه البئر او من مائها فاستقى منها وشرب حنث لان الحقيقة غير متعارفة فيها
فحمل اليمين على المجاز ✽ وقالوا فيمن حلف لا يشرب من ماء المطر فمدت دجلة من ماء المطر لم يحنث بشربه لانه
ينسب الى دجلة اذا حصل فيها وتزول اضافته الى المطر ✽ فان شرب من ماء وادي سال من المطر لم يكن فيه ماء
قبل ذلك او شرب من ماء المطر مستنقع في قاع حنث لانه لم يضف الى نهر فبقيت اضافته الى المطر بحالها ✽

باب الرجل يحلف ان يفعل ما لا يقدر على فعله

قال ابو الحسن الاصل في هذا الباب ان اليمين عقد من العقود والعقد ينعقد اذا كان المعقود عليه موجودا
او متوهما فاذا لم يكن موجودا ولا متوهما لم ينعقد الا ترى ان بيع الاعيان المباحة جائز منعقد لان المعقود
عليه موجود وبيع المدبر منعقد لان المعقود عليه متوهم دخوله في العقد اذا حكم الحاكم بجوازه وان كان
ذلك بغير فعل العاقد وبيع الريح ليس بمنعقد لان المعقود عليه لا يتوهم دخوله في العقد فكذلك اليمين تنعقد
على الفعل المقدور عليه والذي يتوهم دخوله تحت القدرة ولا تنعقد على ما ليس بمقدور ولا متوهم الا ترى
ان اليمين انما تنعقد ليبر فيها او يحنث وما لا يقدر عليه لا يتصور فيه الامران فاذا ثبت هذا قال ابو حنيفة
ومحمد وزفر فيمن حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه فانه لا يحنث وذلك لانه ليس هناك معقود
عليه موجود ولا متوهم فلا يتناوله اليمين فلا تنعقد ولانه لا يتصور فيها ان يقع البر والحنث فلم تنعقد كاليمين
على الماضي وليس كمن حلف ليصعدن السماء او ليمسنها او ليقلبن الحجر ذهبا لان هذه الافعال وجودها الا ترى
انها تدخل تحت قدرة قادر وقد صعد الانبياء الى السماء والملائكة يصعدون في كل وقت وانما تنقص قدرة غيرهم فاذا
كانت اليمين يتوهم وجود المحلوف عليه منها انعقدت وليس كذلك اذا حلف ليقتلن فلانا وهو ميت لا يعلم
قالوا ان كان لا يعلم بموته فهو كمسئلة الكوز لانه عقد يمينه على الحيوة التي يعرفها وقد فاتت قبل يمينه فعدم
المعقود عليه منع انعقاد اليمين وان كان يعلم بموته فانما عقد يمينه على الحيوة التي يخلقها الله تعالى فيه وذلك

امر متوهم فانعقدت عليه اليمين ✽ فان قيل هلا انعقدت اليمين في مسئلتنا على ما يخلقه الله تعالى في الكوز وذلك
متوهم قلنا يكون غير الماء المحلوف عليه فلا يتناوله اليمين ✽ والذي ذكرناه في القتل رواية الجامع الصغير وروى ابو يوسف
ضد ذلك فقال ان كان لا يعلم بموته حنث وان كان يعلم لم يحنث وقال ابو يوسف في الوجهين جميعا يحنث ووجه
ذلك انه اذا لم يعلم بموته فقد عقد اليمين على موهوم وان علم بموته فقد عقد اليمين على غير موهوم ✽ وقد كان
قول محمد في هذه المسئلة مثل قول ابي يوسف ثم رجع فقال دخل علي فيه تولي شي وهو ان قوله لا اشربن الماء الذي
في هذا الكوز يقوله لا اترك شربه فاذا لم يكن فيه ماء فليس بتارك لشربه الماء وانما يكون تاركا اذا كان فيه ماء
ارايت ان قال ان لم احول هذا الفرخ الموت نحو لا وليس فيه شي ✽ وقال ابو يوسف يحنث في الحال لان عدم
الماء يوجب تاكيد شرط الحنث ولهذا لو طرا على اليمين المنعقدة حنث فيها وما اوجب تاكيد شرط الحنث فهو
بوقوع الحنث اولى ✽ فاما اذا وقت اليمين فقال لا اشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه فهو كذلك
في قول ابي حنيفة ومحمد وزفر وقال ابو يوسف يحنث الساعة قبل غروب الشمس ✽ اما على اصلهما فلان اليمين
الموقتة يتعلق انعقادها باخر الوقت فكانه قال عند غروب الشمس والله لا اشربن الماء الذي في هذا الكوز فلا
تنعقد يمينه ✽ وكان اصحابنا يقولون ان عند ابي يوسف اليمين الموقتة منعقدة في الحال فعلى هذا الاصل
كانه قال لا اشربن الماء الساعة ولا ماء فيه فيحنث في الحال ✽ وروي عن ابي يوسف في اليمين الموقتة ان انعقادها
يتعلق باخر الوقت فيجوز ان يكون عنه روايتان ويجوز ان يفصل فيقول ان اليمين الموقتة التي يتوهم فيها البر يتعلق
الحنث ✽ واما اذا قال لا اشربن الماء الذي في هذا الكوز وفيه ماء فانصب حنث عندهم جميعا لان اليمين تناولت
معقودا عليه موجودا فانعقدت ثم عدم شرط البر فحنث فيها ✽ فان وقت فقال اليوم فانصب لم يحنث
عند ابي حنيفة ومحمد وحنث عند ابي يوسف ولم يذكر في الجامع الكبير والصغير متى يحنث عنده وروى ابن سماعة
وهشام عنه انه يحنث عند غروب الشمس ووجه قولهما ان اليمين الموقتة يتعلق انعقادها باخر الوقت
الا ترى انها لو انعقدت في الحال لم يكن للتوقيت فائدة وهذا الوجه معترض لان فائدة التوقيت اختصاص البر
بزمان بعينه ولو لم يوقت كان على جميع العمر ✽ ويجوز ان يقال ان قوله لا اشربن الماء يمين لم قوله لا اترك شربه وانما
يتحقق الترك باخر جزء من الزمان فكان هو المقصود باليمين فانعقدت فيه فصار كانه قال عند غروب الشمس لا اشربن
الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه فلا تنعقد يمينه عندهما ويحنث فيها على قول ابي يوسف ✽ واذا قال والله
لاصعدن السماء او لاحولن هذا الحجر ذهبا فانه يحنث عندهم جميعا وكذلك كل ما جاز ان يوصف الله بالقدرة عليه
وهذا على ما بينا ان اليمين تنعقد على المتوهم وهذا معنى متوهم فتنعقد اليمين عليه وليس للبر وقت منتظر لان
الله تعالى لم يجر العادة ان يفعل ذلك في غير زمن الانبياء فحنث في يمينه لتحقق عدم شرط البر ✽ فان كان قال
في يمينه اليوم حنث عند غروب الشمس في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قياس قول ابي يوسف انه يحنث الساعة
اما على اصلهما فلان اليمين الموقتة يتعلق انعقادها باخر الوقت فلا يحنث قبل ذلك وعلى اصل ابي يوسف
اذا لم يتوقت في اليمين البر حنث في الحال كمن قال والله لا اشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه ✽ قال
ابو يوسف في رجل حلف ليشربن ماء دجلة كله اليوم قال ابو حنيفة لا يحنث حتى يمضي اليوم وقال ابو يوسف
يحنث الساعة لاني علمت انه لا يقدر على ذلك وهذا على ما بينا ✽ فان قال في يمينه غدا لم يحنث حتى يمضي غد في
قول ابي حنيفة لان الانعقاد يتعلق باخر الوقت عنده فاما ابو يوسف فقال يحنث في اول جزء من اجزاء الغد
لان شرط البر غير مشترط فكانه قال لها انت طالق في غد ✽ وقال ابو حنيفة وابو يوسف اذا حلف
ان يفعل ما لا يقدر على فعله مثل قوله والله لاصعدن السماء او لاحيين هذا الميت فهو اثم في يمينه وذلك لان
اليمين انما تنعقد للوفاء والتزام فعل المحلوف عليه او تركه لحق الله تعالى فاذا حلف ليحنث فهو تارك للتعظيم
لاسم فاثم في ذلك ✽ وروى الحسن بن زياد عن زفر فيمن قال والله لاتين مكة اليوم وهي مسيرة شهر او
قال والله لامسن السماء اليوم او لاحيين هذا الميت اليوم انه اثم ولا كفارة عليه فكانه لم يعقد اليمين الا على ما
يجوز ان يوجد فيه شرط البر ولم يعتبر التوهم وجعل هذا كقوله لا اشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه ✽
واذا قال والله لا اكلمك حتى ياذن لي فلان او قال لا افارقك حتى تقضيني حقي فمات فلان قبل ان ياذن او
يبرئ من المال او فارقه فان اليمين ساقطة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحنث اذا فارقه وفوت ما
غايته ويتناوله واحد ✽ فذكر ابو الحسن اليمين المطلقة ثم الموقتة ومن طريق اللفظ الموقتة بالغاية
ووجه ذلك ان حتى غاية فهو كالتوقيت فيتعلق الانعقاد باخر اجزائها فكانه قال ان فارقتك وهناك
اذن منتظر او دين منتظر لم ينتقض فقد فارقه ولا اذن ولا دين فلا تنعقد يمينه لعدم شرط المحلوف عليه
وعلى قول ابي يوسف تاخذ شرط الحنث فحنث فيها ✽ وعلى هذا روى معلى عن محمد فيمن حلف ليوفين فلانا
ماله اليوم فابراه الطالب لم يحنث في قول ابي حنيفة وقولنا لان اليمين تنعقد في اخر الوقت فكانه قال
عند غروب الشمس لاوفين فلانا ولا شيء له وعلى قول ابي يوسف يحنث ✽ فان اشترى الحالف بما له شيئا
في ذلك اليوم فهو بار في قولهم لانه اوفاه حقه لان اخذه يستوي بدراهم في الذمة ثم تقاصا
قصاصا فكانه استوفى نفس الحق ✽

باب الرجل يحلف على فعل فلان فيفعله فلان وغيره

قال أبو الحسن أصل هذا الباب أن ننظر فإن كان المحلوف عليه غير متجزٍّ ففعل ما حلف عليه المحلوف عليه وغيره حنث الحالف وإن كان متجزئاً لم يحنث وهذا صحيح لأنه إذا لم يكن متجزئاً فكل جزء منه يتناوله الاسم وقد فعله المحلوف عليه وإذا كان متجزئاً فبعضه لا يتناوله الاسم فلم يحنث بفعله. قال أبو يوسف ومحمد في رجل حلف لا يأكل من طبيخ فلان فطبخ المحلوف عليه وآخر شيئاً فأكل الحالف شيئاً منه حنث لأن كل جزء من الطبيخ طبيخ وكل جزء من الفعل طبخ فقد أكل الحالف ما طبخه فلان ولا يحنث فإن قال لا آكل من قدر طبخها فلان فأكل ما طبخاه لم يحنث لأن كل جزء من القدر ليس بقدر والمحلوف عليه إنما طبخ بعضها فلم يحنث الحالف. وقال أبو يوسف وكذلك إذا حلف لا يأكل من خبز فلان فخبز فلان وآخر لأن كل جزء من الخبز خبز وكذلك لو حلف لا يأكل من رمان اشتراه فلان فأكل مما اشتراه فلان مع آخر حنث لأن كل جزء من الرمان رمان وقد اشتراه المحلوف عليه. فإن قال لا آكل من رمانة اشتراها فلان لم يحنث لأن كل واحد منهما مشترٍ لبعضها وبعض الرمان لا يسمى رمانة. قال وكذلك لو قال لا ألبس من نسج فلان فلبس ثوباً نسجه ونسج غيره حنث لأن كل جزء من الفعل يسمى نسجاً. ولو قال ثوباً من نسج فلان فلبس ثوباً نسجه فلان وغيره لم يحنث لأن كل واحد منهما نسج بعض الثوب ولو قال لا آكل من خبز فلانة وخبز الغلام حنث إذا كان لفلان شيء من ذلك الخبز أو لم يكن لأن كل جزء من الخبز خبز ولو قال لا آكل رغيفاً لفلان فأكل رغيفاً بين فلان وآخر لم يحنث لأن بعض الرغيف ليس برغيف. قال أبو الحسن والخابز هو الذي يضرب الخبز في التنور دون الذي يصنعه يريد بذلك الذي يعجنه ويبسطه لأن الخبز هو الضرب في التنور وما سواه من مقدماته. قالوا والطباخ هو الذي يوقد النار دون الذي ينصب القدر ويصب الماء ويلقي الأبزار ويهيئ له ذلك ما يحتاج إليه وذلك لأن الطبخ هو الفعل الذي ينضج معه الأكل وما قبل ذلك من مقدمات الطبخ فلا يتناوله الاسم. قالوا إذا حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها حنث لأن كل جزء من الثوب ملبوس وفي جملته غزل فلانة. وقد قالوا فيمن حلف لا يلبس غزل فلانة إن ذلك على ما يتخذ من الغزل لأن الحقيقة في ذلك غير متعارفة ألا ترى أن الغزل لا يلبس على البدن فحملت اليمين على المجاز المتعارف. قال في الأصل فإن نوى أن يلبس الغزل نفسه لم يحنث إن لبسه ثوباً لأنه نوى حقيقة كلامه. ولو قال لا ألبس ثوباً من غزل فلانة فلبس ثوباً ألحمته من غزلها لم يحنث وذلك لأنه لم يلبس ثوباً من غزلها وإنما بعضه من غزلها. ولو نسج غزل كل واحد منهما في موضع من الثوب لم يحنث لأن غزل كل واحد منهما بعض الثوب. وإن كان الثوب كله من غزلها إلا موضع يسير لم يحنث لأن ذلك بعض الثوب وليس من غزلها. قال هشام عن محمد إذا كان ثوباً لم يحنث إذا كان فيه [illegible] من غزل غيرها.

قال ومن نظائر مسائل الباب

ما روى معلى عن محمد في رجل حلف لا يأكل خبزاً لفلان فخبز الحالف [illegible] ضرب الخبز في التنور قال لا يحنث إنما الخابز الذي يضرب في التنور. قال هشام عن محمد فيمن حلف لا يكسر لفلان رغيفاً فكسر عشرة أرغفة بين فلان وآخر لم يحنث لأنه ليس فيه رغيف لفلان. وقال المعلى عن أبي يوسف في رجل حلف لا يأكل طعاماً لفلان ثم اشتريا طعاماً فأكل منه لم يحنث وكذلك لو حلف لا يأكل من مال فلان شيئاً و[illegible] القدر ثم فأخذ منهما درهماً فاشترى به شيئاً لم يحنث وذلك لأن ما لا يتفاوت إذا استهلك أحد الشريكين بعضه صار مستهلكاً لنفسه خاصة فلم يأكل المال المحلوف عليه فلم يحنث. وليس كذلك ما يتفاوت لأنه إذا استهلك منه شيئاً كان من النصيبين جميعاً ولهذا قالوا في الطعام المشترك أنه يجوز لأحدهما أن ينتفع ببعضه بغير إذن شريكه ولا يجوز ذلك فيما يتفاوت.

باب ما يقع عليه اسم الثوب فيما تقدم ذكره [illegible]

قال أبو الحسن وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة ثوباً فقطع بعضه فلبسه فإن كان لا يكون ما قطع إزاراً أو رداءً لم يحنث وإن بلغ ذلك حنث. وإن قطعه سراويلاً فلبسه حنث وذلك لأن لبس الثوب إنما يقال فيما يستر به العورة وأدنى ذلك الإزار فما دونه ليس بلبس ثوب ولذلك لا يجزئ في الكفارة. ولو حنث بهذا القدر لحنث إذا اتخذ من غزلها زراً وهذا لا يقول به أحد. قال وكذلك إن كان الحالف امرأة فلبست خماراً أو مقنعة لم تحنث إذا كان حلفها على ثوب وإنما تريد بذلك الخمار الذي لا يبلغ مقدار الإزار فإذا بلغ قدر الإزار حنثت بلبسه وإن لم يستر به العورة. قال وكذلك إن لبس الحالف عمامة لم يحنث إلا أن يلفها فيكون إزاراً أو رداءً أو يقطع من مثلها قميصاً أو درعاً أو سراويلاً فإنه يحنث في يمينه وإذا بلغت مقدار الإزار أو الرداء فقد لبس ما يسمى ثوباً إلا أنه لبسه في موضع من بدنه مخصوص فهو كما لو لبس القميص على رأسه. وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوباً لم يحنث في التكة والزر والعروة واللبنة رواية عن محمد وذلك لأن هذا ليس بملبوس في العادة ولا يقال لمن كان ذلك عليه لابس. وقال أبو يوسف إن لبس رقعة في ثوبه شبراً في شبر حنث لأن هذا عنده في حكم الكثير فصار لابساً له. قال محمد إذا حلف لا يلبس ثوباً لا يحنث في العمامة والمقنعة ويحنث في السراويل والإزار والرداء ثوباً وهذا على التفصيل الذي قدمناه. وقالوا لو حلف لا يلبس ثوباً من غزلها فلبس ثوب خز حنث لأن هذا ينسب إلى الثوب. وإن لبس كساء من غزلها سداه قطن فإن كان يسمى ثوباً حنث وإلا لم يحنث. وقالوا فيمن حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان فنسجه غلمانه فإن كان فلان يعمل بيده لم يحنث إلا أن يلبس من نسجه وإن كان فلان لا يعمل بيده حنث من قبل أن هذا نسجه وهذا صحيح لأن حقيقة النسج ما فعله الإنسان بنفسه فإذا أمكن حمل اليمين على الحقيقة لم يحمل على المجاز وإن كان فلان لا ينسج بيده فلا يجوز أن يقصد باليمين الحقيقة فينبغي أن يحمل على

المجاز وهو الأمر العام [illegible] وروى بشر عن أبي يوسف فيمن حلف لا يلبس شيئاً من السواد [illegible]

باب آخر في اللبس قال أبو الحسن

إذا حلف الرجل لا يلبس قميصاً ولا سراويل ولا رداءً فاتزر بالسراويل أو ارتدى بالقميص [illegible]

[illegible]

باب الحلف على الكلام

قال أبو الحسن إذا حلف [illegible]

[illegible]

الكلام من دلالة التخصيص وبين اليمين لا نعم قالوا اذا قال لمن تلقين في المنزل فقد اشارت في ترك لقاي وقد ابتدئ
غير مرة فلم القل فقال لا احزن امراته طالق ان اتال فهو على حال معول لان الكلام كشفها بين ابتدائه نوبة المنزل
وبين الحلف وانقطعت اليمين عنه وصار كالمبتدا فان نوى في هذا الاتيان في المنزل حنث فيما بينه وبين الله ولا يدين
في القضاء لانه وجد في الحال ما يحتمل ان يكون انصرف اليه وان كان غير ظاهر ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه
فسها الامام فسبح به الحالف او فتح عليه بالقراءة لم يحنث لان هذا لا يسمى كلاما في الاطلاق وان كان كلاما في الحقيقة
الا ترى ان الكلام يبطل الصلاة وهذا لا يبطلها وقد قالوا فيمن حلف لا يتكلم فصلى فالقياس ان يحنث لان التكبير
والقراءة كلام والاستحسان ان لا يحنث لانه غير مراد باليمين ولانهم يقولون فلان لا يتكلم في صلاته وان كان
قد اتى بها قالوا ولو فتح عليه في غير الصلاة حنث لانه كلام وانما لم يحمل عليه اليمين اذا وقع في الصلاة بدلالة فاذا وقع
في غيرها حمل على القياس فان كان الامام هو الحالف والمحلوف عليه خلفه لم يحنث لان سلام الصلاة ليس بكلام كتكبيرها
والقراءة فيها قال واذا مر الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه فسلم عليهم حنث لانه مكلم لجماعتهم بالسلام
فان نوى القوم دونه لم يحنث فيما بينه وبين الله لانه انما يكون مكلما لمن قصده ولم يقصده ولا يدين في القضاء لان الكلام
في الظاهر للجماعة وما نواه لا يطلع عليه الحاكم قال ولو نبه الحالف المحلوف من النوم حنث وان لم ينتبه لانه
مكلم له وقد وصل الكلام الى سمعه وهناك مانع من الفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل قالوا وان دق عليه الباب
فقال من هذا او من انت حنث لانه مكلم له بالاستفهام قال واذا دعاه او كلمه وهو في مكان فان كان مثل
ذلك يسمع حنث وان كان في موضع لا يسمع في مثله لبعد ما بينهما لم يحنث لان الموضع اذا كان قريبا فقد وصل الصوت
الى سمعه وان لم يتنبه له للغفلة وان كان بعيدا فالصوت لا يصل اليه فلم يكن مكلما وبهذا يفترق فعل هذا هاهنا
ولا يعتد من الاول كذلك ولو حلف لا يتكلم فقرا في الصلاة او كبر او سبح لم يحنث وكذلك جميع الذكر يفعله في
الصلاة وتوجيه القياس والاستحسان في ذلك وقد قالوا فيمن حلف لا يكلم انسانا فكلم غيره وهو لا يقصد ان
يسمع لم يحنث لانه لم يقصد الكلام وان حلف لا يكلم امراة فدخل دارهم وليس فيها غيرها فقال من وضع هذا او اين هذا
حنث لانه مكلم لها حين استفهم وليس هنالك غيرها فان كان في الدار هي وغيرها لم يحنث لانه يحتمل ان يكون استفهم
من سواها

باب الحلف على الكلام المؤقت

قال ابو الحسن اذا قال الرجل ليلا والله لا اكلم فلانا يوما ان اليمين من حين حلف الى ان تغيب الشمس من الغد
يدخل في يمينه بقية الليل فان كلمه فيما بقي من الليل او في الغد حنث في يمينه وذلك لان اليمين اذا تعلقت بوقت
مطلق فابتداوها عقيب اليمين الا ترى ان الله تعالى حكم في الايلاء واجمعت الامة عليه وصورته ان يحلف على ترك
الوطي اربعة اشهر فصاعدا فلو لم يختص اليمين بعقيب السبب لم يكن موليا كمن قال لا اقربك اربعة اشهر في
غير [illegible] ولان كل حكم تعلق بمدة لا على طريق القربة اختص بعقيب السبب كالاجارة واذا ثبت هذا كانت اليمين عقيب
الحلف فدخل بقية الليل فيها قال وكذلك لو حلف بالنهار لا يكلمه ليلة فانه يحنث من كلامه من حين حلف الى طلوع
الفجر وهذا على ما بيناه وان حلف في بعض النهار لا يكلمه يوما فاليمين على بقية اليوم والليلة المستقبلة الى مثل
تلك الساعة التي حلف فيها من الغد وكذلك اذا حلف ليلا لا يكلمه ليلة فاليمين من تلك الساعة الى ان يجي مثلها في
الليلة المقبلة ويدخل النهار الذي بينهما في ذلك لانه حلف على يوم منكر فلا بد من استيعابه ولا يمكن استيعاب
يوم الا باتمامه من اليوم الثاني فيدخل الليل على طريق التبع فان قال في بعض اليوم لا اكلمك اليوم فاليمين على ما بقي من
اليوم فاذا غربت الشمس سقطت اليمين وذلك لانه حلف على زمان معين فلا يمكن نقل اليمين الى غيره فتعلقت بما
بقي منه وان قال والله لا اكلمك اليوم ولا غدا فاليمين على بقية اليوم وعلى الغد ولا يدخل الليلة التي بينهما في اليمين
روى ذلك ابن سماعة عن ابي يوسف ومحمد وذلك لان الاخلال بين نفيين تناولت كل واحد منهما على الانفراد ولا
ولو لم يعلق فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فانتفت اليومين جميعا ولا يدخل الليل لانه افرد كل واحد منهما بيمين الا ترى
ان تقديره لا اكلمك اليوم ولا اكلمك غدا فلا يدخل الليل في ذلك قال ابن سماعة عنهما ولو قال والله لا اكلمك اليوم وغدا
دخلت الليلة التي بين اليوم والغد في يمينه وذلك لانها يمين واحدة لان الواو للجمع فكانه قال لا اكلمك يومين وروى بشر
عن ابي يوسف ان الليل لا يدخل لانه عقد على النهار وليس ضرورة الى ادخال الليل فلم يدخل قال ولو قال والله لا اكلمك
يوما ولا يومين فهو مثل قوله لا اكلمك ثلثة ايام في قول ابي يوسف ومحمد وكذلك رواه بشر عن ابي يوسف وذكر محمد في الجامع
الكبير انه على يومين وان كلمه في اليوم الثالث لم يحنث وجه الرواية الاولى انه عطف اليومين على اليوم والعطف
غير المعطوف عليه فاقتضى يومين غير الاول وجه قول محمد ان كل واحد منهما يمين منفردة فكانت الثانية عقيب السبب
كالاولى فصار على اليوم الاول يمينان وعلى الثاني يمين واحدة وقال بشر عن ابي يوسف لو قال والله لا ادخل
الدار يوما ويوما فهو مثل حلفه على يومين ولا يشبه قوله لا ادخلها اليوم وغدا وذلك لان قوله يوما ويوما عقد على
زمان منكر فصار كقوله يومين وقوله اليوم وغدا عقد على زمان معين لا ضرورة بنا الى ادخال الليل فيه فلا يدخل
قال ابو الحسن واذا قال والله لا اكلم زيدا يوما والله لا اكلمه يومين والله لا اكلمه ثلثة ايام فاليوم الاول من حين حلف
من اليمين الثالثة عليه ثلث ايمان واليوم الثاني عليه يمينان الثانية والثالثة واليوم الثالث عليه يمين واحدة هي الثالثة

وذلك لان كل يمين ذكرها تختص بعقيب السبب فكانت اليمين الاولى على يوم عقيب اليمين واليمين الثانية على يومين
عقيب اليمين واليمين الثالثة على ثلثة ايام عقيب اليمين فعلى اليوم الاول ثلثة ايمان وعلى الثاني يمينان وعلى الثالث يمين
ونظير هذه المسايل هذا الباب ما روى داود بن رشيد عن محمد فيمن قال والله لا اكلمك اليوم سنة
او لا اكلمك اليوم شهرا فعليه ان يدع كلامه في ذلك اليوم شهرا او في ذلك اليوم سنة حتى تكمل كلما دار ذلك اليوم
ذلك الشهر او في السنة التي حلف وذلك ان اليوم الواحد لا يكون شهرا ولا سنة فعلم ان المراد باليمين ان لا يكلمه
في مثله شهرا او سنة فان قال لا اكلمك عشرة ايام وهو في يوم السبت فهذا على سبتين لانه لا بد في عشرة
ايام اكثر من سبت واحد وكذلك لو قال لا اكلمك يوم السبت يومين كان على سبتين لان السبت لا يكون يومين
وزايد من سبتان في يومين فعلم ان المراد به مرتين وكذلك لو قال لا اكلمك يوم السبت ثلثة ايام كانت
كلها يوم السبت لما بينا ولو قال لا اكلمك يوما او لا اكلمك يوم السبت يوما فله ان يجعله في اي يوم شاء
لانه عقد على يوم شايع في الايام فكان له تعيينه متى شاء وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال لا اكلمك يوما
من يومين ولا نية له قال فيحل يوم بين يومين وهو عندي مثل قوله لا اكلمك يوما فيكون على يوم وابن سماعة حلف
ولم يذكر ابو الحسن اليمين على الاوقات المبهمة وهذه المسايل مذكورة في الاصل وفي غيره
واذا حلف لا يكلمه زمانا او حينا او الزمان او الحين ولا نية له فانه على ستة اشهر في قول ابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد وذلك لان الحين يعبر به عن الوقت القريب قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون
وحين تصبحون واراد به صلاة الصبح والعصر ويعبر به عن اربعين سنة قال الله تعالى هل اتى على
الانسان حين من الدهر ويعبر به عن ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها قال ابن عباس
اراد به النخلة لان بين اطلاعها وبين انتهاء ثمرها ستة اشهر وكل واحد منها ما كول ولا يجوز ان يحمل
اليمين على الوقت اليسير لانه ان اراد ذلك امتنع منه بغير يمين ولا يحمل على اربعين سنة لانه اذا اراد ذلك
قال لا اكلمك ابدا فلم يبق الا ان يحمل على ستة اشهر وروي عن ابن عباس انه حملها على ذلك والزمان
يذكر ويراد به ما يراد بالحين فصار احدهما كالاخر فان كانت للحالف نية فهو على ما نوى لما بينا ان اللفظ
محتمل للجميع الا انهم قالوا يصدق في الوقت اليسير اذا قال حينا لانه عبارة عن الوقت اليسير بدلالة قوله سبحانه
وتعالى فسبحان الله حين تمسون ولا يصدق في الزمان ومن اصحابنا من قال لا يصدق في الزمان على الوقت
اليسير لانه لم يثبت استعمال اللفظ فيه وقد ذكر ابو الحسن في الجامع انه قال يدين في الزمان والحين في
كل ما نوى من قليل او كثير وذكر عن ابي يوسف انه لا يدين فيما دون ستة اشهر في القضاء واما اذا قال لا
اكلمك دهرا او الدهر قال ابو حنيفة ان كانت له نية فهو على ما نوى وان لم يكن له نية فلا ادري ما الدهر
وقال ابو يوسف ومحمد اذا قال دهرا فهو على ستة اشهر واذا قال الدهر فهو على الابد ومن اصحابنا
من قال لا خلاف في الدهر انه الابد وانما قال ابو حنيفة اذا قال دهرا لا ادري ما هو وروي بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة في دهر او الدهر [illegible]
[illegible]

فههنا على جمع الابد وذلك لان الجمع جمع ليوم الجمعة ۞ ولو حلف لا اكلمه يوم الجمعة لم يتناول غيره وكذلك اذا
جمع اليوم بين ذلك لما ان يوم صوم الجمع لم يلزمه ما بينهما ۞ وقد قال ابو حنيفة في قوله لا اكلمك الجمع انه على
عشر جمع وان قال جمعا فهو على ثلثة وقال ابو يوسف ومحمد في جمع مثله وفي الجمع ما التعريف على الابد لابي حنيفة
ان جمع ثلثة فاذا ادخل عليه الالف واللام اقتضى ذلك جنس ما يسمى جمعا وذلك عشرة وما زاد عليها يقال احد عشر
جمعة فوجب ان يحمل اليمين على العشرة ووجه قولهما ان الالف واللام للجنس او للمعهود وليس هاهنا جمع
معهوده فيحمل على جنس الجمعة وذلك الابد وعلى هذا اذا قال لا اكلمك الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد سبعة ايام لابي حنيفة ان الالف واللام يقتضي ذلك جنس ما يسمى اياما وذلك
عشرة ايام وما زاد عليها يقال احد عشر يوما ووجه قولهما ان اللام للمعهود والمعهود في الايام ايام الاسبوع
فيحمل اليمين عليها ۞ واما اذا قال لا اكلمك اياما فقد ذكر في الجامع الكبير انه على ثلثة ايام في قولهم لان ادنى
الجمع ثلثة وقد ذكر لفظ الجمع ۞ وذكر في كتاب الايمان اذا قال لا اكلمك اياما انه على عشرة ايام عند ابي حنيفة
وسوى بينه وبين الايام والصحيح ما في الجامع الكبير ۞ وعلى هذا اذا قال لا اكلمك الشهور فهو على
عشرة اشهر عند ابي حنيفة لما ذكرنا ان جنس ما يسمى شهورا عشرة وعلى قولهما يحمل على اثني عشر شهرا
لانها الشهور المعهودة ۞ ولو حلف لا يكلمه السنين فهو على عشر سنين عند ابي حنيفة وعندهما على
الابد لانه لا عهد في السنين ۞ ولو قال لا اكلمه سنين فهو على ثلث سنين في قولهم ۞ وقال ابو حنيفة
اذا حلف لا يكلمه عاجلا ولا نية له فهو على اقل من شهر وذلك لان الشهر في حكم الكثير لانه يجعل اجلا
في الدين فصار بعيدا وما دونه عاجلا ۞ ولو قال والله لاهجرنك مليا فهذا على شهر واكثر فان نوى
اقل من ذلك لم يدين في القضا لانه جاء في التفسير في قوله عز وجل واهجرني مليا اي طويلا وهذا يقتضي
ما زاد على الشهر ۞ ولو قال لا اكلمك اياما كثيرة فهو على عشرة ايام في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لانه ادخل الكثرة على اسم الجمع فصار كادخال لفظ الجنس ۞ ولو قال والله لا اكلمك كذا وكذا يوما فهو على
احد وعشرين يوما لانه اقل عدد يعطف على عدد تفسيره يوما ۞ ولو قال كذا كذا فهو على احد عشر يوما ۞
ولو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوما فهو على ثلثة عشر يوما لان البضع من ثلثة الى تسعة فيحمل على اقلها ۞ قال
ابو يوسف ولو حلف لا يكلمه عمرا فهذا مثل الزمان والحين لانه ليس له مقدار بعينه وانما يعتبر به عن قطعة
من الزمان ۞ وقال بشر عن ابي يوسف فيمن حلف لا يكلم رجلا الشتا فاول ذلك اذا لبس الناس الحشو
والفرو واخر ذلك اذا القوها في البلد الذي حلف فيه وكذلك الصيف يعني عند القا الحشو الى لبسه
والصيف اذا استقبل الناس ثياب الشتا واستخفوا ثياب الصيف ۞ واذا حلف لا يكلمه الربيع فهو
في اخر الشتاء في مستقبل الصيف الى ان يبس البقل يعني العشب ۞ واذا حلف لا يكلمه الخريف
فهو فصل ما بين الشتا والصيف ۞ وقال خلف بن ايوب سالت محمدا عن رجل حلف لا يكلم رجلا الى
الموسم قال يكلمه اذا اصبح يوم النحر وذلك لانه اول الموسم ۞ وقال ابو يوسف يكلمه اذا زالت الشمس
من يوم عرفة لانه قد فرغ من ركن الحج في هذا الوقت ۞ وقال عمرو عن محمد غرة الشهر وراس الشهر
اول ليلة ويومها ... واوله ما دون النصف واخره اذا مضى خمسة عشر ۞ وقد روي عن ابي يوسف فيمن قال
لله علي ان اصوم اول يوم من اخر الشهر واخر يوم من اول الشهر فعليه صوم يوم الخامس عشر والسادس عشر
لان الخامس عشر اخر اوله والسادس عشر اول اخره ۞

باب الحلف على كلام احد الرجلين او احد الفريقين

قال ابو الحسن واذا قال الرجل والله لا اكلم فلانا او فلانا او قال والله لا اكلم فلانا ولا فلانا فكلم احدهما
حنث لان لفظة او اذا دخلت بين نفيين تناولت كل واحد منهما على الانفراد قال الله تعالى ولا تطع منهم
اثما او كفورا ولفظة لا اذا دخلت بين نفيين تناولت كل واحد منهما قال الله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال
في الحج ۞ قال فان قال والله لا اكلم فلانا وفلانا لم يحنث حتى يكلمهما لان الواو للجمع فكانه قال لا اكلمهما
واليمين اذا تعلقت بشرطين لم يحنث باحدهما ۞ فان قال والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا فان كلم احد
الاولين لم يحنث حتى يكلم الثالث وان كلم الثالث ولم يكلم احد الاولين لم يحنث وذلك لانه منع نفسه من
كلام الاول او الثاني والثالث فاي الامرين فعل حنث ۞ وان قال لا اكلم هذا او هذا وهذا فان كلم الاول
حنث وان كلم احد الاخرين لم يحنث وذلك لانه خير نفسه بين الاول والاخرين ۞

باب الاشارة والخبر والاظهار والافشا والكلام وما في معنى

قال ابو الحسن واذا قال الرجل عبده حر ان اظهر سرك لفلان او افشى سر فلان او حلف ليكتمن سره
او ليستترنه او ليخفينه فكتب الى فلان ذلك فانتهى اليه الكتاب بكلام او برسالة او سال فلان
عن ذلك فقال اكان كذا وكذا فاشار براسه اي نعم فهو حانث وذلك لان الغرض بهذه اليمين

الاعلام واظهار السر وذلك يظهر بالكتابة والاشارة والرسالة كما يظهر بالكلام فوقعت اليمين على جميع ذلك ۞
فان كان نوى الكلام بالكتابة دون الاشارة دين في ذلك لان الاخفاء والكتمان اذا كان يحصل بالكلام والاشارة
فقد خصص ما في لفظه فيدين فيما بينه وبين الله ۞ ولو حلف لا يعلم فلانا بمكان فلان فسأله المحلوف عليه افلان
في موضع كذا وكذا فاومى براسه اي نعم هو في ذلك الموضع فهو حانث لان الاعلام هو ان يفعل ما يقع لفلان
به العلم الظاهر وليس المراد به حقيقة العلم وذلك يحصل بالاشارة ۞ فان نوى الخبر بالكتاب او الكلام
دين على ما نواه ۞ ولو كان مكان الاعلام في هذه المسئلة الاخبار لم يحنث الا بكتاب او رسالة او كلام ولا يحنث
بالايماء لان الخبر ما احتمل الصدق والكذب وذلك لا يوجد في الاشارة ۞ فان عنى ان لا يخبره بايماء ولا غيره حنث
ان اومى لانه شدد على نفسه في نيته ۞ ولو حلف لا يخبره بمكان فلان فذهب به حتى اوقفه على
راس فلان واشار اليه ولم يخبره بكلام لم يحنث لما بينا ان الاشارة ليست بخبر ۞ ولو حلف لا يتكلم
بسر فلان ولا بمكانه فكتب او اشار لم يحنث لان الكتابة والاشارة ليست بكلام وانما تقوم مقامه الا ترى ان
الله تعالى اثبت النبي الايما وليس بمتكلم لناس ۞ قال فان سئل عنه فقال نعم فقد حنث لان نعم لا يستقل كلاما
بنفسه فالسؤال مضمر فيها فقد اتى بكلام يدل على المراد ۞ قال ولو حلف على شيء مما قدمت لك فقيل
للحالف انما نذكر امكنة واشياء الاسرار فان لم تتكلم بمكان فلان ولا بسره فقل لنا ليس كما تقولون وان
تكلمنا بسره او بمكانه فاسكت ولا تقل شيئا فقال نعم فذكر له اشياء الاماكن والاسرار فقال ليس كما تقولون
ثم ذكر له السر بعينه او المكان بعينه فسكت فليس هذا باظهار ولا افشا ولا اعلام ولا يحنث في شيء مما
وصفت لك وكذلك لو حلف لا يدلهم ففعل مثل ذلك فليس هذا بدلالة لان الحالف حلف على فعل نفسه
ولم يوجد منه فعل الافشا ولا الاظهار ولا الدلالة وانما استدلوا هم ويمينه لم تتناول فعلهم ۞ ولو اومى
اليهم براسه او اشار اليهم كانت هذه دلالة الا ترى ان الدلالة الخبر باللسان او بالكتاب فيكون على ما عنى ۞
وذلك لان الدلالة تتناول الافعال كما تتناول الاقوال الا ترى ان افعال الله تعالى دالة عليه وقوله دليل على
الاحكام فيحمل لفظ الدلالة عليهما فان نوى احدهما فقد خصص ما في لفظه ۞ قال والبشارة مثل الخبر لانها
خبر بصفة وهو ما يتغير عنده بشرة الوجه فلا تتناول الا الكلام والكتاب وكذلك الاقرار لو حلف لا
يقر لفلان بحق فهو مثل الخبر ولا يحنث بالاشارة لان الاقرار خبر عن الماضي او الحال ۞ ولو قال والله لا
استخدم فلانة فاستخدمها بكلام او امرها بشيء من خدمته او اشار اليها بالخدمة اشارة او اومى اليها فقد
استخدمها وهو حانث لان الاستخدام استدعا الخدمة فكل فعل يستجلب خدمتها فهو استخدام ويحنث
قال ولو كانت هذه الايمان كلها وهو صحيح لم يخرس فصار لا يقدر على الكلام كانت ايمانه في هذا كله على الاشارة
والكتاب في جميع ما وصفت لك الا في حلفه ان يقول لا اتكلم بسر فلان لا يحنث حتى يتكلم وذلك لان الكلام حروف
منظومة تدل على معنى وذلك لا يوجد في الاشارة ۞ فاما الخبر والافشا والاظهار فلا يوجد من الاخرس الا
بالاشارة فحنث فيها ۞ قال وكل شيء من هذا احتسبناه فيه بالاشارة والايما فقال اشرت او اومات وانا لا اريد الذي
حلفت عليه فان كان يفعل ذلك جوابا لشيء مما سئل عنه مما حلف عليه لم يصدق في القضا وذلك لان الاشارة
فيها احتمال فان كان هناك دلالة حال زال الاحتمال وان لم يكن رجع الى نيته ۞ قال واذا قال والله لا اعلمه
او لا ابشره او لا اخبره فكتب اليه بذلك او ارسل اليه رسولا فانه يحنث وذلك لان الله تعالى قال فبشرناه بغلام
حليم وانما ارسل اليه بذلك وقد اخبرنا الله تعالى عن الامم الماضية بالكتاب وقد دل على انه بشارة وخبر وكذلك
اعلمنا به الاحكام ودل على ان الكتاب يكون اعلاما ۞ وقال ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن قال والله لا اقول
لفلان كذا قال فهو عندي مثل الخبر والبشارة الا ترى ان رجلا لو قال والله لا اقول لفلان صبحك الله بخير
ثم ارسل اليه رسولا فقال له قل لفلان يقول لك فلان صبحك الله بخير فانه حانث الا ترى ان القايل هو
المرسل وان الرسول غير قايل لك لفلان لو كان هو الذي حلف عليه لم يحنث الا ترى ان الرجل يقول
قال الله تعالى في كتابه كذا ۞ فاما اذا قال والله لا اكلم فلانا بهذا الامر فهذا على الكلام بعينه لا يحنث
بكتاب ولا رسول الا ترى انك لا تقول كلمنا الله بكذا ۞ وقال في الاصل اذا قال ايما عبد حدثني بهذا
على المشافهة لان ما سوى الكلام ليس بحديث ۞ وقال في الاصل اذا قال اي عبيدي بشرني بكذا فهو حر
فبشروه جميعا عتقوا لان كل واحد منهم مبشر الا ترى ان كل واحد منهم اخبر بخبر تتغير عنده بشرة الوجه
قال الله تعالى فبشروه بغلام حليم ۞ ولو بشره واحد بعد واحد لم يعتق الثاني لانه مخبر وليس بمبشر لان البشرة
لا تتغير عنده ۞ فان ارسل احدهم اليه رسولا فقال ان عبدك فلانا يخبرك بكذا اعتق العبد لان المرسل
هو المبشر ۞ وان اضافه الرسول الى نفسه لم يعتق العبد لانه لا تعلق له بالخبر ۞ وقال
هشام اخبرني محمد قال سالني هرون امير المومنين عن انسان حلف لا يكتب الى فلان فامر غيره فكتب
فقلت له اما الذي له سلطان يامر بالكتاب ولا يكاد هو يكتب فانه يحنث وذلك الصحيح لانه اذا كان لا
يباشر بالكتابة فيمينه على العادة من حاله [illegible] قال هشام قلت لمحمد اذا حلف لا يكتب الى فلان كتابا
فخط بيده [illegible] حتى اتى على اخره وفهمه [illegible] قال [illegible] هرون انا ابو [illegible] وقد كان ابتلي بشي منه

فقال لا يحنث قال محمد ولا ادري اتاه ذلك ثم قدم محمد وقال لا اقول فيه شيئا وقال هشام في موضع اخر قال محمد عن
ابي يوسف انه لم يقرا وانما نوي ذلك وقال خلف بن ايوب وداود بن رشيد وابن رستم عن محمد انه يحنث وحكي
ابن رستم عنه قال ابو يوسف يقرا في نفسه ولا يتكلم بلسانه قال محمد هو حانث لان معاني كلام الناس هكذا الا ان ابا يوسف
ان القراءة ليست عبارة عن التفكر وانما هو تحريك اللسان بالحروف الا تري ان الله تعالي اوجب علينا القراءة في
الصلاة فلو لم نحرك بها السنتنا لم تجز وقد اجمعوا انه لو حلف لا يقرا سورة من القران فنظر فيها ولم يحرك لسانه
لم يحنث ووجه قول محمد ان اليمين محمولة علي العادة وفي العادة انما يراد بهذه اليمين الامتناع من الوقوف علي
ما في الكتاب فحنث بذلك وليس كذلك اليمين علي قراءة القران لان الغرض من قراءته الثواب وذلك متعلق
بتحريك اللسان ۞ قال هشام عن محمد اذا قرا الكتاب الا سطرا قال كانه قراه قلت فان قرا نصفه قال لا
يعني لم يقراه ۞ قال محمد اذا قرا المعاني يعني التي يحتاج اليها فكانه قد قراه لان الغرض الوقوف علي ما فيه ۞
قال واذا حلف لا يقرا سورة فقراها وترك منها حرفا حنث وان كانت اية طويلة لم يحنث لان ترك الحرف
لا يغير معني السورة ۞ وقال ابن رستم عن محمد قال لا ابلغك مثل لا اخبرك وكذلك لا اذكرك ولا اذكر لك شيئا
فانه يحنث في الكتاب قال الذكر والاخبار والاعلام والابلاغ علي الكتاب والقول والكلام علي الكلام ۞
قال عمرو سالت محمدا عن رجل حلف لا يتمثل بشعر فتمثل بنصف بيت قال لا يحنث لان الشعر ما ظهر فيه النظم ۞
قال قلت فان كان نصف البيت بيتا من شعر اخر قال لا ادري ما هذا لا يحنث هذا لا يكون الا بيتا واحد الشعر
ما ظهر فيه النظم وذلك لا يكون الا في بيت ۞ قال وسالت محمدا عن رجل فارسي حلف لا يقرا الحمد بالعربية فقراها
فلحن قال يحنث ۞ فان حلف رجل فصيح لا يقرا الحمد فقراها فلحن لم يحنث اذا لم يكن لا يحسنها لان العربي انما
يريد بيمينه ان يقرا الموضوع اللغة وذلك المعرب دون الملحون واما العجمي فانما يريد اللغة العربية دون العجمية والملحون
يعد من العربية ۞

باب الحلف علي الدخول

قال ابو الحسن رحمه الله اذا حلف الرجل لا يدخل دارا او بيتا او مسجدا او حماما فالدخول هو الانفصال من خارج ذلك الشي الي داخله وليس المكث
فيها دخولا لو حلف لا يدخل دارا وهو فيها فمكث فيها بعد يمينه لم يحنث الا تري انه لو دخل الدار يوم الجمعة فقال والله
ما دخلت هذه الدار يوم الجمعة وانما دخلتها يوم الخميس [illegible] في يمينه والاصل في ذلك ان الدخول ما ذكره من الانفصال
من خارج الدار الي داخلها والبقا علي الدخول لا يسمي دخولا الا تري انك لا تقول دخلتها يوما ولو كان البقا يسمي باسم
الابتدا جاز ان يضاف الي الوقت الممتد الا تري ان البقا علي الركوب لما سمي ركوبا والبقا علي اللبس لما سمي لبسا
جاز ان يقول ركبت يوما ولبست يوما ۞ قال وسوا دخلها راكبا او ماشيا او محمولا بامره وذلك لان اسم الدخول
يتناول الجميع وقد قال فيمن حلف لا يدخل فامر غيره فادخله حنث لانه فعل الدخول بامره فصار كما لو دخلها راكبا ۞
واما اذا احتمله غيره فادخله بغير امره لم يحنث لانه ليس بداخل وانما هو مدخل ۞ وروي محمد بن ابي رجا عن محمد عن
ابي يوسف انه قال اذا احتمله غيره وهو يهوي ذلك لم يحنث لانه ليس بفاعل الدخول واليمين منعقدة علي
الفعل دون الارادة ۞ واختلف اصحابنا المتاخرون اذا احتمله غيره وهو يقدر علي الامتناع فلم يمتنع فمنهم
من قال يحنث لانه لما لم يمتنع مع القدرة صار كانه فعل الدخول ومنهم من قال لا يحنث وهو الصحيح لانه ليس
بداخل اذا نزل الي ما تعهده ۞ قال وسوا دخلها من بابها او غيره لانه عقد يمينه علي الدخول فالباب وغيره سوا ۞
فان نزل الي سطحها حنث لان سطح الدار منها الا تري ان الدار ما احاطت به الدائرة ۞ قال ولو قام علي حائط
من حيطانها حنث لان الحائط مما يدور عليه الدائرة فهو كسطحها ۞ قال ولو قام علي ظلة لها شارعة او كنيف
شارع فان ابا يوسف قال ان كانت الظلة مسكنا للدار المحلوف عليها حنث يعني اذا كانت مفتوحة اليها لانها
كبيت من بيوتها ومنسوبة اليها ۞ فان قام علي اسكفة الباب تحت الطاق فهو علي وجهين ان كان
الباب اذا اغلق كانت الاسكفة خارجة منه لم يحنث لانها خارج الدار الا تري ان الباب يغلق علي ما في الدار ۞
وان كان الباب اذا اغلق كانت الاسكفة داخل الباب حنث لانه حينئذ سائر بقاع الدار ۞ قال وان ادخل
الحالف احدي رجليه ولم يدخل الاخري لم يحنث لانا لو جعلناه داخلا باحدي رجليه جعلناه خارجا بالاخري
فلا يكون في وقت واحد داخلا وخارجا ۞ وقد روي عن بريدة انه كان مع رسول الله صلي الله عليه في المسجد فقال
له الا اعلمك اية لم تنزل علي نبي بعد سليمن بن داود قال قلت ما هي قال لا اخرج من المسجد حتي اعلمكها
قال فلما اخرج احدي رجليه قلت لعله قد انسي فقال لي بم تفتتح القراءة قلت بسم الله الرحمن الرحيم فقال هي هي
فدل علي انه لم يخرج باخراج احدي رجليه ۞ ومن المتاخرين من اصحابنا من قال هذه المسالة موضوعة علي ان
داخل الدار وخارجها سطح واحد فان كانت الدار منهبطة فادخل اليها احدي رجليه حنث لان اكثره حصل فيها
قال وان ادخل راسه ولم يدخل قدميه لم يحنث وكذلك ان تناول منها شيئا بيده لم يحنث لان هذا ليس بدخول
الا تري ان السارق اذا فعل ذلك لم يجب عليه القطع ۞ قال واذا حلف لا يدخل دارا فدخل خرابا قد كان دارا
فذهب بناوها لم يحنث ولو قال لا ادخل هذه الدار فذهب بناوها بعد يمينه حنث في قولهم وهذا علي ما بينا
ان اليمين المطلقة تتناول الصفة المعتادة واذا تعلقت بمعين بعينه فيها الاسم والدار الخراب تسمي دارا ۞

قال ابو يوسف اذا قال والله لا ادخل هذا المسجد فهدم فصار صحرا ثم دخلها فانه يحنث قال وهو مسجد وان لم يكن مبنيا وذلك
لان المسجد عبارة عن موضع السجود وذلك موجود في التراب ۞ ولو حلف لا يدخل هذا البيت او بيتا فدخله ولا بنا فيه لم يحنث
لما بينا ان البيت اسم للبنا المبني المسقف ولهذا لا يسمي العرب الاخبية بيوتا فاذا زال البنا زال الاسم ۞ فان دخل
مسجدا او بيعة او كنيسة او بيت نار او دخل الكعبة او حماما او دهليزا او ظلة باب دار لم يحنث لان المساجد والبيع لا تسمي
بيوتا في المعتبر في الايمان الاسم المعتاد ولا يقال ان الله تعالي سماها بيوتا بقوله تعالي في بيوت اذن الله ان ترفع لان المعتبر
عندنا في الايمان الاسم المعتاد دون تسمية القران ۞ قال ولو دخل صفة حنث وهذا علي عادة اهل الكوفة لان الصفة
عندهم بيت بصفة وهو الذي يسمي ببغداد البيت الجارى ويسمونه بالكوفة صفة [illegible] واذا كانت بيتا عندهم حنث
فاما الصفة المعروفة في البلاد فلا يحنث بدخولها لانها لا تسمي بيتا ۞ قال ولو حلف لا يدخل صفة فدخل بيتا لم يحنث
لان الصفة عندهم بيت بصفة فلا يحنث فيما لم يوجد فيه تلك الصفة ۞ قال ابو يوسف ولو حلف لا يدخل من باب
هذه الدار ابدا فدخل من غير الباب لم يحنث وذلك لانه حلف علي يمين بصفة وهو دخوله من الباب ۞ قال فان نقب
للدار باب اخر فان اراد ان يتخلص منه فاليمين علي وجوه منها ان قال من هذا الباب لم يحنث بالدخول من الباب المحدث
لانه حلف علي باب معين فلا يحنث بغيره ۞ فان قال من باب الدار وعني ذلك الباب خاصة فيما بينه وبين الله
ولا يدين في القضا لانه حلف علي باب مضاف الي الدار وذلك عام في الموجود والمحدث فاذا نوي احدهما فقد
خصص ما في لفظه ۞ فان لم يكن له نية ودخل من الباب المحدث حنث لانه باب مضاف الي الدار كالباب
الاصلي ۞ قال هشام سالت محمدا عن رجل حلف لا يدخل لفلان دارا او حانوتا فدخل دارا او حانوتا لفلان
والساكن فيه غير فلان المحلوف عليه قال محمد يحنث الا ان يقول الدار او الحانوت الذي فيه فلان وذلك لانه
حلف علي دار يملكها فلان وذلك موجود فيما يسكنه وفيما لا يسكنه ۞ قلت فان حلف لا يدخل دار فلان
ولا حانوته قال هل كان قبل هذا كلام قلت لا قال محمد فان هذا علي داره التي يسكنها كانت له او كان فيها ساكنا
فاما الحانوت فان كان المحلوف عليه له حانوت وهو فيه فهو كقوله لا ادخل حانوتا لك وهذه المسالة قد بيناها
فيما مضي وذكرنا انه عقد علي دار مضافة الي فلان وذلك موجود في اضافة السكني وذكرنا في الحانوت
ان فلانا ان كان ممن يسكن الحوانيت فهو علي ما يسكن وان كان ممن لا يسكن فهو علي ما يملكه ۞ قال وان حلف لا
يدخل دار فلان فدخل دارا بين فلان وبين اخر فان كان فلان فيها ساكنا حنث وان لم يكن ساكنا لم يحنث لانه اذا كان
ساكنا اضيفت اليه وان لم يملك نصفها فاذا ملك اولي واذا كان لا يسكنها فالدار مضافة اليهما فلا يحنث
بدخولها ۞ قال وان حلف لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بين فلان وبين اخر حنث لان كل جزء من الارض يسمي ارضا وبعض
الدار لا يسمي دارا ۞ قال هشام قلت لمحمد فان حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له فدخل داره وفلان فيها ساكن قال
لا يحنث حتي يدخل البيت فان كانت نيته ان لا يدخل بيته يعني مسكنه فانه يحنث لان البيت عبارة عن موضع المبيت
وذلك لا يوجد في صحن الدار فان نواه فقد شدد علي نفسه ۞ وقال ابن رستم عن محمد في رجل حلف لا يدخل دار
رجل بعينه مثل دار عمرو بن حريث او غيرها من الدور المشهورة باربابها فدخلها الرجل وقد كان باعها عمرو بن حريث
او غيره ممن تنسب قبل اليمين اليه ثم دخلها الحالف بعد ذلك حنث لان الدور المشهورة تضاف الي اربابها علي
طريق النسبة لا علي طريق الملك فزوال الملك لا يوجب زوال اليمين ۞ قال ولو كانت هذه اليمين علي دار
من هذه الدور التي ليست لها نسبة تعرف بها لم يحنث في يمينه لان الاضافة هاهنا يراد بها الملك دون النسبة
فاذا زال الملك زالت الاضافة ۞ وقال ابن رستم عن محمد في رجل حلف لا يدخل هذه الحجرة فكسرت فدخلها قال
لا يحنث وليست الحجرة كالدار وذلك لان الحجرة اسم لما حجر بالبنا فهي كالبيت فاذا انهدم زال الاسم ۞
وقال ابن رستم عن محمد في رجل حلف لا يدخل دار فلان فصعد السطح قال يحنث الا ان يكون نوي صحن الدار فلا
يحنث فيما بينه وبين الله وذلك لانهم قد يذكرون الدار ويريدون به الصحن دون غيره فقد نوي ما يحتمله كلامه
ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فصعد فوقه حنث لان سطح المسجد منه ولهذا لا يبطل اعتكاف المعتكف
باشتغاله به ۞ فان كان فوق المسجد مسكن فلا يحنث لان ذلك ليس بمسجد ولو اشتغل المعتكف اليه بطل اعتكافه

نوع اخر من الدخول

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل لا يدخل هذه الدار الا مجتازا فان ابن سماعة روي عن
ابي يوسف انه ان دخل وهو لا يريد الجلوس فانه لا يحنث لانه عقد علي كل دخول واستثني دخولا بصفة وهو
ما يقصد به الاجتياز وقد حصل ذلك فلم يحنث ۞ فان دخل يعود مريضا ومن رايه الجلوس عنده حنث لانه
دخل علي غير الصفة المستثناة ۞ فان دخل لا يريد الجلوس ثم بدا له بعد ما دخل فجلس لم يحنث لانه لم يحنث
بدخوله فاذا ابتدا بعد ذلك فلم يوجد الصفة المحلوف عليها لان البقا علي الدخول ليس بدخول فلا يحنث به ۞
وقال في الاصل اذا حلف لا يدخل هذه الدار الا عابر سبيل فدخلها ليقعد فيها او ليعود مريضا فيها او ليطعم
فيها ولم يكن له نية حين حلف فانه يحنث ۞ ولو كان دخلها مجتازا ثم بدا له فقعد فيها لم يحنث لان عابر سبيل
هو المجتاز فاذا دخلها لغير الاجتياز حنث ۞ قال الا ان ينوي لا يدخلها يريد النزول فان نوي ذلك فانه يسعه
لانه قد يقال دخلت عابر سبيل يعني اني لم اقم علي الدخول ولم استقر ومن نوي ما يحتمله كلامه ۞ وقال
هشام عن محمد عن ابي حنيفة في رجل حلف [illegible] فدخلها [illegible] لم يحنث انما هو علي الدخول

وكذلك قال ابو يوسف ومحمد وذلك لان المراد باليمين ليس هو مباشرة قدمه الارض الا ترى انه لو كان في رجله حذا حنث فعلم ان المراد به الدخول وقد حصل ۞ وقال ابن سماعة عن محمد في رجل حلف ان وضع قدمه في هذه الدار فعبده حر فدخلها راكبا فانه يعتق وهذا قول ابي حنيفة وهذا ما بيناه ۞ فان كان نوى ان لا يضع قدمه ماشيا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه في الاصل ۞ وقال في الاصل اذا دخلها راكبا او ماشيا عليه حذا او لا حذا عليه فانه يحنث وهذا على ما قدمناه ۞

ومما يلحق بمسائل هذا الباب

ما روى هشام عن ابي يوسف فيمن حلف لا يدخل دار فلان فدخل حانوتا مشرعا من هذه الدار الى الطريق وليس له باب في الدار فانه يحنث لانه من جملة ما احاطت به الدائرة ۞ قال هشام وسالت ابا يوسف عن من دخل بستانا في تلك الدار قال لا يحنث وهذا محمول على بستان متصل بالدار فاما اذا كان في وسطها فانه يحنث بدخوله لانه مما احاطت به الدائرة وهكذا روي عن محمد ۞ قال ابن سماعة عن محمد في نوادره في رجل حلف لا يدخل دار فلان فغرس باقبلة دار فلان وحفر تحت دار فلان حتى جاوزها فدخل الحالف ذلك السرب حتى مضى فيه تحت دار فلان قال لا يحنث الا ان يكون من هذه القناة مكان مكشوف الى الدار يستقي منه اهل الدار فدخل الحالف القناة المكشوف فانه يحنث وان لم يبلغه فانه ليس بحانث ۞ وان كان المكشوف شيئا قليلا لا ينتفع به اهل الدار وانما هو للضوء فمر الحالف في القناة حتى بلغ الموضع فليس بحانث ۞ وذلك لان القناة تحت الدار اذا لم يكن منها منفذ لم تعد من الدار الا ترى ان المقصود بدخول داره اما الكرامة او هتك حرمته وذلك لا يوجد فيما لا منفذ منه ۞ قال وان كان هناك منفذ يستقي منه الماء فبلغ اليه فهو كمن دخل في بير داره وان كان لا ينتفع به الا للضوء لم يصر اخلاقه في الدار فلم يحنث ۞ قال ولو اتخذ فلان سربا تحت داره وجعله بيوتا وجعل لها ابوابا الى الطريق فدخلها رجل قد كان حلف لا يدخل دار فلان فانه حانث وذلك لان السرب تحت الدار من بيوتها ۞ قال ولو عمد فلان الى بيت من داره او بيتين فسد ابوابها من قبل داره وجعل ابوابها الى دار الحالف على دخول الدار فدخل الحالف هذين البيتين فانه لا يحنث لانها صارت منسوبة الى الدار الاخرى فلم يحنث بها ۞ وقال ابن سماعة عن محمد في سرداب يكون بابه الى دار محتفره في دار اخرى انه من التي مدخله اليها لانه يعد من بيوتها ۞ وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل حلف لا يدخل بغداد فانحدر من الموصل في سفينة فمر ببغداد قال لا يحنث فان خرج فمشى على الجسر حنث وان قدما الى الشط ولم يخرج لم يحنث ولم يكن مقيما ان كان اهله ببغداد فان خرج الى الشط حنث وقال ابن سماعة عن محمد ان انحدر في سفينة من الموصل الى البصرة فمر في وسط دجلة قال هو حانث ووجه قول ابي يوسف ان دخول البلد يكون بالاستقرار فيه وموضع دجلة ليس بموضع الاستقرار فلا يقصد بالدخول ومحمد يقول ان دجلة من البلد الا ترى انه لو عقد عليها جسرا كان من البلد فكذلك اذا حصل في ذلك الموضع في سفينة ۞

باب الحلف على السكنى

قال ابو الحسن رحمه الله اذا حلف الرجل لا يسكن هذه الدار قال فالسكنى ان يسكنها بنفسه وينقل اليها من متاعه ما يتاثث ويستعمله في منزله فاذا فعل ذلك فهو ساكن وهو حانث في يمينه ۞ وذلك لان السكنى هو الكون في المكان على طريق الاستقرار والمداومة وذلك يكون بما يسكن به في العادة الا ترى ان من جلس في المسجد وبات فيه لم يكن ساكنا للمسجد ولو اقام فيه بما يتاثث به وصف بسكنى المسجد فوجب اعتبار ذلك في اليمين ۞ قال وان كان فيها ساكنا وحلف لا يسكنها فانه لا يبر حتى ينتقل عنها بنفسه واهله وولده والذي معه ومن كان ماوى بها لخدمته والقيام بامره في منزله فان لم يفعل ذلك ولم ياخذ في النقلة من ساعته وهو يمكنه حنث ۞ والكلام في هذا في فصلين احدهما انه اذا حلف لا يسكن فانتقل باهله ومتاعه في الحال لم يحنث وقال زفر يحنث وعلى هذا الخلاف اذا حلف الراكب لا يركب فنزل في الحال او حلف اللابس لا يلبس فنزع في الحال ووجه قولهم ان اليمين تعقد على ما يمكن الاحتراز عنه ولا يعقد على ما لا يحترز عنه الا ترى ان الانسان يحلف ليبر لا ليحنث ومعلوم ان ما بين الحلف والنزول او الانتقال لا يمكن الاحتراز عنه فكانت اليمين على ما سواه لزفر انه وجد عقيب اليمين جزء من السكنى وان قل لو حصل ذلك من الحالف على السكنى وليس هو في الدار حنث فكذلك اذا حصل ممن هو فيها ۞ والفصل الثاني اذا انتقل بنفسه ولم ينقل متاعه واهله قال اصحابنا يحنث وقال الشافعي لا يحنث لنا ان السكنى انما تكون بما يسكن به في العادة على ما بيناه فاذا حلف على نفيها اقتضى ازالة ما صار به ساكنا فاذا لم يفعل حنث ۞ ولان قوله لا اسكن هذه الدار اي لا اسكنها تنزها عنها وصيانة لنفسه وكراهة لها وذلك مما يقصده الانسان في اهله كما يقصده في نفسه فكانت اليمين عليهما ۞ وقد تكلم الشافعي في هذه المسئلة قال لو خرجت من مكة وخلفت بها دفترا ما كنت ساكنا بمكة وهذا غلط لان الدفاتر لا يسكن بها في البيوت فبقاؤها لا يوجب بقاء السكنى وعلى ان من اصحابنا من قال اذا حلف لا يسكن هذه الدار فخرج منها وفيها اهله او متاعه حنث لانه يسمى ساكنا الا ترى انه يقال للرجل وهو في السوق اين تسكن فيقول في موضع كذا فدل انه ساكن وان لم يكن فيها ۞ قال ومن حلف لا يسكن في بلد فخرج منه وترك اهله فيه لم يحنث لانه لا يقال لمن بالبصرة انه ساكن بالكوفة واما اذا انتقل بنفسه واهله ومتاعه وترك من اثاثه شيئا يسيرا فان ابا حنيفة قال يحنث وقال ابو يوسف اذا كان المتاع المتروك لا [illegible] بعض [illegible] ولست اجد فيه حدا وانما هو على الاستحسان

وعلى ما يعرفه الناس وكان اصحابنا يقولون معنى قول ابي حنيفة اذا ترك شيئا يسيرا يعني ما يعتد به في التاثث ويسكن بمثله فاما ان يخلف فيها وتدا او مكنسة لم يحنث لابي حنيفة ان اليمين لما اقتضت خروجه من الدار واخراج ما صار به ساكنا فمتى بقي منه شيء فلم يوجد شرط البر فكان يحنث لابي يوسف ان اليسير من الاثاث غير معتد به الا ترى انه لا يصير ساكنا بمثله فصار كالوتد ۞ قال فان منع من التحول وان يخرج بنفسه ومنعوا متاعه واوثقوه وقهروه فانه لا يحنث وان اقام على ذلك اياما وذلك لان البقاء على السكنى يجري مجرى الابتداء ومعلوم ان من حلف لا يسكن هذه الدار فحمل اليها مكرها لم يحنث فكذلك البقاء اذا كان مكرها لم يحنث به لانه ليس بساكن وانما هو مسكن ۞ قال محمد اذا خرج من ساعته وخلف متاعه كله في المسكن فمكث في طلب منزل اياما فلم يجد ما يستاجره وكان يمكنه ان يخرج من المنزل او يضع متاعه خارجا من الدار قال لا يحنث لان هذا من عمل النقلة وذلك لان النقلة محمولة على العادة والمعتاد ان ينتقل من منزل الى منزل فاما ان يلقي متاعه على الطريق فليس بمعتاد ۞ ولانه ما دام في طلب المنزل فهو متشاغل بالانتقال كما لو خرج يطلب من ينقل رحله ۞ قال محمد ان كان الساكن موسرا وله متاع كثير وهو يقدر على ان يستاجر من ينقل متاعه في يوم فلم يفعل وجعل ينقل بنفسه الاول فالاول فمكث في ذلك سنة فان كان النقلان لا يفتر فانه لا يحنث وذلك لان الحنث يقع بالاستقرار في الدار ومن تشاغل بالانتقال فليس بمستقر ۞ ولانه لا يلزمه الانتقال على اسرع الوجوه الا ترى ان الانتقال المعتاد لا يحنث به وان كان غيره اسرع منه ۞ قال فان تحول ببدنه وقال ذلك اردت وقد كان حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فيها فهو كما نوى وذلك لانه اذا حلف لا يسكن هذه الدار لم يكن ساكنا الا بنفسه واثاثه فاذا قال اردت السكنى بنفسي فقد شدد على نفسه ۞ فان كان الحالف وجد وهو ساكن فقال نويت الانتقال ببدني دين فيما بينه وبين الله ولم يدين في القضا لانه نوى تخصيص ظاهر كلامه فلا يصدق في القضا ۞ قال واذا كان رجلان كانا مع رجل في دار فحلف احدهما لا يساكن صاحبه فان اخذ في النقلة وهو يمكن على الامكان والا حنث والنقلة على ما وصفت لك اذا كان ساكنا في دار فحلف لا يسكنها وذلك لان المساكنة ان يجمعهما منزل واحد فاذا لم ينقل في الحال فالبقاء على المساكنة مساكنة فحنث ۞ قال فان وهب الحالف متاعا للمحلوف عليه او اودعه او اعاره ثم خرج في طلب منزل فلم يجد منزلا اياما وابت المراة التي فيها صاحبه قال محمد ان كان وهب المتاع واقبضه منه وخرج من ساعته وليس من رايه العود اليه فليس بساكن وكذلك ان اودعه المتاع ثم خرج لا يريد العود الى ذلك المنزل وكذلك العارية لانه اذا وهب المتاع واقبضه وخرج فليس بساكن بنفسه ولا بماله واذا اودعه فليس بساكن له وانما هو في يد المودع وكذلك اذا اعاره لم يحنث ۞ قال ولو كان له في الدار زوجة فارادها على الخروج فابت وامتنعت وحرص على خروجها واجتهد فيه فلم تخرج فانه لا يحنث اذا كانت هذه حالها وذلك لانه لو بقي في الدار مكرها لم يحنث لعدم اختياره فاذا بقي فيها ما يسكن به بغير اختياره فهو كذلك ۞

باب السكنى في الاماكن

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل لا يساكن فلانا فساكنه في دار او بيت او غرفة حنث وذلك لان المساكنة هي القرب والاختلاط فاذا سكنا في موضع يصلح للسكنى فقد وجد الفعل المحلوف عليه فحنث ۞ قال فان ساكنه في دار هذا في حجرة وهذا في حجرة او هذا في منزل وهذا في منزل حنث الا ان يكون دارا كبيرة قال ابو يوسف مثل دار الرقيق ونحوها ودار الوليد بالكوفة فانه لا يحنث وكذلك كل دار عظيمة فيها مقاصير ومنازل ۞ وقال هشام عن محمد اذا حلف لا يساكن فلانا ولم يسم دارا فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة لم يحنث الا ان يساكنه في حجرة واحدة قال هشام قلت لمحمد فان حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن هذا في حجرة منها وهذا في حجرة قال يحنث لابي يوسف ان المساكنة هي الاختلاط والقرب واذا كانا في حجرتين في دار صغيرة فالقرب موجود فهو كبيتين من دار واذا كانا في حجرتين من دار عظيمة فالقرب لا يوجد فهو كدارين في محلة ووجه قول محمد ان الحجرتين المتقابلتين كالدارين بدلالة ان السارق من احديهما اذا انتقل الى الاخرى قطع وليس كذلك اذا حلف لا يساكن في دار لان اليمين على ان لا يجمعهما دار واحدة وقد جمعتهما وان كانا في حجرتين ۞ واما اذا سكن هذا في بيت من دار وهذا في بيت وقد حلف لا يساكنه ولم يسم دارا حنث في قولهم لان بيوت الدار الواحدة كالبيت الواحد الا ترى ان السارق اذا انتقل من احد البيتين الى الاخر لم يقطع ۞ وقال ابو يوسف فان كان ساكنه في حانوت في السوق يعملان فيه عملا او يبيعان تجارة فانه لا يحنث وانما اليمين على المنازل التي اليها الماوى وفيها الاهل والعيال فاما حوانيت البيع والعمل فليس اليمين عليها الا ان ينويها او يكون كلام قبل اليمين يدل عليها فيكون اليمين على ما يقع كلامهما ومقاصدهما ۞ وذلك لان السكنى عبارة عن المكان الذي ياوي اليه الناس في العادة الا ترى انه لا يقال فلان يسكن السوق وان كان يتجر فيها فان جعل السوق ماواه قيل انه يسكن السوق فان كان هناك دلالة تدل على ارادة اليمين ترك المساكنة في السوق حملت اليمين على ذلك ۞ وان لم يكن له نية فقال نويت المساكنة في السوق فقد شدد على نفسه ۞ واذا حلف لا يساكن فلانا بالكوفة ولا نية له فسكن احدهما في دار والاخر في دار اخرى في قبيلة واحدة او محلة او درب فانه لا يحنث حتى يجمعهما السكنى في الدار وذلك لان المساكنة هي المخالطة المعاونة وذلك لا يوجد اذا كانا في [illegible] لا يحنث بمساكنته في غيرها ۞

فان قال نويت ان لا اسكن الكوفة والمحلوف عليه بالكوفة حنث لانه شدد على نفسه . وكذلك لو حلف لا يساكنه في الدنيا فالىمين على المساكنة في دار واحدة على ما بينا . قال ولو ان قوما حلف لا يساكن فلانا فساكنه في سفينة مع كل واحد منهما اهله ومتاعه واتخذها منزلا لم يحنث وكذلك اهل البادية اذا جمعهم خيمة وان تفرقت الخيام لم يحنث وان تقاربت لان السكنى محمولة على العادة وعادة الملاحين السكنى في السفن وعادة اهل البادية السكنى في الخيام فتحمل يمينهم على عادتهم .

باب الحلف بالايواء والبيتوتة

قال ابو الحسن اذا حلف الرجل لا ياوي مع فلان او لا ياوي في مكان او دار او بيت فالايواء الكون في ذلك المكان او مع فلان قليلا كان المكث او كثيرا ليلا كان او نهارا وهو قول ابي يوسف الاخر وقول محمد الا ان يكون نوى اكثر من ذلك يوما او اكثر فيكون على ما نوى . وروى هشام بن رستم في رجل حلف بالطلاق لا ياويه وفلانا بيت وذلك ان الايواء عبارة عن المصير الى الموضع قال الله تعالى سآوي الى جبل يعصمني من الماء يعني الجبل وذلك موجود في قليل الوقت وكثيره وقد كان يقول ابو يوسف اولا الايواء اقل البيتوتة وانه لا يحنث حتى يقيم في المكان اكثر الليل لانهم يذكرون الايواء اذا يذكرون البيتوتة فيقولون فلان ياوي في هذه الدار اي يقولون يبيت فيها فاما اذا نوى اكثر من ذلك فالامر على ما نوى لان اللفظ محتمل الا ترى انهم يذكرون الايواء ويريدون به السكنى والمقام . وقد روى ابن رستم عن محمد في رجل قال ان اوى واياك بيت ابدا انه على طرفة العين في قول ابي يوسف الاخر وقولنا الا ان يكون نوى اكثر من ذلك يوما او اكثر . وقال ابن سماعة عن ابي يوسف اذا حلف لا ياوي فلانا وقد كان المحلوف عليه في عيال الحالف لا يحنث الا ان يعيد المحلوف عليه مثل ما كان عليه وان لم يكن المحلوف عليه في عيال الحالف فهو على نية الحالف ان نوى ان لا يعوله فهو على ما نوى وكذلك ان حلف لا يدخل عليه بيته فهو على ما نوى وذلك لان قوله لا ياويه قد يذكر ويراد به ضمه الى نفسه في منزله وقد يريد به القيام بامره فان كان في اللفظ دليل على شيء والا رجعنا الى نيته . فان دخل المحلوف عليه بغير اذنه فرآه فسكت لم يحنث وذلك لانه حلف على فعل نفسه واذا لم يامره لم يوجد فعله . قال الكرخي عن محمد الايواء عندي البيتوتة والسكنى فان نوى المبيت فهو على ذهاب الاكثر من الليل وان لم ينو شيئا فهو على ذهاب ساعة . قال ابو الحسن واذا حلف لا يبيت مع فلان او لا يبيت في مكان حنث ان اقام المبيت بالليل حتى يكون ذلك منه اكثر من نصف الليل وان كان اقل لم يحنث وسواء نام في الموضع او لم ينم وذلك لان البيتوتة عبارة عن الكون في المكان الا ترى ان الانسان يدخل على غيره ليلا ويقيم عنده قطعة من الليل ولا يقال بات عنده فان اقام اكثر الليل قيل بات عنده ويقال بات فلان في منزله وان كان في اول الليل في غيره ولا معتبر بالنوم لان اللفظ لا يقتضيه كما لا يقتضي اليقظة فلم يكن شرطا فيه . قال ابن رستم عن محمد في رجل حلف لا يبيت الليلة في هذه الدار وقد ذهب ثلثا الليل ثم بات بقية الليل قال لا يحنث لان البيتوتة اذا كانت اكثر الليل فقد حلف على ما ليس بموجود فلم تنعقد يمينه .

باب الحلف على الخروج

قال ابو الحسن الخروج من الشيء هو الانفصال من داخل الى خارج وهو عكس الدخول فاذا حلف لا يخرج من شيء فاعتبره بالدخول على ما بينت لك في الدخول فان كان انفصاله من موضع الى الشيء المحلوف عليه دخولا فيه فانفصاله من الموضع الذي يكون فيه داخلا الى الموضع الذي يستدير منه الدخول خروجه وهذا في البلدان والدور والمنازل والسفن والاخبية والفساطيط والخيم وذلك لان الخروج هو الانفصال من داخل الشيء الى خارجه فاذا حصل ذلك وقد حلف عليه تناوله اليمين وان حلف لا يخرج الا على صفة فاعتبر تلك الصفة عند الانفصال كما لو حلف لا يدخل الا على صفة ان تلك الصفة تعتبر حال الدخول . قال والخروج من الدور المسكونة ان يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما يعتبر اذا حلف ان لا يسكن واذا كان الحلف على الخروج من البلدان والقرى فهو على خروج الحالف ببدنه خاصة وذلك لان حلفه على الخروج من الدار لما اقتضيا من كره شيئا في نفسه كره لاهله فاما يمينه على الخروج من البلد فقد حمله على الخروج ببدنه خاصة لانه يقال خرج من البلد وان كان فيه عياله ويقال لم يخرج من الدار اذا كان فيها عياله ونقله وقد يخرج منها لحاجة سفرا وغيره وهذا يشهد لقول من قال من اصحابنا ان من حلف لا يسكن في بلد فخرج بنفسه دون عياله بر وقد ذكر هذا التفصيل في الخروج ابن سماعة عن ابي يوسف ومحمد في الروايات . وقال هشام سمعت ابا يوسف قال والله لا اخرج وهو في بيت من الدار فخرج الى الدار لم يحنث الا ان يكون نيته ان لا يخرج من البيت فاذا خرج من الدار حنث وان قال نويت الخروج الى مكة او خروجا من البلد فانه لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله وذلك لان البيت والدار في حكم البقعة الواحدة واليمين على الخروج المطلق يقتضي الخروج منها . فان قال اردت الخروج من البيت فقد شدد على نفسه وان قال اردت الخروج الى مكة فقد خصص ما ليس في لفظه الا ترى انه خصص الجهات التي يقع بها الخروج وعلى هذا قال محمد في الجامع الكبير ان خرجت فعبدي حر وقال عنيت السفر الى بغداد دون ما سواها لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في ذلك ليس في لفظه . وقال هشام سالت محمدا عن رجل حلف لا يخرج من الري الى الكوفة فخرج من الري يريد مكة وطريقه على الكوفة قال محمد ان كان حين خرج من الري نوى ان يمر بالكوفة ... ان كان خرج نوى ان لا يمر بها ثم بدا له بعد ما خرج ...

وما وراء الري في الموضع الذي يقصر فيه الصلاة ان يمر بالكوفة فمر بها لم يحنث وذلك لانه لما نوى ان يخرج الى مكة ويمر بالكوفة فقد نوى الخروج الى الكوفة والى غيرها فيحنث واذا نوى ان لا يمر بالكوفة فلم ينو الخروج اليها وما بعد ذلك ليس بخروج فلا يحنث . وان كان نيته ان لا يخرج الى الكوفة خاصة ليس الى غيرها ثم بدا له في الخروج ونوى ان يمر بالكوفة قال محمد هذا لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى تخصيص ما في لفظه . وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل قال لامراته ان خرجت من هذه الدار الى المسجد فانت طالق فخرجت تريد المسجد ثم بدا لها فذهبت الى غير المسجد لم تطلق وذلك لان الخروج حصل الى المسجد فصار مستثنى من اليمين فاذا خرجت ثم قصدت غير المسجد فهو بقاء على الخروج والبقاء على الخروج ليس بخروج فلم يحنث . وقال عمرو سالت محمدا عن رجل حلف ليخرجن من الرقة ما المخروج قال اذا جعل البيوت خلف ظهره وذلك لانه من حصل في هذا الموضع جاز له القصر فعلم انه خرج من البلد . قال عمرو سئل محمد قال لامراته ان خرجت في غير حق فانت طالق فخرجت في جنازة والد او اخ قال لا تطلق وكذلك كل ذي رحم محرم وكذلك خروجها الى العرس او خروجها فيما يجب عليها وذلك لان الحق ليس يراد به الواجب في العادة وانما يراد به ما يستحق في العادة وهذا مستحق .

باب الرجل حلف لا يدخل على فلان

قال ابو الحسن اذا حلف لا يدخل على فلان ولم يسم شيئا فدخل عليه بيته فانه يحنث اذا كان يقصده بالدخول فان لم يقصده لم يحنث وكذلك ان دخل عليه بيت رجل اخر وذلك لانه يكون داخلا عليه بالقصد اليه فاذا دخل وهو لا يقصده فليس بداخل عليه . ولانه حلف لا يدخل عليه استخفافا به وتركا لاكرامه وهذا لا يكون الا مع القصد . وقد ذكر ابو الحسن في هذا الباب عن ابن سماعة في نوادره ضد هذا فقال ولو قال رجل والله لا ادخل على فلان بيتا فدخل بيتا على قوم وفيهم فلان ولا يعلم به الحالف فانه حانث بدخوله وذلك لانه حلف على الدخول عليه والعلم ليس بشرط في الحنث كمن حلف لا يكلم زيدا فكلمه وهو لا يعرفه الا ان ظاهر المذهب ما قدمناه . قال ولو علم انه فيه فدخل ينوي الدخول على القوم غيره لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى وذلك لانه ليس بداخل عليه اذا قصد غيره الا انه لا يصدق في القضاء لان الظاهر دخوله على الجماعة وما في اعتقاده لا يعرفه الحاكم . قال ابو الحسن فان دخل عليه في مسجد او ظلة او سقيفة او دهليز دار لم يحنث لان دخول المسجد ليس بدخول عليه لان المقصود هو الدخول المعتاد الذي يدخل الناس بعضهم على بعض وذلك يكون في البيت خاصة . فان دخل عليه في فسطاط او خيمة او بيت شعر لم يحنث الا ان يكون الحالف من اهل البادية وذلك لان الدخول المعتاد في غير اهل البادية انما يكون في البيوت والدور والدخول في البادية يكون على الخيم فحمل ذلك على العادة . وقال ابن سماعة عن محمد اذا حلف لا يدخل على فلان هذه الدار فدخل الدار وهو في بيت في الدار قال لا يحنث لان فلانا ليس في الدار وان كان في صحن الدار حنث لانه لا يكون داخلا عليه اذا لم يشاهده الا ترى ان السقاء يدخل دار الامير ولا يقال انه دخل على الامير . فان قال والله لا ادخل على فلان هذه القرية فدخل القرية فانه لا يحنث وذلك لانه انما يكون داخلا عليه اذا دخل في بيته وتخصيص القرية حتى لا يقع الحنث بالدخول عليه في غيرها . قال ابن رستم عن محمد اذا قال والله لا ادخل على فلان ولم يذكر بيتا ولا غيره فدخل عليه فسطاطا او دارا حنث وهذا محمول على ان عادة فلان ان يدخل عليه في الفسطاط والا لم يحنث كما في الباب الاول . فان دخل عليه في حمام او في مسجد او في الكعبة فانه لا يحنث وذلك لان المقصود باليمين الامتناع من الدخول في الموضع الذي يلزم الانسان بالدخول عليه فيه وهذا لا يوجد في الحمام والمسجد . قال محمد ولو دخل على فلان بيته وهو يريد رجلا زائرا عنده لم يحنث وان دخل وهو يريده او لا نية له حنث وذلك لانه اذا نوى الدخول على غيره فلم يقصده بالدخول فلا يحنث وان اطلق الدخول فهو داخل على كل من في الدار فيحنث وهذا كالسلام اذا حلف لا يسلم على رجل فسلم على جماعة وهو فيهم حنث وان لم يرده بالنية لم يحنث .

باب الحلف على اقتضاء الدراهم

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل ليأخذن من فلان حقه او ليقبضن من فلان حقه فاخذه منه بنفسه او امر من اخذها منه او اخذها من ضامن عنه او محتال عليه بامر المطلوب بر وذلك لانه اذا اخذ من وكيله او كفيله بامره فقد اخذ منه الا ترى ان حقوق القضاء لا تتعلق بالفاعل وتتعلق بالامر . قال فان قبض من رجل لم يامره المطلوب او محتال عليه او ضامن بغير امره حنث في يمينه ولم يبر لان القبض ليس من المحلوف عليه الا ترى ان الدافع لا يرجع عليه بما اعطى فلم يوجد شرط البر فحنث . وكذلك لو كان الحالف الذي عليه المال فقال ليعطين فلانا حقه فاعطاه بنفسه او برسول او احاله او امر من ضمنه له وقبضه الطالب بر الحالف في يمينه لما بينا ان حقوق الدفع لا تتعلق بالدافع فتتعلق بالامر فكانه دفع بنفسه . ولو كان ذلك بغير امره حنث لان الدفع المحلوف عليه لم يوجد الا ترى ان الدافع لا يرجع عليه . وان قال الحالف في هذين الوجهين اردت ان يكون ذلك بنفسي كان كما قال فان لم يفعل بنفسه حنث لانه شدد على نفسه . فان كان المطالب حلف ان لا يفعل شيئا من ذلك ... احد هذه الاشياء حنث فان قال اردت ...

ان لا اعطيه انا بنفسي لم يدين في القضا ولا فيما بينه وبين الله لان الاعطا بفعله وفعل غيره سوا في القصد فتناولهما اليمين فاذا نوى غير الظاهر لم يصدق في القضا ۞ ولو اخذ به ثوبا او عرضا فقبض العرض فهو بمنزلة قبض المال وذلك لانه يصير مستوفيا باخذ العرض كما يصير مستوفيا باخذ نفس الحق ۞ قال ولو كان الطالب حلف ليأخذن ما له منه او ليقبضنه او ليستوفينه ولم يوقت وابراه من المال او وهبه له حنث في يمينه وذلك لان شرط البر فات في يمين منعقدة لان بعد البراءة ليس بقبض ولا استيفا ۞ قال ولو كان وقت وقتا فقال اليوم او الجمعة او شهرا فابراه قبل ذلك او وهبه له لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد اذا جاء ذلك الوقت ويحنث عند ابي يوسف وذلك لان اليمين الموقتة يتعلق انعقادها باخر الوقت فكانه قال في اخر الوقت لاقبضنه دينه ولا دين له عليه فلا تنعقد اليمين عندهما وتنعقد اليمين عند ابي يوسف وتحنث ۞ قال فان قبض الدين بان كان الدين زيوفا او بهرجة فهو قبض ويبر من حلف على القبض او على الدفع لانها من جنس الجياد الا ترى انه يجوز اخذها في ثمن الصرف فوقع بها الاقتضا ۞ ولو كانت ستوقة فليس هذا بقبض لانها ليست من جنس الدراهم ولا يجوز التجوز بها في ثمن الصرف ۞ وكذلك لو رد الثوب الذي اخذه عن الدين بعيب او استحق كان قد بر في يمينه وهذا قبض لان المعيب صح قبضه عن الحق وانما ينفسخ قبضه بعد الاستيفا والمستحق يصح قبضه وانما يبطل فيه القبض لعدم الاجازة ۞ وقد قالوا اذا اشترى بدينه بيعا فاسدا وقبضه فان كان في قيمته وفا بالحق فهو قابض لدينه ولا يحنث وان لم يكن فيه وفا حنث لان المضمون في البيع الفاسد القيمة دون المسمى ۞ ولو غصب الحالف مال المحلوف عليه بقدر دينه بر لان الاقتضا يقع به ۞ وكذلك لو استهلك له دنانير او غيرها وذلك لان القيمة تجب في ذمته فيصير قصاصا ۞ وقال محمد اذا قال ان لم اتقض من فلان ما لي عليه او قال ان لم اقبض ما لي عليه في كيس او قال ان لم اقبض ما لي عليه دراهم او بالميزان او قال ان لم اقبض دراهم قضاء الدراهم التي لي عليه فاخذ بذلك عوضا او شيئا مما يوزن من الزعفران او غيره فهو حانث لانه لما ذكر الوزن وذكر الكيس والدراهم وقعت يمينه على عين حقه فاذا اخذ عوضا عنه حنث ۞

باب الحلف على الاستخدام

قال ابو الحسن رحمه الله واذا حلف الرجل لا يستخدم خادما له قد كانت تخدمه ولا نية له فجعلت الخادمة تخدمه من غير ان يامرها حنث لانه مستخدم لها في المعنى وان لم يستخدمها بالعبارة الا ترى انه باق على استخدامه السابق وليس كذلك اذا حلف على خادم لا يملكها فخدمته بغير امره انه لا يحنث لانه لا يستخدمها بالنطق ولا بالمعنى فلم يحنث في يمينه وعلى هذا ينبغي ان يقال اذا نهى خادمته عن خدمته ثم خدمته بغير امره لم يحنث لانه قطع استخدامه السابق بالنهي فصارت خادمه لم بغير استخدامه ۞ قال ولو حلف لا تخدمه فلانة فخدمته بغير امره او بامره وهي خادمه او خادم غيره حنث لانه عقد على فعلها ولم يعقد على فعل نفسه وفعلها موجود ۞ وكل شي من عمل البيت فهو خدمة لان الخدمة عبارة عن عمل البيت الذي يحتاج اليه في الغالب ۞ ولو حلف لا يستخدم خادما لفلان فسالها وضوا او شرابا او يجي بذلك اليها ولم يكن له نية حين حلف حنث فعلت ذلك او لم تفعل الا ان يكون عني حين حلف ان يستعين بها فتعينه فلا يحنث حتى تعينه وذلك لانه عقد على فعل نفسه وهو الاستخدام وقد فعل ذلك وان لم تجبه فان نوى ان تخدمه فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق في يمينه وبين الله تعالى ۞ قال واذا حلف لا تخدمني خادم لفلان فهو على الجارية والغلام الصغير الذي يخدم والكبير في ذلك سوا لان اسم الخادم يجمع الذكر والانثى والصغير والكبير اذا كان الصغير يقدر على الخدمة ۞

باب الرجل يحلف لا يشتري شيئا فيسميه فيقع يمينه على جميع ما سمى او بعضه

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل لا يشتري ذهبا ولا فضة فما اشترى من دنانير او دراهم او انية او تبر او مصوغ حليه او غير ذلك مما هو ذهب او فضة فانه يحنث في قول ابي يوسف وقال محمد مثله الا في الدراهم والدنانير فانه لا يحنث لابي يوسف ان اسم الذهب والفضة يقع على المضروب وغيره بدلالة قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولان الضرب صفة فيها كالخلة الانية او حليا لمحمد ان الدنانير والدراهم لهما اسم يخصهما واسم الذهب والفضة لا يتناولها على الاطلاق فلم يحمل عليهما ۞ قال ولو حلف لا يشتري حديدا فهو على مضروب ذلك وتبره سلاحا كان او غير سلاح بعد ان يكون حديدا وقال محمد لا يحنث اذا اشترى شيئا من الحديد لا يسمى بايعه حدادا وان اشترى شيئا يسمى بايعه حدادا حنث لابي يوسف ان الحديد جنس يتناول المعمول وغير المعمول لمحمد ان الابرة لا يتناولها اسم الحديد على الاطلاق ولا يسمى بايعها حدادا وانما لها اسم يخصها فلم تدخل في اليمين ۞ وقال ابو يوسف في باب الذهب والفضة فان كانت له نية دين فيما بينه وبين الله تعالى والنية في هذا واسعة لانه خصص ما في لفظه ۞ وقال في باب الحديد لو قال عنيت التبر فاشترى انا لم يحنث لو قال عنيت شيئا فاشترى سيفا او ابرا او سكينا او سلاحا لم يحنث ودين في القضا وهو الذي قاله بعيد لان الاسم عنده عام فاذا نوى شيئا منه فقد عدل عن ظاهر العموم فلم يصدق في القضا وان صدق فيما بينه وبين الله تعالى ۞ قال محمد في الزيادات لو حلف لا يشتري حديدا ولا نية له فاشترى درع حديد او سيفا او سكينا او ساعدين او بيضة لم يحنث وان اشترى شيئا غير مضروب او اناء من انية الحديد او مسامير او اقفالا او كانون حديد حنث فان اشترى ابرا او مسال لم يحنث قال لان الذي يبيع السلاح والابر والمسال لا يسمى حدادا والذي يبيع ما وصفت لك يسمى حدادا ۞ وقال ابو يوسف وان اشترى باب حديد او كانون حديد او اناء حديد مكسورا او نصل سيف مكسورا حنث وهذا حديد الا ترى ان كلام العرب كذا في الحديد وجاونا بمحين في الحديد وقوله عليه السلام لا قود الا بحديد ومن قتل بحديد قتل وقوله تعالى وانزلنا الحديد فيه باس شديد ۞ وقال ابو يوسف ولو حلف لا يشتري صفرا فاشترى طستا صفرا او كوزا او تورا حنث لان اكثر الناس في هذا على الانية وان اشترى تبرا حنث ۞ وقال محمد وان اشترى فلوسا لم يحنث لان الفلوس ليست بصفر في كلام الناس ۞ قال ابو الحسن واذا حلف لا يشتري شيئا فاشترى غيره فدخل المحلوف عليه في البيع على وجه التبع لم يحنث وان لم يكن تبعا حنث وهذا مثل ان يشتري صوفا فاشترى شاة على ظهرها صوف لان الصوف يدخل في العقد بغير تسميه فلم يكن مقصودا ۞ وكذلك لو حلف لا يشتري اجرا او خشبا او قصبا فاشترى دارا فانه لا يحنث لان البنا يدخل فيه بغير تسميه فلم يكن مقصودا بالعقد ۞ ولو حلف لا يشتري ثمرة نخل فاشترى ارضا فيها نخل وفي النخل ثمره وشرط المشتري الثمره فانه يحنث لان الثمرة معقود عليها لا على وجه التبع الا ترى انه لو لم يسمها لم يدخل في البيع ۞ وكذلك لو حلف لا يشتري بقلا فاشترى ارضا فيها بقل واشترط المشتري البقل فانه يحنث لما بينا ان البقل دخل بالتسميه لا على طريق التبع ۞ وان كان الاسم لا يقع عليه لم يحنث مثل ان حلف لا يشتري لحما فاشترى شاة حية فانه لا يحنث لان العقد لا يتناول لحمها الا ترى انه محرم لا يجوز العقد عليه ۞ وكذلك اذا حلف لا يشتري زيتا فاشترى زيتونا لان العقد لم يقع على الزيت الا ترى انه ليس في ملك البائع وعلى هذا قالوا فيمن حلف لا يشتري قصبا ولا خوصا فاشترى بوريا او زنبيلا من خوص لم يحنث لان الاسم لا يتناوله ۞ وكذلك لو حلف لا يشتري جديا فاشترى شاة حاملا بجدي او حلف لا يشتري مملوكا صغيرا فاشترى امة حاملا وكذلك لو حلف لا يشتري دقيقا فاشترى حنطة ۞ ولو حلف لا يشتري لبنا فاشترى شاة في ضرعها لبن وكذلك لو حلف لا يشتري شعيرا فاشترى حنطة فيها شعير لم يحنث لان الشعير ليس بمعقود عليه وانما دخل في البيع على وجه التبع وليس كذلك اذا حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها شعير لان الاكل فعل فاذا وقع في العينين لم يتبع احدهما الاخر واما الشرا فهو على عقد فبعض العين مقصود وبعضها غير مقصود بالعقد ۞ وقد كان قول ابي يوسف الاول اذا حلف لا يشتري صوفا فاشترى شاة عليها صوف انه يحنث ولو حلف لا يشتري لبنا فاشترى شاة في ضرعها لبن لم يحنث قال لان الصوف ظاهر عينا ولم العقد واللبن باطن فلم يتناوله العقد ثم رجع فسوى بينهما ۞ قال ابو الحسن واذا حلف لا يشتري دهنا فهو على كل دهن جرت عادة الناس ان يدهنوا به وان كان مما ليس العادة ان يدهنوا به مثل الزيت والبزر ودهن الخروع ودهن الاكارع لم يحنث وذلك لان الدهن عبارة عما يدهن به والايمان محمولة على العادة فحملت اليمين على ما يقصد به الادهان من الادهان الطيبة ۞ قال وان حلف لا يدهن بدهن ولا نية له فادهن بزيت حنث وان ادهن بسمن لم يحنث لان الزيت لو طبخ بالطيب صار دهنا فعلم انه من جملة الادهان فاجراه مجراها من وجه ولم يجره مجراها من وجه فقال ان اشتراه لم يحنث وان ادهن به حنث فاما السمن فلا يدهن به بحال فلم يحنث في الوجهين كدهن الخروع ودهن البزر ۞ ولو اشترى زيتا مطبوخا ولا نية له حين حلف فانه يحنث لان الزيت المطبوخ بالبان والزنبق دهن يدهن به كساير الادهان ۞ قال واذا حلف لا يشتري بنفسجا او خيريا او حلف لا يشمهما فهو على الدهن والورق في البابين جميعا وفي ذكر في الاصل اذا حلف لا يشتري بنفسجا انه على الدهن دون الورق وهذا على عادة اهل الكوفة انهم اذا اطلقوا البنفسج ارادوا به الدهن فاما الان عند الكوفة فالاسم للورق فيحمل عليه ۞ وقد حمله ابو الحسن عليهما وهذا اروا عن ابي يوسف على اصله ان اليمين تحمل على الحقيقة والمجاز ۞ واما الحنا والورد فهو على الورق دون الدهن الا ان ينوي الدهن فيدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضا ان كان ذلك حينه وذلك لان الحنا والورد يطلق في الورق دون الدهن فحملت اليمين على المطلق ۞ وقد ذكر في الجامع الصغير ان البنفسج على الدهن والورد على ورق الورد وجعل في الاصل الخيري مثل الورد والحنا فحمله على الورق ۞ قال ولو حلف لا يشتري بزرا فاشترى دهن بزر حنث وان اشترى حبا لم يحنث لان الاطلاق يتناول الدهن دون الحب ۞

باب الرجل يحلف لا يقعد على شيء

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل لا يجلس على الارض فانه لا يحنث الا ان يجلس على الارض وليس بينه وبينها شي غير ثيابه وان كان بينه وبين الارض حصير او بوري او بساط او كرسي بسطه لم يحنث وذلك لان الجالس على الارض من باشر الارض ولم يحل بينه وبينها ما هو منفصل عنه والجالس على البساط والحصير والمغني في الايمان العادة قال وان حلف لا يجلس على [illegible] البساط فجعل فوقه مثله ثم جلس لم يحنث [illegible] الفراش او على [illegible]

لانه ينسب الى الجلوس على البارى دون الاول الا ترى ان الطنفسة اذا جعلت على الحصير لم يقل انه جلس على البوري وكذلك اذا جعل الفراش على الفراش والبساط على البساط وخالف ابو يوسف في الفراش خاصة وقال اذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا اخر ونام عليه حنث لانهما مقصودان بالنوم الا ترى انه يفعل ذلك لزيادة التوطئة والتعمق الا انه لو حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه قراما او محبسا حنث لان ذلك لا يمنع ان يقال نام على الفراش ولو حلف لا يجلس على هذا السرير او هذا الدكان او لا ينام على هذا السطح فجعل فوقه فراش او مصلى او بساط ثم جلس عليه حنث لانه يقال جلس الامير على السرير وان كان فوقه فرش ويقال نام على السطح وان نام على الفراش ✽ قال ولو جعل فوق السرير سريرا او بنى فوق الدكان دكانا او فوق السطح سطحا لم يحنث لان الجلوس يضاف الى الثاني دون الاول ✽ قال محمد وان كان نوى مباشرته ليس فوقه شي لم يدين في القضاء يعني اذا حلف لا ينام على السرير فنام على فراش فوق السرير لانه نوى غير ظاهر كلامه ✽ ولو قال والله لا انام على الواح هذا السرير او الواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراشا لم يحنث لانه لم ينم على الالواح ✽ وقال في الاصل اذا حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها وفي رجله خف او نعل حنث لان المشي على الارض هكذا يكون الا ترى انه لم يحل بينه وبينها ما هو منفصل عنه ✽ وان مشى على بساط لم يحنث لانه مشى على البساط ✽ وكذلك الشعر [illegible] فمشى على [illegible] قال ولو مشى على السطح حنث لانه يقال هذه ارض السطح ويقال لمن نام على السطح لم ينم على الارض ✽

باب الرجل يحلف لا يفعل الشيء فأمر به غيره

قال رضي الله عنه مسائل هذا الباب على ضربين كل ما يتعلق حقوقه بالفاعل اذا حلف لا يفعله فامر به غيره لم يحنث كالبيع والشرى والاجارة والقسمة وذلك لان حقوق العقود لما تعلقت بعاقدها دون الامر بها لم يضف الى الامر وانما يضاف الى الفاعل فصار الحالف كانه قال لا التزم حقوق هذه العقود ولم يلتزمها بالامر ولهذا قالوا ان الوكيل اذا كان هو الحالف حنث لانه التزم حقوق العقد ✽ قالوا الا ان يكون الحالف سلطانا لا يتولى العقود بنفسه فيمينه على الامر لانه انما يمتنع عما يفعله في العادة والذي يفعله هو الامر ✽ والقسم الثاني ما لا يتعلق حقوقه بالعاقد وانما يتعلق بالامر او ما لا حق له كالنكاح والطلاق والعتاق والكتابة والضرب والقتل والهبة والصدقة والكسوة والقضاء والاقتضاء والخصومة والشركة اذا قال لا اشارك رجلا فامر من يشاركه والذبح اذا حلف لا يفعل هذه الاشياء ففعلها بنفسه او امر غيره حنث ✽ وذلك لانها تضاف الى الامر دون الفاعل الا ترى ان الوكيل لا يقول تزوجت وانما يقول زوجت فلانا وطلقت امراة فلان فاذا كانت الاضافة الى الامر والحقوق تتعلق به فما له حقوق فصار الامر كالفاعل فحنث به ✽ واختلفت الرواية عن ابي يوسف في الصلح فروى بشر بن الوليد عنه ان من حلف لا يصالح فوكل بالصلح لم يحنث لان الصلح عقد معاوضة كالبيع وروى ابن سماعة عنه انه يحنث لان الصلح اسقاط الحق كالابراء ✽ فان قال فيما لا يتعلق حقوقه بالفاعل نويت ان اتولى ذلك بنفسي قال في الجامع الصغير يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لانه نوى غير الظاهر الا ترى ان الفعل يضاف اليه على وجه واحد ✽ وقال ابو يوسف ومحمد اذا حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر انسانا ففعل فقال عنيت ان اتولى ذلك بنفسي فلا شي عليه في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ✽

باب الرجل يحلف بصدقة ماله ثم يحنث

قال ابو حنيفة وابو يوسف في رجل حلف يهدي ما يملك او صدقة ما يملك ان فعل كذا ثم فعله قال يمسك بعض ماله ويمضي بقيته فيما حلف به فان افاد مالا انفذ مقدار ما حبس في تمام ما لزمه ✽ وذلك لان الملك عبارة عن كل ما يملك وهذا موجود في كل جنس وفي القليل والكثير ✽ الا انه يمسك مقدار قوته لانه اذا تصدق به احتاج ان يتصدق عليه فينقض ذلك فجاز له ان يصرف ذلك القدر الى منفعة نفسه ✽ فاذا اكتسب مالا تصدق بمثله لانه انتفع به مع وجوب اخراجه عن ملكه في الصدقة فكان عليه عوضه كمن انفق ماله بعد وجوب الزكاة فيه ✽ وقد قالوا انه يمسك مقدار ما يعلم انه يكفيه الى ان يكتسب ✽ فان قال مالي صدقة ان فعلت كذا فحنث فهو على الاموال التي يجب فيها الزكاة وما لا يكون فيه الزكاة فانه لا يدخل في ذلك هذه رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو استحسان والقياس ان يلزمه في الجميع لان المال عبارة عما يتمول به كالملك الذي هو عبارة عما يتملك فجريا مجرى واحدا ✽ وجه الاستحسان ان النذر المتعلق بالمال معتبر بالحقوق التي اوجبها الله تعالى متعلقة بالمال وهي الزكاة وهي تتعلق بجنس دون جنس فكذلك النذر محمول على اصولها فلزمه ان يتصدق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم ولا يلزمه ان يتصدق بدور السكنى وثياب البذلة والاثاث والعروض التي لا يقصد بها التجارة والعوامل ولا يلزمه ان يتصدق بارض الخراج لانه لا زكاة فيها ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه لان ذلك مما يتعلق به الزكاة اذا انضم غيره اليه فكانهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين محيط به لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بمثله لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة ✽ وقد قال ابو يوسف قياس قول ابي حنيفة اذا حلف لا يملك مالا ولا نية له وليس له مال تجب فيه الزكاة انه لا يحنث لان [illegible] يوسف ولا [illegible] عن ابي حنيفة انه نوى بهذا ال

جميع ما ملك واداه يدخل في نذره وهذا اصح لانه شدد على نفسه قال ابو يوسف ويجب عليه ان يتصدق بما دون النصاب ولا احفظ عن ابي حنيفة وانما قسته على قوله ✽ وان كان له شرب بغير ارض او نخلة بغير ارض تصدق بها في قولهم لان هذا مال يتعلق به حق الله تعالى وهو العشر ✽ وقال ابو حنيفة لا تدخل الارض في النذر وقال ابو يوسف يتصدق بها لابي حنيفة ان حق الله تعالى لا يتعلق بها وانما يتعلق بالخارج منها ولابي يوسف انها من جملة الاموال النامية التي يتعلق بها حقوق الله تعالى ✽ وهذه المسائل مبنية على ان النذر المتعلق بالشرط يلزم الوفاء به في ظاهر الاصول ✽ وروى المعلى عن علي بن معبد عن محمد بن الحسن انه رجع عن ذلك وقال يجزيه كفارة يمين وروي عن عبد العزيز بن خالد قال قرات على ابي حنيفة كتاب الايمان فلما انتهيت الى هذه المسالة قال قف فان من رايي ان ارجع الى الكفارة قال فخرجت حاجا فلما رجعت وجدت ابا حنيفة رحمه الله قد مات فاخبرني الوليد بن ابان ان ابا حنيفة رجع الى الكفارة وهو قول الشافعي وقد اختلف الصحابة في هذه المسالة فقال عمر وعائشة رضي الله عنهما الكفارة وقال ابن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير عليه الوفا به وجه الرواية المشهورة قوله تعالى يوفون بالنذر فمدحهم على الوفا به ✽ وقال صلى الله عليه من نذر نذرا وسمى فعليه الوفا به ✽ ولان كل نذر لو اطلقه لزمه الوفا به فاذا علقه بشرط لزمه الوفا به اصله اذا قال ان شفى الله مريضي ✽ واحتج ابو يوسف في ذلك فقال بان القول بالكفارة يؤدي الى وجوب الكثير بايجاب القليل ووجوب القليل بايجاب الكثير الا ترى انه اذا قال ان فعلت كذا فعلي صوم سنة او اطعام الف مسكين لزمه صوم ثلثة ايام او اطعام عشرة ✽ ولو قال ان فعلت كذا فعلي صوم يوم او اطعام مسكين لزمه اطعام عشرة مساكين او صوم ثلثة ايام وجه الرواية الاخرى ان هذا النذر يقصد به الامتناع كاليمين التي يقصد بها الامتناع ✽

باب الحلف على الركوب

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل لا يركب دابة فهو على الدواب التي يركبها الناس في حوائجهم في مواضع اقامتهم فان ركب بعيرا او بغلا لم يحنث ✽ وقد كان القياس ان يحنث في ركوب كل حيوان لان الدابة عبارة عما يدب على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ✽ وقال ان شر الدواب عند الله الذين كفروا الا انهم استحسنوا وقالوا تحمل اليمين على ما يركبه الناس في الامصار لقضا الحوائج غالبا وهي الخيل والبغال والحمير لانا نعلم انه لم يقصد ركوب كل حيوان فحمل على ما يركب في العادة ✽ والفيل والبعير والبقر لا يركب لقضا الحوائج في الامصار غالبا ✽ فان نوى في يمينه الخيل خاصة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لانهم قد يذكرون الدابة ويريدون به الخيل الا ان الظاهر ما ذكرناه ✽ فان حلف لا يركب فرسا فركب برذونا او حلف لا يركب برذونا فركب فرسا لم يحنث لان الفرس عبارة عن العربي والبرذون عن العجمي فصار كمن حلف لا يكلم رجلا عربيا فكلم عجميا لم يحنث ✽ ولو حلف لا يركب ولا نية له فقال نويت الخيل لم يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه حلف على الركوب وخصص المركوب وليس ذلك في لفظه ✽ وان حلف لا يركب الخيل فركب برذونا او فرسا حنث لان الاسم يعمهما قال صلى الله عليه الخيل معقود في نواصيها الخير الى يوم القيامة والمراد به جميع الخيل ✽ قال ولو حلف لا يركب دابة وهو راكبها فمكث على حاله ساعة واقفا او سائرا حنث لان البقاء على الركوب يسمى ركوبا ✽ وكذلك لو حلف لا يلبس وهو لابس او لا يجلس على هذا الفراش وهو جالس فان نزل عقيب يمينه لم يحنث وهذا خلاف زفر وقد قدمناه ✽ ولو حلف لا يركب دابة لفلان فركب دابة لعبد فلان وعليه دين او ليس عليه فانه لا يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ويحنث في قول محمد فاما اذا كان عليه دين فهو لا يملكها عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هي مضافة الى العبد دون المولى يقال انها للعبد فلان واما اذا لم يكن عليه دين فهي مضافة الى العبد فلم يحنث ✽ واما محمد فقال هي على ملك المولى على الحقيقة فحنث بركوبها ✽ قال ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له فركب في سفينة او محمل او دابة باكاف او سرج حنث لان الله تعالى قال اركبوا فيها وقال يا بني اركب معنا فسمى ذلك ركوبا والسفن تسمى مراكب فكانت اليمين عامة فاما الركوب بالسرج والاكاف فحنث لانه يسمى راكبا ✽

باب الرجل يحلف لا يكسو فلانا

قال ابو الحسن واذا حلف الرجل لا يكسو فلانا ولا نية له فكساه قلنسوة او خفين او نعلين او جوربين حنث لانه مما يكسى وذلك لان الكسوة عبارة عن كل ما يكتسى به وذلك يوجد في القليل والكثير ولانه حلف على نفي الفعل فحنث بوجود اليسير منه كقوله لا اكل ولا اشرب ✽ وروى عمرو عن محمد اذا حلف لا يكسو امراته فبعث اليها مقنعة قال لا يحنث فجعل الكسوة عبارة عما يجزئ في كفارة اليمين واجرى ذلك مجرى قوله لا البس ثوبا فما احنثه هناك احنثه هاهنا ✽ ولو حلف لا يكسو فلانا ثوبا فاعطاه دراهم يشتري بها ثوبا لم يحنث لانه لم يكسه وانما وهب له الدراهم وشاوره فيما يفعل بها ✽ ولو ارسل اليه بثوب يكسوه حنث لان الحقوق لا تتعلق بالرسول وانما يتعلق بالمرسل ✽

باب الرجل لا يفعل كذا ما دام كذا

قال هشام سالت ابا يوسف عن رجل حلف لا يكلم فلانا ما دام بالري فخرج من الري ثم عاد الى الري فكلمه فيها قال لا يحنث وكذلك لو حلف لا يكلمه ما دام في هذه الدار [illegible] من الدار بعياله [illegible] ثم عاد فكلمه لم يحنث ✽

وكذلك قال محمد اذا قال ما دام فلان تخرج من الدار باهله ونفسه ثم عاد اليها ففعل ما حلف عليه لم يحنث وكذلك لو حلف لا يكلمه ما دام عليه الثوب فما كان عليه هذا الثوب او ما زال عليه هذا الثوب والاصل في هذا ان قوله ما زال وما دام وما كان غايه ومن حكم الغايه ان يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها فاذا وجدت زال اليمين ولم يعتبر الفعل المحلوف عليه فان قال لا اكلمك وعليك هذا الثوب فنزعه ثم لبسه فكلمه حنث وكذلك ان قال ان دخلت هذه الدار وهذا فيها فخرج منها ثم عاد اليها ثم دخلها حنث وذلك لان قوله وعلي هذا صفه فمتى كلمها والصفه موجوده حنث

باب الرجل يحلف على التوقيت في نفي الفعل واثباته

قال الاصل في هذا الباب انه من حلف على نفي فعل في زمان مقدر حنث بوجود الفعل في جزء منه لان اليمين لما انعقدت على النفي كان شرط البر عدم الفعل في جميع المده فاذا فعل في بعضها لم يوجد شرط البر فحنث وأما اذا حلف على ايقاع فعل في زمان موقت فهو على وجهين ان كان يمكن وجود الفعل في كل الوقت فهو على ذلك الا ترى ان الله تعالى قال فمن شهد منكم الشهر فليصمه فاقتضى ذلك وجود الصوم في جميعه وان كان الفعل لا يمكن في جميع المده فاليمين على الحد او ما منه على الوجه الممكن لان الانسان يحلف على ما يقدر على الاحتراز عنه قال ابو الحسن قال هشام سالت محمدا عن رجل قال والله لا صومن الابد قال هي على الابد لانه حلف على ايجاب الفعل في المده فاقتضى وجوده في جميعها فان قال والله لا اسكن هذه الدار الابد قال هذا على ان يسكنها ساعه فيحنث لانه عقد على نفي الفعل فاذا وجد اليسير منه حنث يبين ذلك ان الله تعالى امرنا بافعال ونهانا عن افعال فوجب علينا ان نفعل كل المامور به ووجب علينا ان نمتنع عن جميع ما نهي عنه وعن كل شي منه فان قال والله لاسكننها الابد فهو على ان يسكنها الابد لانه عقد يمينه على وجود الفعل فان قال والله لاجالسنك فلانا الابد قال يجالسه حتى يفرق بينهما المجالسه يعني الى الممات وذلك لان الانسان لا يمكنه ان يجالس غيره ابدا من غير مفارقه فعلم ان المراد به مداومه المجالسه به في الاوقات التي يجالس في مثلها من غير اعراض عن مجالسته فان قال والله لا كلمن فلانا الابد قال هذا على ان لا يمتنع من كلامه اذا التقيا وذلك لانه لا يقدر على مواصله الكلام ابدا فحملت اليمين على اتصال الكلام اذا تلاقيا فان قال والله لا اكلم فلانا الابد قال اذا كلمه حنث لانه حنث على نفي الفعل فحنث بوجود جزء منه فان عني ان لا يكلمه الابد فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدن في القضا لانه نوى ما يحتمله كلامه الا انه غير الظاهر فان كانت نيته حين قال لعمري على ان اصوم الابد ان يصوم يوما واعدا من الابد او حين قال والله لا اصوم فهو على ما نوى قال هشام يعني فيما بينه وبين الله تعالى وهذا على ما بينا انه ترك الظاهر

باب الرجل يحلف لا يفعل كذا بالكوفه والفعل يقع بسببين احدهما بالكوفه والاخر بغير الكوفه

قال ابن سماعه سمعت ابا يوسف قال في رجل قال والله لا اقتل فلانا بالكوفه او قال والله لا اتزوج فلانه بالكوفه فضربه الحالف ببغداد فمات بالكوفه او زوجه الولي امراه كبيره ببغداد فبلغها بالكوفه فاجازت حنث في الوجهين جميعا وكذلك الوصيه وقال لا افعل ذلك يوم الجمعه فجازت يوم الجمعه او مات يوم الجمعه حنث الحالف ولو كان يحلف ليفعلن ذلك بالكوفه يوم الجمعه فكان ما ذكرنا بر في يمينه وذلك لان القتل فعل متعدي يتضمن العين فلا يصح ان يوجد اسم القاتل الا بوجود اسم المقتول ومعلوم انه ما دام مقتولا بالكوفه او في يوم الجمعه فصار القتل فاتلا حينيذ ولو جعلناه قاتلا بالجرح لم يكن المفعول مقتولا وهذا لا يصح واما النكاح فهو عباره عما يقع به الاستباحه وذلك موجود عند الاجازه فجرى العقد الذي لا يتعلق به الاستباحه مجرى الايجاب من غير قبول قال وكذلك البيع اذا اشترى عبد الغير بغير اذن مولاه ثم بلغ المولى فاجاز فانه مشتري يوم اجازه المولى وقال محمد في البيع الموقوف والفاسد انه بايع يوم باع ومشتري يوم اشترى وقال في القتل كما قال ابو يوسف وجه قول ابي يوسف ان الاحكام لا تتعلق بالعقد الموقوف انما تتعلق بالاجازه فصار العقد كالايجاب وجه قول محمد ان الملك عند الاجازه يتعلق بالعقد كما يتعلق عند اسقاط الخيار قال ابو الحسن ويحتاج ان يكون السبب والمسبب جميعا بعد اليمين ويقع الفعل في اليوم المحلوف عليه او في المكان المحلوف عليه فان كان السبب قبل اليمين لم يحنث وان وقع المسبب في غير الوقت لم يحنث ومعنى هذا انه اذا حلف لا يقتل فلانا فالحنث يتعلق بشرطين ان يوجد الجرح بعد اليمين والموت في الوقت المحلوف عليه فاما اذا حلف لا يقتل فلانا يوم الجمعه وقد كان جرحه قبل يمينه فمات من تلك الجراحه يوم الجمعه لم يحنث لان اليمين تنعقد ما يمكن الاحتراز عنه وهذا لا يقدر على الاحتراز من جراحه سبقت فانعقدت اليمين على جراحه مستقبله

باب الحلف على الفعل ان يفعل في وقت فخرج الوقت قبل ان

قال ابو الحسن اذا قال الرجل عبده حر ان لم [illegible] هذه الدار اليوم او غير ذلك من الافعال فمضى الوقت ولم يفعل ما حلف عليه فانه يحنث بعد مضي الوقت بلا فصل [illegible] يحنث في شي من الوقت وكذلك ان مات في وقت اخر في حال يعلم انه لا يقدر معها ان يفعل فانه لا يحنث حتى [illegible] الوقت وذلك [illegible] وقته يتعلق انعقادها باخر الوقت فاذا انعقد الفعل

قبل الانعقاد لم يحنث واذا لم يتعذر انعقدت اليمين في اخر الوقت وعدم شرط البر فحنث ولو كان الفعل غير موقت فقال لا دخلن هذه الدار او لافعلن كذا ولم يذكر وقتا فصار في حال يعلم انه لا يعيش حنث في اخر اجزا الحيوه وكذلك كل فعل يعلم انه فاته فعله فهو يحنث حين يعلم انه عجز عن ذلك الفعل وذلك لان اليمين المطلقه منعقده في الحال فاذا فات شرط البر فيها حنث وعلى هذا قالوا فيمن قال لامراته انت طالق ان لم ات البصره فمات قبل ان ياتيها وقع الطلاق عليها في اخر جزء من اجزا حياته لان شرط البر تعذر حينيذ فتبين منعقده فوقع الطلاق وورثت لانه في حكم المطلق في المرض اذا كانت مدخولا بها ولو ماتت هي والمسئله على حالها لم يقع الطلاق لان شرط البر لم يتعذر بموتها ولو قال لها انت طالق ان لم ات البصره فمات الزوج قبل ان ياتيها لم يقع الطلاق لان شرط البر منتظر فان ماتت هي قبل الزوج وقع الطلاق عليها في اخر جزء من اجزا حياتها ولم يرث الزوج منها لانه اسقط حقه بالطلاق

باب في الهدم

قال ابن سماعه سمعت ابا يوسف قال في رجل قال والله لا هدمن هذه الدار فان هدم سقوفها بر وذلك لانه لا يقدر ان يزيل عنها اسم الدار بالهدم الا ترى انه اذا هدم جميع بنايها سميت دارا فحملت اليمين على الكسر قال محمد اذا حلف لينقضن هذا الحايط او ليهدمنه اليوم فنقض بعضه او هدم بعضه ثم لم يهدم ما بقي حتى مضى اليوم حنث قال والهدم عندنا ان يهدمه حتى يبقى منه ما لا يسمى حايطا وذلك لان الحايط يمكن هدمه حتى يزول الاسم عنه فانعقدت اليمين على ذلك قال فان نوى هدم بعضه صدق لان ذلك يسمى هدما يعني الكسر قال ولو حلف ليكسرن هذا الحايط فكسر بعضه بر لانه يقال حايط مكسور فلم يعتبر ما يزيل اسم الحايط عنه

باب الحلف على المعرفه

قال ابو الحسن ما عرف انسانا بوجهه ولم يعرف اسمه فحلف انه لا يعرفه بر في يمينه ولم يحنث وذلك لان المعرفه هي معرفه العين والاسم والنسب يدل له ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سال رجلا عن رجل فقال هل تعرفه فقال نعم فقال هل تدري ما اسمه قال لا قال فانك لا تعرفه ولانه ان كان يعرفه من وجه فلم يكن عارفا به في الحقيقه قال الخلف بن ايوب عن محمد في رجل تزوج امراه ودخل بها ولا يدري ما اسمها قال لا يحنث لان المعرفه قد بينا انها على العين والاسم والنسب قال ولو ان رجلا ولد له مولود فاخرجه الى جار له ولم يكن سماه له فحلف جاره انه لا يعرف هذا الصبي قال هذا الحنث لان معرفه الصبي هكذا يكون وذلك لان قبل التسميه لا يمكن معرفه اسمه ويجوز له ان يشهد بنسبه في هذه الحاله ويستحيل ان يشهد بنسبه وهو لا يعرفه

باب الرجل يحلف على الشي يكون بعضه على ما حلف عليه وبعضه على غير ما حلف عليه

قال ابن سماعه وبشر وعلي عن ابي يوسف ومحمد بن ابي رجا عن محمد عن ابي يوسف في رجل حلف فقال ان كانت هذه الجمله حنطه فامراته طالق ثلثا فاذا هي حنطه وتمر فانه يبر ولا يحنث قال ابن ابي رجا وهو قول محمد وذلك لان شرط الحنث ان تكون الجمله حنطه فاذا كان بعضها حنطه فوجود بعض الشرط لا يقع به الحنث وقال عن ابي يوسف ان كانت هذه الجمله الا حنطه فانت طالق ثلثا فكانت تمرا وحنطه فانه قد حنث وان كانت حنطه كلها فقد بر وقال محمد بن ابي رجا قال محمد لا يحنث لابي يوسف انه عقد على كل جمله واستثنى منها جمله واحده وهو ان تكون حنطه فاذا كانت غيرها حنث وجه قول محمد ان قوله الا حنطه استثناء من اليمين والمستثنى لا يعتبر وجوده لانه خارج عن اليمين وهذا كما قلنا في الجامع ان كان لي الا عشره دراهم فامراته طالق فكان له اقل من عشره دراهم لم يحنث لان العشره مستثناه فلا يعتبر وجودها قال ابن سماعه وبشر عن ابي يوسف في رجل حلف ان كانت هذه الجمله الا حنطه فكانت حنطه وتمر اما ان كان الحلف بطلاق او عتاق او حج او عمره او قال علي كذا لحنث وان كانت بالله لزمه الكذب فيها ولا كفاره عليه وذلك لان هذا الحلف على امر موجود ولانه يمين على الماضي فكانت غموسا فلا كفاره عليه فان حلف بطلاق او عتاق او نذر لزمه وان كان يقسم لم ينعقد يمينه وكذلك ان حلف وقال ان كانت الجمله سوى حنطه او غير حنطه فهو مثل الباب الاول وذلك لان سوى وغير من الفاظ الاستثنا كالا

باب جمع مسايل شتى لم يذكرها ابو الحسن

قال اصحابنا اذا قال والله لا خرجت احد يومي او لا خرجت احد يومين او قال احد اليومين او قال لا خرجت احد ايامي فهذا له على الاقل من عشره ايام ان [illegible] قبل العشره او خرج قبل العشره لم يحنث ويدخل في ذلك الليل والنهار وذلك لان هذا يذكر على طريق التفويت ولا يراد به يومان باعيانهما وما دون العشره في حكم الزمان الخاص فان قال والله لا خرجت احد يومي هذين فهذا على يوم ذلك والغد لانه اشار [illegible] الاشاره تقع على معين واذا حلف لا يتكلم

فلانا وفلانا هذه السنة الا يوما فان جمع كلامهما في يوم فله استثناؤه لان اليوم الذي يكلمهما فيه خارج عن اليمين ۞ فان
كلم احدهما في يوم والاخر في يوم حنث وذلك لان المستثنى ان يجمع كلامهما في يوم واحد فاذا كلمهما في غير اليوم المستثنى
حنث ۞ فان كلم احدهما ثم كلمهما في يوم لم يحنث لان اليوم الذي كلمهما فيه مستثنى والحنث يقع بكلامهما
لا بكلام احدهما ۞ وان كلمهما في يوم واحد لم يحنث لان الاستثنا وقع على يوم منكر يكلمهما فيه فكانه قال الا
يوم اكلمهما فيه ۞ ولو استثنى يوما معروفا فكلم احدهما فيه والاخر في الغد لم يحنث لانه لا يحنث في غير اليوم المستثنى
الا بكلامهما ۞ وقال محمد اذا قال لا اكلمهما سنة الا يوما لم يحنث بكلامهما في يوم واحد فان كلمهما في يوم اخر
حنث لانه لم يستثن الا يوما واحدا وقد وجد فصارت اليمين بعده مطلقة ۞ وروى هشام عن محمد اذا قال لا
اكلمهما شهرا الا يوما او غير يوم انه على ما نوى وان لم يكن له نية فله ان يتحرى اي يوم شا لانه استثنى
يوما منكرا فكل يوم من الشهر يصلح للاستثنا ۞ فان قال نقصان يوم فهو على تسعة وعشرين يوما لان نقصان
الشي انما يكون في اخره ۞ قال وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف في رجل حلف لا ياكل حراما فاضطر الى ميتة
فاكلها قال لا يحنث وقال معلى عن ابي يوسف هو حانث في اليمين لانه موضوع عنه وجه الرواية التي قال يحنث
وهو المشهور عنهم ان اليمين قد تناولت الميتة بدليل انه لو اكلها في غير حال الضرورة حنث فاذا ابيحت للضرورة
لم تخرج من ان يكون محلوفا عليها كالفعل المكره عليه ۞ وجه الرواية الاخرى ان الميتة عند الضرورة كالطعام المباح
فصار كساير الاطعمة ۞ قال الخلف بن ايوب سالت اسد بن عمرو عمن حلف لا ياكل طعاما حراما فاكل لحم كلب او قرد
او جراد او غراب قال ان قال لم اعنه دينته فان عناه حنث وذلك لان اطلاق التحريم يتناول ما لا يسوغ فيه
الاجتهاد وما دليله مقطوع به وهذا لا يوجد في هذه اللحوم ۞ قال الخلف وسالت الحسن فقال هذا كله حرام لان
الدلالة قد دلت على تحريمه فلا معتبر بالاختلاف ۞ وقد روى معلى عن ابي يوسف ومحمد فيمن حلف لا يركب حراما
قال هذا على الزنا لان الركوب المحرم معنى يعود الى عينه وهو الزنا ۞ قال محمد فان كان الحالف خصيا او مجبوبا
قال هذا على القبلة الحرام وما يشبهها ۞ قال ابن سماعة عن ابي يوسف فيمن حلف لا يطا امراة وطيا حراما
فوطي امراته وقد ظاهر منها او هي حايض قال لا يحنث الا ان ينوي ذلك لان اطلاق التحريم لا يتناول التحريم العارض
كالاستبرا والوطي في المرضة ۞ قال واذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه فاشترى منه شيا على ان
البايع بالخيار ثم فارقه حنث لان الثمن لا يستحق على المشتري فلم يصر مستوفيا ۞ قال فان اخذ به رهنا
او كفيلا او عن براة المكفول عنه ثم فارقه فانه يحنث لان الحق في الذمة بحاله ۞ فان هلك الرهن قبل الافتراق
لم يبر لانه فارقه قبل الاستيفا ۞ وقال ابو يوسف في رجل له على امراة دين فحلف ان لا يفارقها حتى
يستوفي ثم تزوجها عليه وفارقها وكان عقد النكاح جايزا فانه قد بر في يمينه لانه قد وجب في ذمته مثل
دينه وصار قصاصا ۞ وان كان النكاح فاسدا او لم يدخل بها حنث وذلك لان المهر لا يجب بالنكاح الفاسد
فلم يصر مستوفيا ۞ فان دخل بها قبل ان يفارقها ومهر مثلها مثل الدين او اكثر لم يحنث لان المهر وجب عليه
بالدخول فصار مستوفيا ۞ فان كان العقد صحيحا فوقعت الفرقة بسبب من جهتها وسقط مهرها وفارقها
لم يحنث لان الدين سقط بالعقد وانما عاد له دين بالفرقة بعد انحلال اليمين فلا حنث ۞ قال واذا حلف
ليزنن ما عليه فاعطاه عددا وكانت وازنة حنث لانه حلف على الوزن ولم يفعل الوزن ۞ وقال ابن سماعة
عن ابي يوسف اذا قال والله لا اقبض مالي عليك الا جميعا وله على غريمه عشرة دراهم وعلى الطالب لرجل خمسة فامر
الذي له عليه الخمسة هذا الحالف ان يحتسب المطلوب بالخمسة التي عليه وجعلها قصاصا ودفع فلان المطلوب
الى الحالف خمسة فكانه قال اذا كان متواترا جاز وذلك لان الاستيفا دفعة يقع على القبض في حالة واحدة
وان تفرق الوقت الا ترى ان الدين يكون مالا كثيرا ولا يمكن وزنه دفعة واحدة ۞ وقد روى ابن رستم
عن محمد فيمن قال والله لا اخذ مالي عليك الا ضربة واحدة فوزن خمسماية واخذها ثم وزن خمسماية واخذها قال
قد اخذها ضربة لان هذا ليس متفرقا ۞ قال وكذلك لو جعل يزن درهما درهما ۞ قال محمد في الجامع اذا كان
له عليه الف درهم فقال عبدي حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منه خمسة ولم ياخذ ما بقي
لم يحنث لان يمينه على اخذها متفرقة في اليوم ولم ياخذها وانما اخذ بعضها ۞ ولو قال عبده حر ان
اخذت منها اليوم منك درهما دون درهم فاخذ منها خمسة دراهم ثم لم ياخذ ما بقي حتى غربت الشمس حنث
حين اخذ الخمسة لان يمينه على اخذ بعضها متفرقا ۞ ولو قال عبده حر ان اخذها اليوم درهما دون درهم
فاخذ في اول النهار بعضها وفي اخره الباقي حنث ۞ لانه اخذها في يومه متفرقا ۞ وقال اصحابنا اذا حلف
لا يفارق غريمه حتى يستوفي ماله عليه فكابره على نفسه وهرب او منعه منه انسان كرها حتى ذهب لم يحنث
الحالف لانه حلف على فعل نفسه ولم يوجد منه مفارقة ۞ ولو كان قال لا تفارقني حتى اخذ مالي عليك حنث
لانه حلف على فعل الغريم وقد وجد منه ۞ واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فالاول الواحد المنفرد الذي
ليس قبله عبد مشترى فان اشترى بعد يمينه عبدا عتق وذلك لانه استحق صفة الاول وهو المنفرد الذي
لم يتقدمه غيره ۞ فان اشترى عبدا ونصفا عتق الكامل لان العبد منفرد عن نصف عبد في الشري الا ترى ان
نصف العبد لا يسمى عبدا فهو [illegible] لو اشترى عبد [illegible] ليس كذلك اذا قال اول كر اشتريه صدقة

فاشتري كرا ونصف كر لم يتصدق بشي لان الكر ليس باول الا ترى انا اذا اعتبرنا الكر انا النصف الثاني مع النصف
المعزول كرا فلم يكن هذا اولا ۞ فان كان اول ما اشتري عبدين لم يعتق واحد منهما ولم يعتق ما اشتري بعدهما
لان كل واحد منهما ليس بمنفرد فلا يكون اولا وما بعدهما ليس بسابق فلا يستحق الصفة ۞ فان قال اخر عبد
اشتريه فهو حر فهذا على ان يشتري عبدا او اكثر منفردا اشتراه بعد غيره لان الاخر في الزمان هو المنفرد
الذي تقدمه غيره وليس كذلك القديم سبحانه وتعالى انه يوصف بالاول والاخر لانه كان موجودا ولا زمان وانما
يوصف بالاول لتقدمه الاشيا وبالاخر لبقائه بعدها ۞ ويعرف ذلك بموت الحالف فاذا مات قبل ان
يشتري شيا عتق ما استحق الاسم وما لم يمت لا يعلم انه اخر لجواز ان يشتري غيره ولا يدخل الاول
في هذه اليمين لانه استحق اسم الاول ثم لا يستحق اسم الاخر في الزمان ۞ واختلف اصحابنا متى يعتق هذا
العبد الاخر فقال ابو حنيفة اذا مات الحالف حكمت بعتقه من يوم اشتراه لانه استحق صفة الاخر عند الشري
وانما لم احكم بوقوع العتق لجواز ان تزول عنه الصفة فاذا لم تزل عتق في تلك الحال ۞ وقال ابو يوسف
ومحمد يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته لانه لم يصر اخرا الا عند عجز المولى عن شرا غيره ۞ وفايدة هذا الخلاف ان عند ابي حنيفة
يعتق من جميع المال وعندهما من الثلث ۞ قال فان قال اوسط عبد اشتريه فهو حر فالاوسط واحد ما قبله من العدد مساو
لما بعده وهذا ايضا يعرف بموت الحالف ولا يكون الاول ولا الاخر اوسطا ابدا ولا يكون الاوسط الا في وتر ولا يكون في
شفع فاذا اشترى عبدا ثم عبدا ثم عبدا فالثاني هو الاوسط فاذا اشترى رابعا خرج الثاني من ان يكون اوسط وان اشترى
خامسا صار الثالث هو الاوسط فان اشترى سادسا خرج من ان يكون اوسطا وهذا على كلما صار العدد شفعا فلا اوسط
له وكلما حصل في النصف خرج من ان يكون وسطا ۞

فصل في الايمان يكذب بعضها بعضا

قال بشر عن ابي يوسف فيمن قال والله ما دخلت هذه الدار ثم قال عبده حر ان لم يكن قد دخلها فان عبده لا يعتق
ولا كفارة عليه في اليمين وهذا قول محمد وذلك لانه لما قال والله ما دخلتها فان كان صادقا فلا كفارة عليه وان كان
كاذبا فهي يمين الغموس وان كان ناسيا فهو يمين اللغو ولا كفارة فيهما ولا يعتق عبده لان الحنث في اليمين الاولى
ليس مما يحكم به الحاكم حتى يصير الحكم به اخذا بالثاني فلا يعتق العبد ۞ فان كانت اليمين الاولى بعتق او طلاق
حنث في اليمينين جميعا وهو قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد ثم رجع ابو يوسف فقال اذا قال بعد ما حلف
بالاولى اوهمت او نسيت وحلف بطلاق اخر او عتاق انه دخلها لزمه الاول ولم يلزمه الاخر وجه
قوله الاول انه اكذب نفسه في كل واحدة من اليمينين بالاخرى اعترف بوقوع ما حلف به فحنث وجه
قوله الاخر انه اكذب نفسه في اليمين الاولى بالاخرة ولم يكذب نفسه في اليمين الثانية بعد ما عقدها والاكذاب
قبل عقدها لا يتعلق به حكم فلم يحنث فيها ۞ وان رجع فحلف بالثالثة لم يعتق الثالث وعتق الثاني لانه
اكذب نفسه بعد ما حلف عليه ۞ قال اصحابنا اذا حلف بطلاق او عتاق واستثنى بان شا الله سقطت اليمين
وقد بينا ذلك ۞ وكذلك ان قال ما شا الله او الا ما شا الله وكذلك لو قال بقضا الله او بقدر الله او بما احب الله او
بما اراد الله ولو قال ان اعانني الله او بمعونة الله ويريد بذلك الاستثنا فهو مستثنى فيما بينه وبين الله تعالى ۞
لان الوقوع لا يحتاج الى اعانة فلم يتعلق ذلك بشرط الا انه مصدق فيما بينه وبين الله ۞ وروى بشر عن ابي يوسف
اذا حلف لا يبيع عبده الا بعشرة فباعه بخمسة ودينار حنث لانه منع نفسه عن كل بيع واستثنى بيعا بصفة وهو ان
يكون بعشرة وان كان معها غيرها ۞ وروى هشام عن ابي يوسف في رجل قال والله لا ابيع هذا الثوب
بعشرة حتى تزيد فباعه بتسعة قال لا يحنث في القياس وفي الاستحسان يحنث وبالقياس ناخذ وجه
القياس انه حلف ان لا يبيعه بالعشرة حتى يزيد عليها فاذا باعه بتسعة فلم يبعه بالعشرة فلا يدخل ذلك
في اليمين وجه الاستحسان ان قوله لا ابيعه بعشرة حتى تزيد المراد به في العادة لا ابيعه الا باكثر
من عشرة ۞ وقال معلى عن محمد اذا حلف لا يبيع هذا الثوب بعشرة الا بزيادة فان باعه باقل من عشرة او
بعشرة فهو حانث وهذا انما لم قوله الا بزيادة على العشرة لانه منع نفسه من كل بيع واستثنى بيعا واحدا
وهو الذي يزيد ثمنه على العشرة ۞ ولو قال حتى يزداد فباعه بعشرة حنث فان باعه باقل او باكثر لم
يحنث لانه حلف على بيع بصفة وهو ان يبيع بعشرة فاذا باعه بتسعة فلم يوجد المحلوف عليه ۞ ولو
قال عبده حر ان اشتراه باثني عشر فاشتراه بثلاثة عشر او باثني عشر ودينار حنث لانه مشتري بما حلف
عليه وان كان معه زيادة ۞ قال اصحابنا اذا قال ان فعلت كذا فعلي المشي الى بيت الله او الكعبة او مكة
فالقياس ان لا يلزمه شي وفي الاستحسان يلزمه حجة او عمرة وجه القياس ان المشي ليس بقربة والقربة
في الاحرام وذلك ليس في لفظه وجه الاستحسان ما روي ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي
الى بيت الله حاجة حاسرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله صلى الله عليه فقال مروها فلتركب ولتهد شاة ولتخمر
ان شات شعرها وان شان الحج ۞ ولان هذا اللفظ يذكر في العادة ويراد به ايجاب الاحرام فصار
المعتاد كالمنطوق والاحرام يكون بالحج او بالعمرة فلزمه احدهما ۞ قال اصحابنا انه يلزمه
في مثل الفاظ الاحلاف اذا قال علي المشي الى [illegible] لان العادة [illegible] بايجاب الاحرام بهذين
اللفظين وكذلك الكعبة [illegible] اذا قال الى الحرم او

المسجد الحرام وقال ابو حنيفه لا يلزمه شي لان العاده لم تجر بالايجاب بهذا اللفظ فبقي علي اصل القياس وقالا يلزمه
لانها بقعه تشتمل علي البيت فكذلك ه ولم يوجبوا عليه شيا في قوله الحطيم بالاجماع اذا قال علي الذهاب الي مكه
او الركوب او السفر لم يلزمه شي لان العاده لم تجر بايجاب الاحرام بهذا اللفظ ولانه لم يذكر لفظا تضمن زياده
صفه في الاحرام واذا ذكر المشي فقد ذكر زياده صفه ه واذا ثبت انه يلزمه الاحرام فاذا احرم ماشيا لزمه
المشي حتي يطوف طواف الزياره لانه فرغ من اركان الاحرام ه وان ركب فعليه شاه لما روي ان النبي صلي الله عليه
قال لعقبه بن عامر ان الله غني عن عنا اختك قل لها فلتركب ولتهد شاه ولو نحو ان شاة تجزيه وان شاءت بعيره
قال ابو حنيفه ومحمد اذا نذر ذبح ولده لزمه ذبح شاه استحسانا وقال ابو يوسف لا يلزمه شي وجه قولهما ان
ذبح الولد في الشرع عباره عن ذبح شاه بدلاله ان الله تعالي امر ابرهيم عليه السلم حين نذر ذبح ولده ان يفي بنذره ثم امره
بذبح شاه وقال قد صدقت الرويا فدل علي ان الامر بالذبح يتناول ما قام مقامه وقد امرنا الله تعالي بالاقتدا
بابرهيم عليه السلم فقال اوليك الذين هدي الله فبهداهم اقتده وقال واتبع مله ابرهيم حنيفا ه وروي ان النبي صلي الله عليه
قال انا ابن الذبيحين يعني اسمعيل حين نذر ابرهيم عليه السلم ذبحه واباه عبد الله حين نذر عبد المطلب ذبحه
فسماهما ذبيحين حين ذبح عنهما واقيم مقامهما ه وروي ان رجلا سال ابن عباس فقال اني نذرت نحر ولدي فقال
عليك مايه بدنه وسيل ذلك الشيخ فاسناه الي مسروق بن الاجدع فاتاه فساله فقال عليك شاه فقال ابن عباس
وانا اري مثل ذلك ه وجه قول ابي يوسف قوله صلي الله عليه لا نذر فيما لا يملكه ابن ادم ه ولانه نذر ما لا يلزمه
الوفا به فصار كنذر المعصيه ه واما اذا نذر نحر عبده فقال ابو حنيفه لا يلزمه شي لان القياس ان لا
يلزمه بحال وانما تركنا القياس في الولد للاثر فما سواه علي اصل القياس وقال محمد يلزمه شاه لانه املك
لعبده منه لابنه والنذر ولايته عليه من ولده ه واما اذا نذر نحر نفسه فروي الحسن عن ابي حنيفه انه لا يلزمه
شي لما ذكرنا في العبد ه وروي عن محمد انه يلزمه شاه لانه لما جاز ان يلزمه عن ابنه جاز ان يلزمه عن نفسه كالاضحيه
وهديه الفطر ه قال اصحابنا اذا حلف علي معصيه لزمه ان يحنث وعليه الكفاره وقال الشعبي لا شي عليه
لنا ما روي في حديث عبد الرحمن بن سمره ان النبي عليه السلم قال من حلف علي يمين فراي غيرها خيرا منها فليات
الذي هو خير وليكفر عن يمينه ه وحكي ان ابا حنيفه سال الشعبي عن هذه المسله فقال لا كفاره عليه فقال
ابو حنيفه اليس جعل الله تعالي الظهار منكرا من القول وزورا واوجب فيه الكفاره فقال له الشعبي
انت من الارايتيين ه واذا تزوج الرجل بامه فقال اذا مات مولاك فانت طالق ثنتين فمات المولي
وهو وارثه لا وارث له غيره طلقت ثنتين وحرمت عليه عند ابي يوسف وقال محمد لا تطلق ولا تحرم لابي يوسف
ان شرط الطلاق الموت فيقع عقيب الموت وعقيب الموت يزول ملك الميت وينتقل الي الوارث في الحاله الثانيه فيصادف
الطلاق النكاح لان الملك انما يقع له في الحاله الثانيه فيقع الطلاق وتحرم ولا تحل له ان ينكحها ه
وجه قول محمد ان عقيب الموت النكاح غير مستقر لانه يفضي الي الزوال والطلاق لا يقع الا في نكاح مستقر
قال وان قال الزوج اذا مات مولاك فانت حره فلم يعتق في قولهم لانه عتق في غير ملك ولا مضاف الي
ملك ه وان قال اذا مات مولاك فملكتك فانت حره ثم مات المولي والزوج وارثه عتقت لانه عتق
مضاف الي الملك ه واذا قال الزوج لامته اذا مات فلان فانت حره ثم باعها من فلان ثم تزوجها ثم قال
اذا مات مولاك فانت طالق ثنتين ثم مات المولي وهو وارثه قال ابو يوسف يقع الطلاق ولا يقع
العتاق وقال محمد لا يقعان جميعا وقال زفر يقع العتاق ولا يقع الطلاق اما وقوع الطلاق علي
مذهب ابي يوسف فقد قدمنا وجهه واما امتناع وقوع الطلاق عند محمد فقد بيناه واما العتق فقال
ابو يوسف ومحمد لا يقع لان عند ابي يوسف عقيب الموت لا يملكها الوارث فقد علق العتق بحاله لا
يملكها وكذلك يقول محمد ه واما زفر فيقول علق العتق في ملك ووجد الشرط في ملك
فما بين ذلك لا يعتبر كمن قال لامته ان دخلت الدار فانت حره ثم باعها واشتراها فدخلت الدار عتقت

تم كتاب الايمان

فلله الحمد والامتنان والصلوه علي نبيه محمد وآله
خير آل

يتلوه كتاب الاجارات

باب الاجارات

قال رضي الله عنه الاجاره عقد علي المنافع بعوض وهو خلاف النكاح لانه عقد علي استباحه منافع البضع بعوض
والعقد علي المنافع علي ضربين عقد بعوض يسمي اجاره وعقد بغير عوض وهو العاريه والوصيه بالمنافع ه
والاصل في جواز الاجاره قوله تعالي حكايه اني اريد ان انكحك احدي ابنتي هاتين الايه وما ثبت في شرايع من
قبلنا فهو لازم لنا الا ان يدل دليل علي نسخه ه ولان النبي صلي الله عليه بعث والناس يستاجرون فلم ينكر ذلك
وقال صلي الله عليه من استاجر اجيرا فليعلمه اجره ه ومر النبي صلي الله عليه علي رافع بن خديج وهو في حايط فاعجبه
فقال لمن هذا فقال لي استاجرته فقال لا تستاجره بشي منه فلو كان العقد لا يجوز بحال لم يكن للتخصيص
معني ه ولان المنافع علي ضربين منافع البضع ومنافع غير البضع فاذا جاز العقد علي احدهما جاز علي الاخر
ولا يقال انه عقد علي المعدوم وعلي ما لا يملكه الانسان لان مالك الاصل الذي يتولد منه المنافع يجعل
كمالكها في جواز العقد عليها الا تري ان المانع من جواز العقد علي ما لا يملكه الانسان الخطر في تسليمه
وهذا المعني لا يوجد في المنافع التي تحدث علي ملكه ه وذكر ابو الحسن حديث ابي هريره وابي سعيد
قالا قال رسول الله صلي الله عليه من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وانما ذكر هذا الخبر ليستدل به علي جواز
الاجاره وان البدل فيها يجب ان يكون معلوما وعلي ان البدل في الاجاره في حكم الثمن في البيع لانه صلي الله عليه
قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم وقال في الاجاره من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وهذا الخبر طويل ذكره محمد
وانما اختصره ابو الحسن وذكر منه ما يخص الاجاره ه وذكر حديث ابي هريره قال قال رسول الله صلي الله عليه اعطوا
الاجير اجرته قبل ان يجف عرقه وهذا يدل علي جواز الاجاره وعلي ان الاجره لا تجب بالعقد وانما تجب بايفا
العمل لانه امر بايفا الاجر عند الفراغ من العمل فلو كان الوجوب يتعلق بالعقد لامر بالتسليم حين الوجوب
لانه هو المقصود ه وذكر حديث ابي هريره قال قال رسول الله صلي الله عليه ثلثه انا خصمهم ومن كنت خصمه
خصمته رجل اعطي بي ثم غدر ورجل باع حرا واكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا واستوفي عمله ولم يوفه اجره
قال هذا الخبر يدل علي جواز الاجاره وان الاجره لا تجب بالعقد لانه ذمه علي تاخيرها عند الفراغ من العمل
فدل علي ان ذلك ابتدا الوجوب واما قوله رجل اعطي بي ثم غدر فمعناه من اعطي الذمه برسول الله صلي الله عليه
ولهذا كان اذا بعث سريه قال في وصيته فان ارادوكم ان تعطوهم ذمه الله وذمه رسوله فلا تفعلوا ولكن اعطوهم
ذممكم وذمم ابايكم فانكم ان تخفروا ذممكم وذمم ابايكم خير من ان تخفروا ذمه الله وذمه رسوله واما قوله
رجل باع حرا واكل ثمنه فانما ذكر البيع وذكر الثمن علي وجه المجاز يعني انه قصد البيع وسماه بدلا علي انه ثمن ولا
فالبيع باطل ولا ثمن له ه

باب جامع في الاجارات

قال ابو الحسن الاجاره عقد علي منافع الاعيان فمنها ما شرط المستاجر الانتفاع به ومنها ما شرط علي المستاجر
العمل فيه وفي ذلك كله لا بد من ان يقع العقد فيه علي مستاجر معلوم واجر معلوم ووقت معلوم فيما وقع علي الوقت
ومسافه معلومه فيما وقع علي المسافه وعمل معلوم فيما وقع علي العمل قال وهذا التقسيم صحيح لان العقد
اما ان يقع علي ما ينتفع به مثل استيجار الدور والمنازل والحوانيت والضياع وسائر العقارات وعبيد الخدمه
والدواب للركوب والحمل والثياب والحلي للبس والاواني والظروف للاستعمال فالعقد جائز في هذا كله
لما ذكرناه من الدلاله علي جواز الاجاره فدل علي هذا وقد دل علي جواز اجاره العقار حديث رافع بن خديج وقد دل
علي جواز اجاره الحيوان ما روي ان رجلا قال للنبي صلي الله عليه اني اكري ابلي الي مكه فهل لي من حج فنزل قوله تعالي
ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم فالاجاره في هذا كله واقعه علي منافع العين المستاجره ه
واما القسم الثاني فهو استيجار الصناع علي الاعمال كالقصار والخياط والاسكاف والبنا وسائر ما شرط عليه
العمل من سائر العمل فهذا مستاجر علي ايقاع العمل في الاعيان وقد دل علي جواز هذه الاجاره عموم الاخبار التي قدمناها
وقوله عليه السلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره ولان الناس يعقدون هذا العقد من غير نكير في سائر الاعصار ه
قال ومن استوجر لهذه الاعمال ولم يشترط عليه ان يعمل بيده فله ان يعمل بنفسه وباجرايه وذلك لان المعقود
عليه هو العمل وذلك موجود في فعله وفعل غيره ه ولان عمل اجرايه يقع له فكانه عمل بنفسه وليس كذلك اذا شرط
عمله بنفسه لان العقد وقع علي منفعته من عين فلا يجوز تسليمها من عين اخري كمن استاجر بعيرا بعينه للحمل
لم يجبر علي اخذ غيره ولو استاجر علي الحمل لم يتعين بعير وجاز للموجر ان يسلم اي بعير شا ه

باب التسليم فيما وقع عليه الاجاره

قال ابو الحسن ما وقع عليه عقد الاجاره من عمل او عين ينتفع بها فهو المبتدا بالتسليم قبل الاجر متي كان ما وقع
عليه العقد عينا او عملا وذلك لان الاجره عندنا لا تجب بالعقد المطلق وانما تجب باستيفا العمل او بوجود التسليم
علي صفه مخصوصه فما لم يوجد لم يجز حبس المنافع المعقود عليها بدلا لم يجب تسليمه كمن باع عبدا بثمن مؤجل
لم يجز له حبسه بالثمن ه واما اذا شرط في الاجاره تعجيل الاجره [illegible] عندنا جاز للموجر حبس ما وقع عليه

وذكر ابو الحسن في جامعه ان المنافع كالمبيع والاجره كالثمن فلما وجب حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن كذلك يجب حبس
المنافع حتى يستوفي الاجره المعجله ولان في تسليم المنافع قبل قبض الاجره اضرارا بالمواجر الا ترى انه يصير اسوة الغرما
في محل البيع ولا يقال ان الحبس لا فايده فيه لانه اذا عقد على مده حاضره فحبس بطل العقد في المده التي تمضي
لان هذا لا يمنع من ثبوت حقه في الحبس كمن اجر دابته مسافة معلومه ولان هذا يبطل بمن باع ما لا يبقى
مثل السمك الطري والبقول وما اشبهه ان للبايع حبسه وان كان يودي الى ابطال العقد بتلفه ولان المنافع
لا يمكن تسليمها في الحال فلو لم يلزمه تعجيل الاجر لبطل الشرط والاجره لا تملك بنفس الاجاره وانما تملك باحد
ثلثه معان اما ان يشترط التعجيل في نفس العقد واما ان يتعجل بغير شرط واما بوقوع ما الاجره بدل عنه وقال
الشافعي تجب الاجره باطلاق العقد لنا انه مال في مقابله منفعه فلا تستحق بنفس العقد كالربح في المضاربه
ولا يلزم المهر لانه في مقابله الاستباحه ولانها معامله لا توجب تسليم احد البدلين في الحال فلا يوجب تسليم
البدل الاخر بعد المجلس اصله البيع المشروط فيه الخيار لهما والبيع الفاسد ولا يلزم عليه السلم لان تسليم راس المال
لا يجب بعد المجلس وهذه المسئله مبنيه على ان المنافع لا تملك بالعقد لانها معدومه والملك صفه الموجود
ولانها انما تحدث في ملكه فلا تملك قبل حدوثه كالثمر وجواز التصرف في المنافع المعدومه لا يدل على ملكها لكن
للضروره الا ترى انه لو لم يجز العقد عليها مع عدمها لم تجز اجاره ابدا ولا يستدل بجواز عقد المستاجر عليها لانه
انما جاز عقده لانه يملك التصرف فيها فهو كالموجود واذا ثبت ان المنافع لا تملك بالعقد فكل معامله لا تملك فيها
احد البدلين بنفس العقد لا يملك به الاخر كالهبه بشرط العوض والبيع المشروط فيه الخيار واذا ثبت ان الاجره لا
تملك باطلاق العقد فان شرط تعجيلها ملكت بالشرط لان الشرط بخلاف مقتضى اطلاق العقد الا ترى ان التاجيل
اذا اشترط في الثمن تغير موجب العقد عن وقت الحلول وكذلك اذا عجل المستاجر الاجر لان العقد سبب في
استحقاق الاجره فاذا عجلها بعد وجود سببها استحقت بالتعجيل كالدين الموجل يعجله واما اذا استوفى المعقود
عليه فقد ملك المعوض فاستحق ملك العوض في مقابلته فان وقع الشرط في عقد الاجاره ان لا يسلم الاجر
الا بعد انقضاء مده الاجاره فذلك جايز وهذا ظاهر على قول ابي حنيفه الاول ان الاجره تجب حالا فقد شرط
تاجيل الاجره والاجره كالثمن فاذا جاز التاجيل في احدهما كذلك في الاخر واما اذا لم يشترط في العقد شيا فكان
قول ابي حنيفه الاول ان الاجره لا تجب الا بعد مضي المده في الاجاره التي يقع العقد على المده مثل استيجار الارض
سنه او عشره سنين لا يجب تسليم الاجره الا بعد مضي جميع المده وبه قال زفر ثم رجع فقال يسلم الاجره حالا
فحالا كلما مضى يوم سلم اجرته واذا وقعت الاجاره على مسافه مثل ان يستاجر بعيرا الى مكه ذاهبا
وجائيا فان قوله الاول انه لا يلزمه تسليم الاجره حتى يعود وهو قول زفر ثم رجع فقال يسلم حالا فحالا
قال ابو الحسن يسلم الاجره لكل مرحله اذا انتهى اليها وهو قول ابي يوسف ومحمد وروي عن ابي يوسف فيمن استاجر
بعيرا الى مكه انه اذا بلغ ثلث الطريق او نصفه اعطاه من الاجر بحسابه استحسانا قال ابو الحسن وهذا قوله الاخر
وجه قول ابي حنيفه الاول ان الاجاره اذا وقعت على مده جمله واحده فالمعقود عليه ينتفع به بكمال المده فلا
يلزم تسليم البدل الا بعد الفراغ كمن استاجر خياطا يخيط له ثوبا فخاط بعضه لم يستحق الاجر حتى يفرغ منه وكذلك
اذا استاجر الى مكه لم ينتفع بقطع بعض المسافه دون بعض فتوقفت الاجره على انتهايها كالعمل كالصباغ والقصار
وجه قوله الثاني وهو المشهور من قولهم ان كل يوم معقود بالانتفاع عن الاخر فلم يقف تسليم البدل على جميع
المنافع ولانه ملك البدل فاستحق ما في مقابلته وقد كان يجب ان يلزمه تسليم الاجره ساعه فساعه الا انهم
استحسنوا فقالوا يوما فيوما لان ايجاب التسليم في كل ساعه يودي الى الضرر الا ترى انه اذا تشاغل بوزن
الاجره او بعدها مضى زمان وجبت به الاجره فان طالبه بها واشتغل بدفعها اتصل زمانه في دفع الاجره فقالوا
يطالبه يوما فيوما لان اليوم مقصود بالانتفاع واخذ بدله لا يودي الى الضرر وكذلك المسافه في الطريق لو طالب
بالاجره في كل حال انقطع بتسليمها عن المسير وقال ابو الحسن يطالبه في كل مرحله لان ذلك سير مقصود
لا تشق المطالبه ببدله فهو كاليوم في اجاره الدار وجه قول ابي يوسف الاخير ان السير الى ثلث الطريق
او الى نصفه منفعه مقصوده الا ترى ان من الناس من يركب مع جمال ضعف الطريق ثم ينتقل الى غيره فكان
ذلك هو المقصود من المنفعه فاذا وجد لزمه تسليم بدلها

باب تصرف المواجر في الاجره

قال ابو الحسن واذا وقع عقد الاجاره ولم يشترط تعجيل الاجره ولم يتسلم ما وقع عليه العقد حتى ابرا المواجر المستاجر
منه او وهبه له او تصدق به عليه فان ذلك لا يجوز في قول ابي يوسف الاخر عينا كان الاجر او دينا ولا يكون ذلك
نقضا للاجاره وقال محمد اذا كان ذلك دينا جاز لابي يوسف ان الاجره لم تملك بالعقد على ما بينا فالابراء منها
او هبتها قبل العقد ابراء عن حق [illegible] والبراءه من الحقوق قبل وجوبها لا يصح وليس كذلك الدين الموجل لانه قد ملك
واستحق والتاجيل تاخير المطالبه ولانا لو جوزنا البراءه لاسقط المستاجر ما استاجره من غير بدل تستحق
[illegible] الاجاره [illegible] بمعنى العاريه او الوصيه [illegible] هذا العقد وانما
[illegible] الاجاره بقبول [illegible] سواه [illegible] لمحمد ان العقد سبب في وجوب
الاجره واسقاط الحقوق بعد وجود اسبابها يجوز كالبراءه من الدين الموجل والعفو عن القصاص بعد وجود الجراحه
فاما اذا كانت الاجره عينا من الاعيان فوهبها المواجر للمستاجر قبل استيفاء المنافع فان قبل المستاجر الهبه بطلت
الاجاره وان ردها لم تبطل لان الاجره المعينه في حكم المبيع لانها عين مملوكه في مقابلتها ما هو في حكم الاعيان فهبه
المبيع قبل القبض اذا قبلها البايع يبطل البيع كذلك هذا واما اذا رد المستاجر الهبه لم تبطل الاجاره لان الهبه
لا تتم الا بالقبول فاذا ردها بطلت وصار كان لم تكن قال ابو يوسف اذا صارف المواجر بالاجره المستاجر
واخذ بها دينارا فالعقد باطل وكان يقول الاول انه جايز وهو قول محمد لابي يوسف ان الاجره لم تجب بالعقد
وانما تتعلق وجوبها بعقد الصرف وما وجب بعقد الصرف اذا لم يوجد فيه التقابض في المجلس بطل العقد فيه كمن
باع دينارا بعشره فلم يتقابضا ولانه يشتري الدينار بدراهم في ذمته ثم جعلها قصاصا بالاجره ولا اجره له فيبقى
ثمن الصرف في ذمته فاذا افترقا قبل قبضه بطل العقد لمحمد ان الصرف لما لم يجز الا ببدل مستحق جاز
دخولها فيه كتعجيل الاجره ولو شرط تعجيلها ثم تصارفا جاز فكذلك اذا لم يشترط الا ترى انه لو اخذ بالدين
الموجل دينارا جاز وكانه شرط التعجيل ثم تصارفا به كذلك هذا وحكى ابو الليث عن بعض اصحابنا طريقه
اخرى في هذه المسئله فقال على اصل ابي يوسف ان الاجره لا تملك بالعقد دينا كان او عينا وعلى اصل محمد ان الاجره
اذا كانت عينا لم تملك وان كانت دينا تملك بالعقد لان المستاجر يملك المطالبه بالمنفعه فيملك عليه الدين
الذي في مقابلتها وان تاجل كما يملك الدين الموجل في البيع وليس كذلك العين لانه لا يجوز ان يملك ملكا موجلا
لان التاجيل في الاعيان لا يصح واذا كان اصله ان الاجره قد ملكت جاز التصرف فيها كالدين الموجل
وهذا الاصل ليس بمروي عن محمد وانما قال هذا القايل لنصره هذه المسئله وقد بينا وجهها من غير اثبات
اصل لا روايه فيه وان اشترى المواجر من المستاجر عينا من الاعيان بالاجره جاز في قولهم جميعا لان
العقد على الاعيان لا يقتضي قبض البدل في المجلس بخلاف العقود وان كانت الاجره غير واجبه ولو اخذ
بالاجره رهنا او كفيلا جاز في قولهم جميعا لان الرهن يجوز بدين لم يجب كما يجوز بالثمن في البيع المشروط فيه
الخيار والكفاله بدين لم يجب تجوز كما تجوز بالدرك ولو وهب بعض الاجره او ابراه منه جاز في قولهم
اما على قول محمد فظاهر لان الهبه تجوز في الجميع فكذلك في البعض واما على اصل ابي يوسف فهبه
البعض حط يلحق بالعقد فيصير كالموجود في حال العقد وهبه الجميع لا تلحق العقد في الحال وليس هناك
حق واجب وانما تحصل الاجره في الباقي فلا يصح واذا وجبت الاجره فقضى [illegible] فلا باس بذلك
يعني البراءه والهبه والصرف لانه دين واجب فصار كسائر الديون

باب صفة تسليم الاجره

قال ابو الحسن واذا وقع عقد الاجاره صحيحا على مده او على مسافه معلومه وجب تسليم ما وقع عليه العقد تسليما
دائما باقيا في طول مده الاجاره لا مانع من الانتفاع به فان عرض في بعض المده او بعد قطع بعض المسافه ما منع
الانتفاع بالمستاجر سقط الاجر عن المستاجر بقدر مده المنع ولزمه ما قبل ذلك وهذه الجمله تشتمل على
مسايل منها ان العقد اذا وقع على مده مطلقه كان ابتداؤها عقيب العقد وقال الشافعي لا تصح الاجاره حتى تكون
المده عقيب العقد وانما يكون عقيب العقد بالشرط لنا ان هذه مده تتعلق بعقد لا على طريق القربه فكان
ابتداؤها عقيب السبب كمده الايلاء وكمن حلف لا يكلم رجلا شهرا وليس كذلك اذا اوجب صوم شهر
لانه حكم يتعلق بصوم على طريق القربه ولانه اذا اطلق العقد ولم يجعل عقيب السبب لم يكن مده اولى
من مده وادى ذلك الى ابطال العقد فوجب ان يحمل على الوجه الذي يصح معه العقد والمسئله الثانيه
ان المده المعقود عليها تكون متواليه من حال العقد الى انقضائها لانا لو لم نجعلها كذلك صارت مده مجهوله
فوجب حمل العقد على ما يصح العقد عليه والمسئله الثالثه ان التسليم يجب على المواجر في طول المده
المعقود عليها وفي جميع المسافه فان حدث مانع بعد التسليم سقط الاجره عن المستاجر كمن استاجر دارا
ليسكنها او عبدا ليخدمه شهرا او دابه ليركبها الى الكوفه فيسكن ويستخدم بعض الوقت ويركب بعض المسافه
ثم يغصب الدابه غاصب او العبد او يحدث بها ما يمنع الانتفاع بها من مرض او اباق او يغصب الدار او تغرق
حتى لا يمكن الانتفاع بها او الزرع ينقطع عنه الشرب والرحى ينقطع الماء فان الاجر ساقط في مده ذلك ولازم
فيما مضى وذلك لان المنافع لا تصير مسلمه بتسليم العين التي تحدث منها لانها معدومه والتسليم من صفات
الموجود وانما تحدث المنافع على ملك المواجر حالا فحالا ويصير المستاجر متسلما لها كذلك فاذا حدث المانع فقد
تعذر تسليم المعقود قبل القبض فسقط البدل كتعذر تسليم المبيع قبل القبض فان اختلفا بعد انقضاء
مده الاجاره فقال المستاجر لم تسلم الي ما اجرتني وقال المواجر سلمت فالقول قول المستاجر مع يمينه وذلك
لان المواجر يدعي دخول الشي في ضمان المستاجر فالقول قول من ينفي الضمان كمن ادعى على الغير الغصب [illegible] ذلك
[illegible] جعلنا القول قوله [illegible] الخصومه [illegible] فان اقام المواجر
البينه انه سلم [illegible] بينته [illegible] على الضمان [illegible] انه سلمها في اول [illegible]

وفي اول المسافة فقال المستاجر عرض لي ما منع من الانتفاع به وادعى مرضا او غصبا او اباقا وجحد المواجر ذلك فانه ينظر الى حال الشي الذي وقعت عليه الاجارة في وقت ما اختصما فان كان المانع موجودا فيه للمستاجر فالقول قول المستاجر مع يمينه البته وان لم يكن موجودا فيه وقت خصومتهما فالقول قول المواجر مع يمينه على علمه والبينة بينة المستاجر وذلك لانهما اختلفا في دوام التسليم فوجب تحكيم الحال فان كان المانع موجودا فالظاهر يشهد للمستاجر فالقول قوله وان لم يكن هناك مانع فالظاهر يشهد للمواجر فالقول قوله ولا يقال ان المانع دخلت في ضمان المستاجر بالتسليم فلا يقبل قوله في سقوط الضمان لان المنافع لا تصير مسلمة بالتسليم الاول فلا يكون اعترافه بالقبض اعترافا بقبض جميع المنافع [illegible]

[illegible] على البنات وانما استحلف المواجر على العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو المنع ومن حلف على فعل غيره استحلف على العلم كاليمين في الغسامه فان اتفقا ان المنع كان قد عرض بعدما قبض فقال المستاجر كان المنع في المدة حتى قبضت الي ان مضى المدة يوم او يومان وقال المواجر كان المنع يوما واحدا ثم زال فالقول قول المستاجر في ذلك لانهما اتفقا ان المنافع لم يدخل جميعها في ضمان المستاجر فالقول قوله في مقدار ما ضمنه ولانهما اتفقا على زوال القبض الاول فالقول قول المستاجر في القبض الثاني

باب متى يقع تسليم العامل وتخرج من ضمانه

قال ابو الحسن وكل من استوجر على عمل في شي او عمل شي وذلك الشي في يده مثل الصباغ والخياط والقصار والصايغ والنجار وسائر الصناع فعمله ذلك مضمون عليه ما دام في يده بالاجر المسمى له لا يبرا منه الا بتسليمه الى صاحبه فان لم يسلم حتى هلك بطل اجره ويكون العمل مضمونا بالاجر وجملة هذا ان المستاجر على عمل في شي او عمل شي فهو على وجهين [illegible]

[illegible]

في يده فاذا حبسه بالدين صار غاصبا كالوديعه وقال ابو يوسف في الحمال يطلب اجره بعدما بلغ المنزل قبل ان يضعه فليس له ذلك وهذا على ما بينا ان الوضع من تمام العمل

باب ما يكون الاجير مسلما له مع الفراغ منه

قال ابو الحسن اذا استوجر رجل ليبني له بناء في داره او فيما هو في يده او يعمل له ساباطا او جناحا او يجعل له [illegible] ذلك او قناه او ما اشبه هذا فان الصانع لم يفرغ منه حتى انهدم البنا او انهارت البير او سقط الساباط فله اجر ما [illegible]

[illegible]

لهما ان العادة ان صاحب اللبن هو الذي يشرج اللبن ليومن عليه الفساد فكان ذلك من تمام العمل كاخراج الخبز من التنور فان هلك اللبن قبل الحد الذي حده كل واحد منهم في قوله فلا اجر له لانه هلك قبل تمام العمل وان كان بعد فله الاجر لان العمل قد تم وصار مسلما له لانه في ملكه فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل فان كان ذلك في غير يده ولا ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه مضمونا عند ابي حنيفه ومستحقا عندهم لانه لم يحصل في يده [illegible] من التخليه بعد الفراغ من العمل ومما يلحق بهذا الباب ما رواه ابن سماعه عن محمد في رجل استاجر خبازا ليخبز له قفيز دقيق بدرهم فخبز فاحترق الخبز في التنور قبل ان يخرجه قال هو ضامن وكذلك لو الصقه في التنور ثم اخذه ليخرجه فوقع من يده في التنور فاحترق فهو ضامن وهذا على اصل محمد في تضمين الاجير [illegible]

[illegible]

[illegible] له من الاجر بحساب ما حمل وان شا ضمنه قيمته من الموضع الذي حمله ولا اجر له وذلك لان التلف حصل من عمله وهو مضمون وما تلف بعمل الاجير المشترك مضمون في قول ابي حنيفه وابي يوسف ومحمد الا ان المنافع لم تسلم اليه فصار ذلك عيبا فيها فان شا رضي بها وضمنه القيمه في ذلك الموضع واعطاه الاجر وان شا فسخ العقد حين لم يكمل مقصوده وضمنه القيمه في الموضع الذي حمل

باب ضمان الاجير المشترك

قال ابو الحسن الاجير المشترك القصار والصباغ والخياط والصايغ ومن يستحق الاجر بعمله دون تسليم نفسه فاذا سلم اليه ما استوجر عليه وقبضه فهو امانة في يده عند ابي حنيفه وزفر والحسن بن زياد وهو قول حماد بن ابي سليمان وقال ابو يوسف ومحمد هو مضمون عليه بالقبض الا من شي غالب لا يتحفظ من مثله مثل حريق غالب او غرق او مكابره [illegible]

[illegible]

من الثوب بعد تسليمه إلى صاحبه [illegible] ولأن القصار مأذون في دق القصارة وهو الدق المطلق للثوب دون المفسد [illegible]
على شرط السلامة [illegible] يستحيل [illegible] لأنه [illegible] ولأن الخرق [illegible]
[illegible] المعتاد [illegible] ولأنه مأذون فيه وإن تجاوز الموضع المعتاد فهو [illegible]
[illegible] كونه مأذونا فيه [illegible]
صاحب المتاع [illegible] الدابة التي عليها الحمل [illegible]
[illegible] من الخاص [illegible] وكذلك قال
محمد [illegible] وقد اختلف [illegible]
قول أبي يوسف [illegible] قال أبو الحسن وهو مذهب [illegible]
[illegible]
[illegible] فهو يضمن [illegible] فإن كان حالا لحمل بنفسه ونحو
المتاع [illegible]
[illegible] صاحب المتاع [illegible]
[illegible] وإن كان الموضع الذي [illegible]
[illegible]
[illegible] ضمان [illegible]
[illegible] والحوانيت [illegible]
[illegible]
[illegible] قال والسفينة [illegible]
وهذا [illegible]
[illegible] مسائل هذا الباب [illegible]
[illegible]
ودفع الجفن معه قال محمد يجوز الجفن والسيف والمصحف والغلاف وذلك لأن السيف لا يستقل عن الجفن وكذلك المصحف عن الغلاف فصار كالشيء الواحد وإن أعطاه مصحفا يعمل له غلافا أو سكينا يعمل له نصابا فضاع المصحف أو السكين لم يضمن لأنه لم يستأجره على إيقاع العمل فيهما إنما استأجره على غيرهما

باب ضمان الأجير الخاص

قال أبو الحسن الأجير الخاص من استحق الأجر بالوقت دون العمل وذلك كرجل استأجر رجلا للخدمة شهرا بخمسة دراهم أو ليقصر معه أو ليخيط معه [illegible] عملا من الأعمال وإنما سمي خاصا لأنه لا يصح أن يعمل في المدة لأحد إلا لمن استأجره وحده الذي يستحق البدل بتسليم نفسه في المدة عمل أو لم يعمل والحجة أن ما هلك في يده لا ضمان عليه فيه أما على قول أبي حنيفة فلأنها عين قبضها بإذن مالكها لا على وجه البدل [illegible] والوثيقة وأما على أصلهما فلأنهما استحسنا في تضمين الأجير

المشترك احتياط لأموال الناس والأجير الخاص يسلم نفسه في العادة ويتسلم المال ما هلك من عمله فلا ضمان عليه فيه لأن العمل ليس بمضمون عليه بدلالة أن البدل يستحق من غير عمل وما تولد من فعل غير مضمون لم يكن مضمونا [illegible] فإذا تعمد الفساد حينئذ ضمن كما يضمن المودع إذا تعدى لأنه مؤتمن في المال والتصرف كالمودع
وعلى هذا الجير القصار والصباغ إذا استؤجروا مشاهرة لم يضمنوا إلى أن استأجر ... لا يعتمد التعدي فيه
ويضمن القصار والصباغ لأن عمله وقع له فكأنه عمل بنفسه ولا يرجع عليه بما ضمن لأنه إذا ضمن ملك العين فكأنه استعمل أجيرا خاصا في ماله على نفسه
وقد قالوا في الأجير المشترك إذا فرغ من العمل ثم سرق ما عمل فيه فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ولا أجر له لأن عمله لما اتصل بالعين صار كالعين المبيعة ولهذا ثبت له حق الحبس فيه فإذا تلف قبل التسليم سقط البدل وقال أبو يوسف ومحمد الأجير ضامن والمستأجر بالخيار إن شاء ضمنه قيمته معمولا وأعطاه الأجر وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وهذا على ما بيناه
وأما الحمال أو الجمال إذا بلغ الغاية ثم سرق ما حمله فله الأجر عند أبي حنيفة ولا ضمان عليه لأن العمل لا أثر له في العين فصار مسلما حالا فحالا وقال ابن سماعة عن محمد في رجل دفع ثوبا إلى خياط يخيطه بدرهم قميصا فخاطه ثم جاء رجل فنقضه قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط وذلك لأن المنافع تلفت قبل التسليم فسقط بدلها ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه فرغ من العمل المعقود عليه وانقضى العقد فلا يلزمه العقد ثانيا وإن كان الخياط هو الذي فتق الثوب فعليه أن يعيده لأنه لما فتقه فقد فسخ المنافع التي عملها فكأنه لم يعمل وإذا فتقه الأجنبي فقد أتلف المنافع بدلا لم أخذه بلزمه الضمان
وقالوا في الملاح إذا حمل الطعام إلى موضع فرد السفينة إنسان فلا أجر للملاح وليس عليه أن يعيد السفينة وإن كان هو الذي ردها لزمه إعادة الحمل إلى الموضع الذي شرط عليه فإن كان الموضع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر فيه رب الطعام على قبضه فعلى الملاح أن يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على حمله وقبضه ويكون له أجر المثل فإن أدخلها السفينة لأنا لو جوزنا للملاح تسليمه في مكان لا يستطيع تلف الطعام على صاحبه فأمكن إيفاء حقهما بأن نكلف الملاح حمله بالأجر إلى أقرب المواضع التي يمكن القبض فيها قال ولو كان الثوب ثقيلا إلى موضع لم يركبه فلا ساد يحمل الطريق حتى به فرده إلى موضعه الذي خرج منه فعليه الأجر بقدر ما سار لأن الدابة صار مستوفيا للمنافع بنفسه فلا يسقط عنه الضمان بعد التسليم
وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة ليجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد ماتوا فجاء بمن بقي قال له من الأجر بحسابه وعن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلا ليذهب بكتاب إلى البصرة إلى فلان ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب قال لا أجر له وقال محمد الأجر يجب له في الذهاب أما إذا استأجره ليحمل عياله فالمعقود ليس هو الذهاب والعود وإنما المقصود الحمل فإذا مات بعضهم سقط حصته وأما حجة قول أبي حنيفة في الكتاب فلأنه لما عاد به فقد نقض المنافع التي حصلها فصار كمن استأجره على حمل الطعام إلى البصرة إلى فلان فحمله فوجده قد مات فرده فلا شيء له ولأن المقصود ليس هو حمل الكتاب وإنما المقصود إيصاله إلى فلان ولم يوجد وحجة قول محمد أن العمل في الذهاب إلى البصرة قد أوقعه على الوجه الذي أمر به فاستحق حصته ولم يوقع في العود على الوجه المأمور به ولا يجوز أن يقال إنه نقض المنافع برد الكتاب لأن الكتاب لا حمل له ولا مؤونة ولا يعتبر برده نقضا للعمل وليس كذلك الطعام لأن له مؤونة فإذا رده نقض ما أوقعه من المنفعة
وقالوا في تلميذ المستأجر إذا كان نخاسا موطئا على ثوب من القصارة فخرقه ضمن لأن هذا العمل ليس بمأذون فيه ولو وقع من يده سراج فأحرق ثوبا من القصارة فالضمان على الأستاذ ولا ضمان على الغلام لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه ولو دق هذا الغلام ثوبا فانقلب المدق من يده فخرق ثوبا من القصارة فالضمان على الأستاذ لأن هذا من عمل القصارة وإن كان ثوبا وديعة عند الأستاذ فالضمان على الغلام لأن القصار لم يسلطه على عمل هذا الثوب وكذلك لو وقع من يده سراج عليه فأحرقه وقال في الأصل لو أن رجلا دعا قوما إلى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا وكذلك لو جلسوا على وسادة لأنه مأذون في هذا العمل فما تولد منه ليس بمضمون ولو وطئوا إناء فانكسر ضمنوا لأن هذا لا يؤذن في وطئه وكذلك لو وطئوا ثوبا لا يبسط مثله ولو قلبوا إناء بأيديهم فانكسر لم يضمنوا لأنهم مأذون لهم في استعماله ولو كان رجل منهم متقلدا سيفا فخرق السيف الوسادة لم يضمن لأنه مأذون له في الجلوس على هذه الصفة ولو جعل القصار ثوبا على حمل في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته فلا ضمان على القصار والضمان على سائق الحمولة لأنه جاني بالسوق ألا ترى أن المشي في الطريق بشرط السلامة مأذون فيه لا غير فلا يلزم القصار ضمان ذلك ولزم السائق

باب إجارة العقار

قال أبو الحسن وإذا استأجر رجل دارا أو حانوتا أو غير ذلك من العقار بغير المزارع مدة معلومة بأجر معلوم فله الانتفاع بها كيف شاء من السكنى وجعل المتاع فيها أو غيره وأن يسكن فيها من أحب بأجرة وبغير أجر إلا أنه لا يجعل فيها حدادا ولا قصارا ولا ما يضر بالبناء ولا يفسده أما أن له أن يسكن ما يحمل فيها والأصل في ذلك أن منافع العقار بالسكنى غير متفاوتة إذ لم يمكن فيها ما يوهي البناء وذلك مستثنى فصارت المنفعة معلومة بالعادة ألا ترى أن في الكري ذلك [illegible] البزازين والطاهر [illegible] إذا كانت المنافع غير متفاوتة لم يحتج إلى تسميتها

وليس له ان يجعل فيها قصارا او حدادا او طحانا الا ان يسمي ذلك لان هذا يوهي البنا ويزيد على مقدار منفعة السكني فلا يجوز الا بتسميته وانما كان له ان يسكنها بنفسه وبغيره لان المنفعة لا تتفاوت بزيادة السكان الا نادرا فلا يعتد به وله ان يؤاجر لانه ملك المنفعة فجاز له ان يعقد على ملكه وله ان يعير لانها منافع تحدث على ملكه فجاز ان يبيحها لغيره واما اذا استاجر ارضا للزراعة لم يجز العقد حتى يسمي ما يزرع فيها او يجعل له ان يزرع ما شا لان منافع الزراعة تختلف فلم يجز العقد مع جهالة المعقود عليه

باب الاوقات التي يقع عليها عقد الاجارة

قال ابو الحسن اذا استاجر دارا يوما او شهرا او سنة كان له مدة من المدة ما بدا المدة من تبع العقد [illegible]

[illegible]

باب الاجارة تقع [illegible] احد الشرطين او احد الشيئين

قال ابو الحسن واذا وقع عقد الاجارة على احد شيئين وسمي لكل واحد منهما اجرا معلوما فذلك جائز كرجل قال لاخر قد اجرتك هذه الدار بخمسة دراهم او هذه الاخرى بعشرة دراهم او قال هذا الفول بحانوتين او عبدين او مسافتين مختلفتين مثل ان يستاجر بغلا هذه الى ... او الى الكوفة بكذا فذلك كله جائز عند اصحابنا

وكذلك ان خيره بين ثلثة اشيا فان ذكر اربعة لم يجز وعلى هذا انواع الخياطة والصبغ ان ذكر ثلثة جاز ولا يجوز فيما زاد عليها قياسا على البيع وقال الشافعي العقد ان جميعا فاسدان وهو الظاهر من قول زفر ان الاجارة قد شرع فيها في باب الخطر والجهالة في باب العقود اجرا مجرى واحدا فاذا اجاز احدهما جاز الاخر ولهذا المعنى لم يجوزوا البيع في احد عبدين الا بشرط الخيار وجوزوا العقد في احدى المنفعتين من غير شرط الخيار ولان الاجرة عندنا لا تجب بالعقد وانما تجب بالعمل فاذا اخذ في احد العملين صار العمل معلوما عند وجوده [illegible] وعلى الشافعي انه خيره بين عملين معلومين كل واحد منهما بدل معلوم فوجب ان يجوز كما لو قال ان رددته الابق من الكوفة فلك درهم وان رددته من موضع كذا فلك كذا [illegible] ولانه خيره بين منفعتين [illegible] واحد منهما بالعقد فصار كما لو قال ان خطت هذا الثوب فبدرهم وان خطت هذا الاخر فبدرهمين [illegible] ان سرت على هذه الدابة الى موضع كذا فبدرهم وان سرت الى موضع كذا [illegible] ولو دفع ثوبا الى الخياط

[illegible]

في اليوم الثاني وانما جعل العمل في اليوم اجر المثل كما لو شرط بغير عوض فوجب عوضا اخر ولا يجوز ان يقال ان المنفعه لا تتقوم
الا بالشرط وقد شرط ان لا عوض له في اليوم الثاني لانه نفى بهذا العقد موجب العقد الاول ونفيه لا يصح ولانه لو استاجره
بغير عوض فسدت كمن باع بغير عوض ان القيمه واجبه وقال محمد في المضاربه قال ابو حنيفه لو ان رجلا دفع الى خياط
ثوبا يقطعه ويخيطه قميصا على ان يفرغ من يومه هذا او الذي [illegible] ابلا الى مكه على ان يدخله الى عشرين ليله فكل بعير بعشرة
دنانير ولم يزد على هذا فالاجاره جايزه فان وفى بالشرط اخذ الاجر الذي شرط وان لم يوف الشرط فله اجر مثله لا يزاد على
ما شرط وهذا قول ابي يوسف وقولنا وذلك لانه لما ابتدا بذكر العمل والتسيير صار هو المقصود وذكر المده من بعده لتعجيل
العمل فان عجله فقد وفى بالشرط فاستحق المسمى وان لم يعجله فاته الوفا بالشرط فكان له اجر المثل وقال الشيخ ابو يوسف
قال ابو حنيفه اذا استاجر الدابه الى الكوفه اياما مسماه فالاجاره فاسده وكذلك اذا قال استاجرتك اليوم لتخيط هذا
القميص او لتخبز هذا الدقيق وهو قفيز فالعقد فاسد عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد جايز لابي حنيفه
انه لما ابتدا المده صارت مقصوده وقد ذكر العمل وهو مقصود فجمع في العقد بين امرين يجوز ان يكون كل واحد منهما
معقودا عليه وحكمهما مختلف في العقد الا ترى ان العقد على المده يقتضي وجوب الاجره من غير عمل والعقد على العمل يقتضي
وجوب الاجره عند وجود العمل ولانه اذا استاجره عشرة ايام على ان يحمله الى مكه فان حمله في اقل منها فقد نفى بعض
المده المعقود عليها وان حمله في اكثر منها فقد استعمله في مده لم يعقد عليها وهذا يوجب فساد العقد وليس كذلك
الفصل الاول الذي حكاه محمد في الاملا لانه عقد على العمل لانه ابتدا بذكره وذكر المده لشرط التعجيل وجه قولهما ان
العمل هو المقصود وانما ذكر المده لشرط التعجيل فلا يفسد العقد

باب في تسليم الدابه المستاجره

قال ابو الحسن واذا اكترى الرجل دابه حتى يركبها في حوايجه في المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه ان يسلمها
الى صاحبها بان يمضي بها اليه وعلى الذي اجرها ان يقبض من منزل المستاجر لان الدابه في يد المستاجر امانه لمنفعه
المواجر وهي سلامه الاجر له فلم يكن عليه الرد كالوديعه فان امسكها اياما فهلكت في يده لم يضمنها
لانه لم يتعد في امساكها كالمودع واما الوديعه فلا يلزم المودع ردها لانه تبرع بالحفظ فلا يلزمه ان يتبرع بالرد
واما العاريه فعلى المستعير الرد لانه امسكها لمنفعه نفسه وقد تبرع عليه المالك بمنفعتها فكان الرد عليه
وكذلك المغصوب لان الغاصب ازال يد المالك بغير عوض فكان عليه رد اليد على الوجه الذي ازال وان
كان استاجرها من موضع مسمى في المصر ذاهبا وجائيا فان على المستاجر ان ياتي بها ذلك الموضع الذي قبضها فيه
لان انتها الاجاره الى هذا الموضع فلزمه ان يصير اليه ليس لاجل الرد ولكن لاجل المسافه التي تناولها العقد
فان حملها الى منزله فامسكها فعطبت ضمن لانه تعدى في حملها الى غير موضع العقد فان قال المستاجر اركبها
من هنا الموضع الى موضع كذا وارجع الى منزلي فليس على المستاجر ان يردها الى منزل المواجر لان الاجاره انقضت
لما عاد الى منزله وبقيت امانه في يده لم يتبرع المالك بتسليمها كالوديعه

باب ما يستاجر فيحدث فيه ما يوجب الفسخ

قال ابو الحسن واذا استاجر الرجل عبدا يخدمه او دابه يركبها او دارا يسكنها فحدث بذلك عيب ينقص الانتفاع بما
استاجره فالمستاجر بالخيار ان شا مضى على الاجاره وان شا فسخها فان مضى على ذلك فعليه الاجر تاما لا ينقص
له شي وكذلك ان كان الحدث سقوط بيت منها فمضى على الاجاره فعليه جميع الاجر قال والاصل
في ذلك ان العيب اذا حدث بالعين المستاجره فهو على وجهين احدهما ان لا يوثر ذلك في المنافع فلا يثبت الخيار
كالعبد المستاجر اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمه او سقط شعره وكالدار اذا سقط منها حايط
لا ينتفع بمثله في سكناها وذلك لان العقد على المنفعه دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعه
والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار واما اذا كان النقص يوثر في المنافع كالعبد اذا مرض والدابه اذا
دبرت والدار اذا انهدم بعض بنايها فللمستاجر الخيار لان كل جزء من المنفعه كالمعقود عليه عقدا مبتدا فحدوث
العيب به يوجب الخيار ولان المنافع تحصل في قبض المستاجر حالا فحالا فما حدث من عيب بها فهو حادث
قبل القبض فثبت له الخيار كالمبيع اذا عاب قبل القبض واذا ثبت ان للمستاجر الخيار فان استوفى المنفعه
فقد رضي بالمعقود عليه مع العيب فلزمه جميع البدل كالمشتري اذا رضي بالمبيع المعيب فان بنى المواجر
ما سقط من الدار فلا خيار للمستاجر لان العيب زال والخيار اذا ثبت للعيب فلم يفسخ العقد حتى زال العيب
سقط الخيار فان كان المواجر غايبا فحدث له ما يوجب الفسخ فليس للمستاجر ان يفسخ ذلك لان فسخ
العقد لا يجوز الا بحضور المتعاقدين او من قام مقامهما فان سقطت الدار كلها فله ان يخرج كان صاحب الدار
حاضرا او غايبا وهذه المسله تكلم فيها اصحابنا على طريقين منهم من قال ان الاجاره تنفسخ بوقوع الدار وانقطاع
الماء عن الرحا وانقطاع الشرب عن الارض اذ ان لا يمكن ان يزرعها عذرا واستدل من قال بهذه الطريقه بهذه
المسله لانه يجوز له الخروج من الدار مع غيبه المواجر فلو لم تكن انفسخت وقف الفسخ على حضوره والدليل

على ذلك ان منفعه الدار بعد سقوطها قد بطلت الا ترى انه لا يمكن ان ينتفع بها الجنس الاول من الانتفاع
وانما ينتفع بوجه اخر وهو ان يضرب فيها خيمه وتلف المعقود عليه يوجب فسخ العقد ومن اصحابنا من قال
ان ذلك العيب لا يوجب فسخ العقد [illegible]
الفسخ وروى هشام عن محمد فيمن استاجر بيتا وقبضه ثم انهدم [illegible]
[illegible]
الهدم [illegible] وما امتنع من المعقود عليه [illegible] فيفسخ العقد
[illegible]
عليه وان كان استاجرها وهي كذلك ورآها فلا خيار له لانه عقد على معيب مع علمه بالعيب واصلاح بير الماء والبالوعه
والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وان كان امتلا من فعل المستاجر وهذا على ما قدمناه وقال [illegible] في المستاجر
اذا انقضت الاجاره وفي الدار تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لانه حدث بفعله فهو كمتاع وضعه فيها وان كان
امتلا خلاوها ومجاريها من فعله فالقياس ان يلزمه نقله لانه حدث بفعله والاستحسان ان لا يلزمه لان العاده ان ما
كان مغيبا في الارض فنقله على صاحب الدار فحمل ذلك على العاده وان اصلح المستاجر شيا من ذلك لم يحتسب
له بما انفق لانه انفق على ملك غيره بغير اذنه ولا اذن من له ولايه عليه واذا استاجر دارا شهرا فسمى
فلم يسلم الدار اليه حتى مضى بعض المده ثم اراد ان يسلم الدار فيما بقي من المده فله ذلك وليس للمستاجر ان ياب
ذلك ويجبر على قبض الدار وكذلك لو كان المستاجر طلبها من رب الدار فمنعه اياها ثم اراد ان يسلمها
فله ذلك وذلك لما قدمنا ان كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدا وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في
احد العقدين لا يوثر في الاخر وان استاجر دارين فسقطت احداهما او منعه مانع من احديهما او حدث في
احداهما عيب ينقص السكنى فله ان يتركهما جميعا لانه عقد عليهما صفقه واحده فاذا تفرقت الصفقه كان له
الخيار

باب اختلاف المواجر والمستاجر في عقد الاجاره

قال ابو الحسن واذا استاجر رجل دارا او دابه او عبدا ذلك فاختلفا بعد وقوع العقد قبل ان يتصرف المستاجر فيما استاجره
فالاجاره واقعه على الصحه وان اختلفا في الاجر فقال المستاجر بخمسه وقال المواجر بعشره فانهما يتحالفان وتفسخ الاجاره
ومن نكل عن اليمين منهما لزمه دعوى صاحبه ومن اقام منهما بينه قبلت بينته وان اقاما البينه فالبينه بينه المواجر وان
اختلفا في المده او المسافه او فيما وقع عليه العقد فقال المستاجر استاجرت شهرين بعشره وقال المواجر شهرا
واحدا بعشره او قال استاجرت الى الكوفه بعشره وقال الاجر الى القصر بعشره فهو مثل الاول في التحالف والنكول
واقامه البينه فان اقاما جميعا البينه فالبينه بينه المستاجر قال والاصل في ذلك ان الاختلاف اذا وقع في البدل
في الاجاره او في المبدل قبل استيفا المنافع تحالفا وذلك لقوله صلى الله عليه اذا اختلف المتبايعان والسلعه قايمه بعينها
تحالفا وهذا يقتضي ان من باع عينا بمنفعه واختلفا فيها تحالفا ولان الاختلاف وقع في عقد معاوضه ليس فيه معنى
التبرع يلحقه الفسخ فيثبت فيه التحالف كالبيع ولا يقال ان التحالف في البيع استحسان فكيف قستم عليه لانا بينا
ان خبر التحالف اقتضى نوعا من الاجاره واذا ثبت التحالف في ذلك الخبر في نوع ثبت في كل نوع لان احدا لا يفصل بينهما
ولان كل من اثبت التحالف في البيع اثبته في الاجاره وعندنا يقاس على المخصوص اذا اجمعوا على القياس عليه وقد بين
ابو الحسن من يبتدا به في اليمين وقد قال اصحابنا ان الخلاف اذا وقع في الاجره بدي بيمين المستاجر واذا وقع في المنفعه
بدي بيمين المواجر فكانهم ابتدوا بيمين من لا يقضى ببينته مع بينه الاخر ولان اليمين تطلب لغايه النكول فاذا اختلفا في

فنكول المستاجر ادخل في باب الفائدة والابتدا به اولى ۞ واذا اختلفا في المنفعة فنكول المواجر ادخل في باب الفائدة والابتدا به اولى
قال فان نكل احدهما لزمه دعوى الاخر لان النكول بذل وبذل الاجرة والمنافع يجوز من طريق الحكم ۞ فان اقام احدهما بينة قضي بها
لانها بينة قابلها الدعوى فهي مقدمة عليها ۞ فان اقاما البينة والخلاف في الاجرة فبينة المواجر اولى لانها تثبت الزيادة ۞
وان كان الخلاف في المنافع فبينة المستاجر اولى لانها تثبت الزيادة ۞ وان ادعى المواجر فضلا فيما يستحقه من الاجرة
وادعى المستاجر فضلا فيما يستحقه على المواجر فقال المواجر اجرتك الى القصر بعشرة وقال المستاجر الى الكوفة بخمسة
او قال اجرتك الدار شهرا بعشرة وقال المستاجر استاجرت شهرين بخمسة فهما ايضا في التحالف والنكول كما ذكرت
لك في اقامة احدهما البينة ۞ فان اقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل الذي يستحقه بعقد الاجارة فيكون
الى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة وذلك لان في اختلافهما في العوض والمعوض والخلاف في كل واحد منهما يوجب التحالف
فتعيينها اولى ۞ فان اقام احدهما بينة فهي مقدمة على الدعوى وان اقاما بينة فبينة المواجر تثبت زيادة الاجرة وبينة المستاجر
تثبت زيادة المنفعة فتقبل بينة كل واحد منهما في الزيادة التي تضمنت ۞ فان لم تكن بينة وقد سار بعض الطريق او
ركب بعض المسافة كان القول قول المستاجر فيما مضى مع يمينه ويتحالفان وتفسخ الاجارة فيما بقي لان كل جزء من المنفعة
كالمعقود عليه عقدا مبتدا فصار ما بقي من المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالفان فيه ۞ وليس كذلك اذا هلك بعض المبيع على قول
ابي حنيفة لان كل جزء من المبيع غير معقود عليه عقدا مبتدا وانما الجملة مملوكة بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في الهالك
سقط فيما بقي ۞ وان كان اختلافهما بعد مضي مدة الاجارة وبعد بلوغ الغاية التي استاجرها اليها فالقول قول المستاجر
مع يمينه ولا يمين على المواجر وذلك لان التحالف يثبت للفسخ والمنافع التي استوفيت معدومة لا يمكن فسخ العقد
عليها فلم يثبت التحالف الموضوع للفسخ وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف لا يثبت في المبيع
الهالك ۞ فاما محمد فاثبت التحالف في المبيع الهالك ولم يثبت في المنافع المتلفة لان البيع اذا انفسخ بالتحالف بقيت
العين مغصوبة بنفسها في يد المشتري فيقضى عليه بقيمتها واذا انفسخت الاجارة بالتحالف بقيت المنافع مستوفاة
بغير عقد فلا تتقوم فلو اثبتنا التحالف لسقط عوضها فكان الرجوع الى قول المستاجر اولى ۞ وانما يرجع الى قول
المستاجر لانه هو المستحق عليه والخلاف اذا وقع في الاستحقاق فالقول قول المستحق عليه ۞ وان كان الاجر
من نوعين فقال المستاجر استاجرت هذه الدابة الى موضع بعشرة وقال الاخر بدينار فهو في التحالف والنكول واقامة
البينة كما ذكرت لك ۞ فان اقاما البينة فبينة المواجر اولى لان الاجرة تستحق بقول المستاجر وقد تعارضت البينتان
في قوله احدهما له والاخرى عليه فالتي عليه اولى ۞ وان كان اختلافهما بان قال المواجر اجرتك هذه الدابة الى القصر
بدينار وقال المستاجر الى الكوفة بعشرة دراهم واقاما البينة فهي الى الكوفة بدينار وخمسة دراهم لانهما اختلفا في اجرة
الدابة الى القصر فاقام المواجر البينة انها دينار واقام المستاجر البينة انها خمسة دراهم فالبينة بينة المواجر على ما قدمنا
ثم ادعى المستاجر اجارة من القصر الى الكوفة بخمسة لان القصر نصف الطريق فجحد المواجر ذلك فالبينة المثبتة للاجارة
اولى من النافية فلذلك قضينا الى الكوفة بدينار وخمسة دراهم ۞ وقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل استاجر
من رجل دارا سنة فاقام المستاجر البينة انه استاجرها احد عشر شهرا منها بدرهم وشهرا بتسعة دراهم واقام رب
الدار البينة انه اجرها اياه بعشرة فاني اخذ بينة رب الدار وذلك لانه يدعي فضل الاجرة في احد عشر شهرا وقد اقام
على ذلك بينة فتقبل بينته والشهر الباقي قد اقر المستاجر للمواجر فيه بفضل الاجرة مما ادعى فان صدقه على ذلك
والا سقط الفضل بتكذيبه ۞

فصل

ومن نوع الاختلاف بين المستاجر والمواجر ما ذكره ابو الحسن ۞
واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تقطع قباء وقال الخياط امرتني ان اقطع قميصا فالقول قول رب
الثوب عندنا والخياط ضامن فان شاء رب الثوب اخذه واعطاه اجر مثله وقال ابن ابي ليلى القول قول الخياط وقال الشافعي
في اختلاف العراقيين مثل قولنا وفي موضع اخر يتحالفان واذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر لنا ان الاذن
يستفاد من جهة رب الثوب فكان القول قوله في صفة الاذن ولانه لو قال لم اذن في القطع كان القول قوله فكذلك
اذا قال لم اذن في القباء كان القول قوله وجه قول ابن ابي ليلى ان صاحب الثوب اعترف بالاذن في القطع وادعى زيادة
صفة ليسقط بها الاجر فلا يقبل قوله وهذا ليس بصحيح لان صاحب الثوب لم يعترف للخياط بالاجر فلا يجوز ايجاب الضمان عليه
بغير اعترافه ۞ واما الكلام على الشافعي فلان التحالف موضوع للفسخ ولا يمكن الفسخ هاهنا فلا معنى لاثبات التحالف ۞ ولان
صاحب الثوب يدعي على الخياط الغصب والخياط يدعي الاجر وذلك لا يثبت فيه التحالف ۞ وانما قلنا ان لرب الثوب تضمين الخياط
قيمة الثوب لانه لما حلف على دعوى الخياط صار الخياط متصرفا في ثوبه بغير امره ومن قطع ثوبا لغيره وخاطه بغير امره
ضمن قيمته ۞ وانما قلنا ان لصاحب الثوب اخذ القباء لانه اذن في القطع والخياطة وقد فعلها الخياط على غير الوجه المامور
به فقد وجد المعقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا به ۞ وقد كان اصحابنا يقولون ان هذا في
القميص والقباء متقاربة الا ترى انه يمكن الانتفاع بالقباء على الوجه الذي يمكن الانتفاع بالقميص وانما تختلف الاغراض فيهما
فقد وجد المعقود عليه مع العيب وكانوا يقولون انه لو قطع سراويلا لم يجب به الاجر لانه نوع اخر من المنفعة فلم يوجد
المعقود عليه ۞ الا ان الرواية بخلاف هذا وروى هشام عن محمد في رجل دفع الى رجل شبها ليضرب له طستا موصوفا
معروفا فضربها كوزا قال ان شاء ضمنه مثل شبهه وصير الكوز للعامل وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله فيما عمل لا يجاوز
به ما سمى وهذا مخالف لما كانوا يقولونه وان كان ظاهرا ووجه هذا ان العقد وقع على الضرب والصياغة صفة فقد

وقع المعقود عليه وخالف صفته فثبت للمستعمل الخيار وانما وجب في هذه المسالة اجر المثل لان المستعمل لم يرض بدفع المسمى
الا على منفعة موصوفة لم تسلم له بكمالها ۞ وانما لا يجاوز به المسمى لان الصانع رضي به بدلا عن المنفعة المقصودة فلا يجوز
ان يستحق ما دونها الى قيمتها ۞ قال محمد في الاصل في رجل اسلم غزلا الى الحائك ينسجه له ثوبا سبعا في اربع فحاكه
اكبر من ذلك او اصغر فان الرجل بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم الثوب اليه وان شاء اخذ الثوب واعطاه الاجر الا في
النقصان فانه يعطيه من الاجر بحساب ذلك لا يجاوز به ما سمى وكذلك لو شرط عليه صفيقا فحاكه رقيقا او شرط عليه
رقيقا فحاكه صفيقا وهذه المسالة تتخرج على ما قال ابن سماعة عن محمد في نوادره فقال اذا امره بثوب في ثمان فنسجه سبعا في ثمان
فصاحب الثوب بالخيار ان شاء اسلم له الثوب وضمنه مثل غزله وان شاء اخذه واعطاه بحساب ثلثة ارباع الاجر الذي سماه
وذلك لان غرض صاحب الثوب لم يسلم له الا ترى انه ينتفع بالثوب الطويل ما لا ينتفع بالقصير فكان له الخيار فان
اختار الاخذ فقد عمل له ثلثة ارباع المسمى فكان له ثلثة ارباع الاجر كمن استاجر رجلا يضرب له لبنا معدودا فضرب بعضه وفات
وقت الضرب استحق الاجر بحساب ما عمل ويجوز ان يقال في مسالة الثوب له اجر مثله لا يجاوز به ثلثة ارباع ما سمى
ويفرق بينه وبين اللبن لان العمل في الاذرع مع غيرها زيادة فيه لا توجد اذا انفرد وليس كذلك اللبن لانه لا يتعلق بعضه ببعض ۞
فاما اذا اوفاه الذرع وافسد الصفة فحاكه رقيقا وقد امره بالصفيق او حاكه صفيقا وقد امره بالرقيق فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه
مثل غزله وان شاء اخذ الثوب واعطاه الاجر لانه اتى بالمعقود عليه وخالف في صفته فيثبت للعاقد الخيار ۞ واما
اذا اوفى الذرع والصفة وزاد فيه فقد روى هشام عن محمد ان صاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع
وان شاء اخذ الثوب واعطاه المسمى ولا يزيد للذرع الزائد شيئا ۞ وانما يثبت الخيار لان الصفة تغيرت عليه الا ترى انه يحتاج
الى الثوب القصير ولا يحتاج الى الثوب الطويل ولانه اذا ادخل في طوله استكثر من الغزل ۞ فان اخذ فلا اجر له في الزيادة
لانه تطوع بعملها بغير امر صاحب الغزل ۞ وروى ابن سماعة وبشر عن ابي يوسف في رجل امر رجلا ان ينزع له ضرسا
منا كلا باجر معلوم فنزع له ضرسا منا كلا فقال انما امرتك بغير هذا بهذا الاجر وقال المامور امرتني بالذي نزعت
فان ابا حنيفة قال في ذلك القول قول الامر مع يمينه وكذلك لو امره ان يقطع شيئا من جسده او يبط قرحة او يحجم عبدا
له او يختن فقال الامر امرتك بغير هذا وقال المامور امرتني بهذا فالقول قوله مع يمينه لما بينا ان الامر يستفاد من جهة الامر
خاصة فالقول قوله في صفته ۞ وقال في الاصل في رجل دفع ثوبا الى صباغ ليصبغه احمر فصبغه احمر على ما وصف
له بالعصفر ثم اختلفا في الاجر فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين فان قامت لهما بينة اخذت ببينة الصباغ
وان لم تقم لهما بينة فاني انظر الى ما زاد العصفر في قيمة الثوب فان كان درهما او اكثر اعطيته درهما بعد ان يحلف الصباغ
ما صبغه بدانقين وان كان ما زاد في الثوب من العصفر اقل من دانقين اعطيته دانقين بعد ان يحلف صاحب الثوب ما
صبغه الا بدانقين وذلك لان الصباغ اذا حلف ما صبغه بدانقين والعصفر يساوي درهما فهو عين مال حصل في ثوبه
بامره فوجب عليه رده ولا يقدر فغرم قيمته ولا يزاد على درهم لان الصباغ رضي باسقاط الزيادة وان كانت قيمته دانقين
وحلف رب الثوب ما صبغه الا بدانقين سقط دعوى الصباغ ووجب على صاحب الثوب قيمة الصبغ لا ينقص من دانقين
لانه رضي بذلك ۞ ولان الصبغ يجري مجرى السلعة المستهلكة من وجه وهو انه لا يمكن نقله عن الثوب ويجري مجرى
العين القائمة من وجه لانه عين لها قيمة ولو الحقناها بالهالك لكان القول قول صاحب الثوب ولو الحقناها بالسلعة القائمة
لكان القول قول الصباغ فحكمنا بالصبغ فاستحلفناهما جميعا لمكان الشبهين ۞ فان كان يزيد الصبغ في الثوب نصف درهم
اعطيت الصباغ ذلك بعد ان يحلف بالله ما صبغه بدانقين لما بينا ان الدعوى اذا سقطت وجب قيمة الصبغ وكذلك كل
صبغ له قيمة ۞ فان كان الصبغ اسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه وكذلك كل صبغ ينقص الثوب لانه لا
يمكن القضاء للصباغ بدعواه ولا يمكن الرجوع الى قيمة الصبغ لانه لا قيمة له فيرجع الى قول المستحق عليه ۞ وقال
في الاصل اذا دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه احمر صبغا مسمى او شرط ليصبغه بزعفران او بقم او اسود فخالف
فصبغه بغير ما سمى الا انه من ذلك الصبغ فلرب الثوب ان يضمنه قيمة الثوب ابيض ويسلم له الثوب وان شاء
اعطى اجر المثل واخذ الثوب لا يجاوز به ما سمى من الاجر وهذا على ما بينا ۞ فان اختلف الصباغ ورب الثوب فقال
رب الثوب امرتك بالعصفر وقال الصباغ بل بالزعفران فالقول قول رب الثوب في قوله ۞ ولو اعطى صباغا
ثوبا ليصبغه بعصفر بربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز عصفر واقر رب الثوب بذلك فان رب الثوب بالخيار ان شاء
ضمنه قيمة ثوبه وان شاء اخذه واعطاه ما زاد العصفر فيه مع الاجر وهذا على وجهين ان كان صبغه اولا بربع الهاشمي يعني
بربع القفيز ثم صبغه بثلثة ارباع القفيز فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء اخذه واعطاه الاجر
المسمى وما زاد الثلثة الارباع القفيز في الثوب وذلك لانه وفى بالمعقود عليه حين افرده بالربع ثم صبغه بعد ذلك صبغا
منفردا فاذا رضي صاحب الثوب باخذه فقد سلم له الصبغ المعقود عليه فوجب عليه المسمى وما زاد الصبغ الثاني في
الثوب وان شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغا بربع العصفر وعوض له الاجر لان الصبغ في حكم المقبوض من وجه لانه
حصل في ثوبه ولم يكمل القبض فيه لانه لم يصل الى يده فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المقصودة وله ان ياخذه
ويضمن الاجر ۞ وان كان صبغه ابتدا بقفيز فله ما زاد الصبغ ولا اجر له لانه لم يوف العمل على الوجه الماذون فيه
ولان العمل في مسالتنا تابع للصبغ لولا ذلك لم تجز الاجارة واذا كان تابعا وقد ضمن قيمة الصبغ لم يضمن الاجرة للعمل التابع له
وليس هذا كما لو دفع اليه خفا لينعله من عنده ثم اختلفا انه يضمن ما زاد النعل في الخف والاجر لان هناك العمل غير تابع للعمل

لأنه عين مال قائم فلذلك ضمن الأمرين وهذا التفصيل الذي كان أصحابنا يذكرونه وقد ذكره الحاكم عن أبي يوسف في المنتقى
وروى ابن سماعة عن محمد خلافه وقال إذا أمره أن يصبغ ثوبه بلون من عصفر بدرهم فصبغه بلونين دفعة واحدة لم يصبغه
بلون ثم بلون قال رب الثوب بالخيار إن شاء ضمن قيمته أبيض وإن شاء أخذه وغرم له درهما وما زاد العصفر في ثوبه
قال ابن سماعة قلت لمحمد لم لا يعطي المسمى وهو لم يصبغه باللون الأول قال محمد لأن لصاحب الثوب أن يقول إنما غابنت
الصباغ فاستأجرته ليصبغه بلون بدرهم وهو يساوي خمسة فلا أعطيه قيمة ذلك المزيد بل أعطيه بالمسمى وهذا
يقتضي التسوية في الجواب بين أن يصبغه متفرقا أو مجتمعا.

ومن هذا النوع

إذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا قال في الأصل في رجل أسلم غزلا إلى الصانع وأمره أن يزيد في الغزل
رطلا من غزل من عنده فقال قد زدته وقال رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه والصانع مدعي فإن أقام بينة
أخذت ببينته وإن لم تكن له بينة حلف صاحب الغزل على علمه فإن حلف برئ وإن نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل
لأن الصانع يدعي على رب الثوب الضمان فالقول قوله في نفيه ويحلف على علمه لأنها يمين على فعل الغير. ولو
اتفقا أن غزل المستعمل من وقال الصانع قد زدت فيه رطلا فوزن الثوب فوجد منوين فقال رب الثوب
الزيادة من الدقيق فالقول قول الصانع مع يمينه ويجبر الرجل على أن يعطيه عوض الغزل إذا لم يعلم أن الدقيق يزيد
فيه مثل ما في الثوب لأن رب الثوب يدعي خلاف الظاهر ألا ترى أن وزن الدقيق لا يكون مثل وزن الغزل
فإن كان الثوب مستهلكا ولم يعرف المستعمل أن فيه ما قال الصانع من الوزن فالقول قول رب الثوب لأن الصانع
يدعي عليه الضمان ولا ظاهر يشهد له فلا يقبل قوله. قال هشام عن محمد في رجل دفع إلى صائغ عشرة دراهم فصاغها
وجاء به محشوا ثم قال الصائغ قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب لم تزد شيئا قال محمد يتحالفان ثم الصائغ بالخيار
إن شاء دفع إليه القلب وأخذ منه أجره خمسة دوانق وإن شاء دفع عشرة دراهم فضة وأخذ القلب. أما التحالف فليس
هو الموضوع للفسخ ولكن الصائغ يدعي على صاحب القلب القرض وهو يجحد فيستحلف وصاحب القلب يدعي على الصائغ
استحقاق القلب بغير شيء وهو يجحد فيستحلف وإذا سقط دعوى الصائغ في القلب حكمنا بأن الوزن عشرة وإنما
بذل له درهما لصياغته اثني عشر فيلزمه للعشرة خمسة دوانق. وللصائغ أن يحبس القلب ويعطيه مثل فضته لأنه
لم يرض أن يستحق عليه بغير عوض المقرض وهو في يده فلا يستحق بغير رضاه. وقال ابن سماعة عن محمد في رجل
دفع إلى النداف ثوبا يندف عليه قطنا وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ثم إن صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب
عشرين أستارا من قطن فقال صاحب الثوب دفعت إليك خمسة عشر أستارا من قطن أو أمرتك أن تزيد عليه عشرة أساتير
وسقص إن رأيت فلم تزد إلا خمسة أساتير وقال النداف دفعت إلي عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة وقد زدتها فالقول قول
النداف وعلى صاحب الثوب أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطن كما ادعى عن ذلك لأن صاحب الثوب لا يدعي على النداف
مخالفة ما أمره به إلا أنه يدعي أنه دفع خمسة عشر أستارا فالقول قول النداف في مقدار ما قبض فتبقى العشرة
زيادة فيضمنها صاحب الثوب. ولو كان قال صاحب الثوب قد دفعت إليك خمسة عشر أستارا وأمرتك أن تزيد
عليه خمسة عشر وقال النداف دفعت إلي عشرة وأمرتني أن أزيد عليه عشرة وزدت عليه عشرة فصاحب الثوب في هذا
بالخيار إن شاء صدقه ودفع إليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه وإن شاء أخذ فيه ثوبه ومثل عشرة أساتير قطن وكان الثوب
للنداف لأن النداف يزعم أنه فعل ما أمره وصاحب الثوب يدعي عليه الخلاف فالقول قوله فيما أمره به والقول قول
النداف في مقدار ما قبض. قال بشر عن أبي يوسف في رجل أعطى رجلا ثوبا ليقطعه قباء محشوا ودفع إليه البطانة
والقطن فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والأجر وأن الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير أن رب
الثوب قال البطانة ليست بطانتي فإن القول في ذلك قول الخياط مع يمينه البتة أن هذا بطانته ويلزم رب الثوب
ويسع أن يأخذ رب الثوب البطانة ويلبسها لأن البطانة أمانة في يد الخياط فالقول قوله فيها فإن كانت بطانة
صاحب الثوب حل لبسها وإن كانت غيرها فقد رضي الخياط بدفعها إليه بدل بطانته فحل له لبسها. وروى بشر وابن سماعة
عن أبي يوسف فيمن أعطى حمالا متاعا يحمله من موضع إلى موضع بأجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هو
متاعي وقال الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يكون على الآمر أجر إلا أن يصدقه ويأخذه
وذلك لأن المتاع في يد الحمال أمانة فالقول قوله فيه ولا يلزم صاحب المتاع الأجر لأنه لم يعترف بأنه استوفى المنافع
فإن صدقه فقد رجع عن قوله ووجب عليه الأجرة. قال والنوع الواحد والنوعان سواء في هذا إلا أنه في النوع
الواحد أحسن وأقبح لو حمل طعاما أو زيتا فقال الأجير هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامي أجود من هذا
فإن هذا أفحش أن يكون القول قول رب الطعام ويبطل الأجر وحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الأجر إن
كان حمله. فأما إذا كان نوعان مختلفان فلا أجر للحمال حتى يصدقه فيأخذه وإنما قال إنه يقبح في الجنس الواحد لأن
صاحب الطعام يجوز أن يأخذ العين عوضا عن طعامه لأن الحمال قد بذل ذلك فإذا حصل له العوض سلمت له المنفعة
فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر إلا بالتراضي والبيع فما لم يصدقه لم يستحق عليه الأجرة.
وقال هشام عن محمد في رجل أمر إنسانا أن ينقش في فصه اسمه فغلط فنقش اسم غيره فإنه يضمن الخاتم
وذلك لأنه فوت غرضه من الخاتم وهو الختم به فصار كالمستهلك له. وإذا أمر رجلا أن يحمّر له ثوبا فخضّره فإن
قال أعطيه ما زاد الخضرة فيه لأنه استأجره على الحمرة فإذا عمل الخضرة فهو عمل لم يستأجره عليه فلا يستحق الأجر ولكن
يستحق فيه الصبغ الذي زاد فيه.

باب الإجارة الفاسدة

قال أبو الحسن إذا كان ما وقع عليه عقد الإجارة مجهولا في نفسه أو في أجره أو في مدة الإجارة أو في العمل المستأجر عليه
فالإجارة فاسدة. وكل جهالة تدخل في البيع فتفسده من الجهالة فكذلك هي في الإجارة والأصل في هذا قول النبي عليه السلام
من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فشرط في الأجرة أن تكون معلومة وشرط في البيع أن يكون معلوما فدل على أنهما يجريان في نفي
الجهالة مجرى واحدا. ولأن الإجارة معاوضة لا تصح إلا بتسمية العوض كالبيع. ولا تجوز إجارة المشاع فيما يقسم وفيما
لا يقسم عند أبي حنيفة وزفر إلا أن يكون المستأجر شريكا في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه في صفقة
واحدة في قول أبي حنيفة. قال والجملة في هذا أن إجارة المشاع من غير الشريك باطلة عند أبي حنيفة وزفر
وقال أبو يوسف ومحمد جائزة وبه قال الشافعي. وجه قول أبي حنيفة أن المنافع المستأجرة لا يمكن استيفاؤها إلا
بالمهايأة والمهايأة ليست من حقوق الإجارة لأنها عقد بنفسه ومتى لم يتمكن من استيفاء المعقود عليه إلا بمعنى لا يقتضيه
العقد لم تجز إجارته كمن استأجر عبدا آبقا وليس كذلك إذا أجر من شريكه لأنه يقدر على استيفاء المنافع من غير
مهايأة فجاز العقد معه وإن لم يجز مع غيره كما تجوز إجارة المغصوب من الغاصب وإن لم يجز من غيره. ولأن ما أجره
غير متميز عما لم يؤاجره فأشبه إذا أجر أحد عبدين. ولأنه لا يتوصل إلى الانتفاع بما أجره إلا بالانتفاع بما لم يؤاجره
فصار كمن أجر عبدا من عبدين. وجه قولهما أن ما جاز من الشريك جاز من غيره كالبيع. وكان أبو طاهر الدباس
يقول إن الإجارة في المشاع إنما لا تجوز إذا أجر الرجل بعض ملكه لأنه يهايئ المستأجر فتكون الدار في يد المستأجر مدة
وفي يد الآجر مدة ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الأجرة مع كون الشيء في يده. فأما إذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد
جائز لأن المستأجر يهايئ غير المؤاجر وليس يمتنع أن تكون الدار في يد غير المستأجر وأجرتها عليه كما لو أعارها
أو أجرها إلا أن أبا الحسن روى في جامعه نصا عن أبي حنيفة أن إجارة المشاع في الوجهين لا تجوز. وإنما استوى
الإجارة عند أبي حنيفة فيما يقسم وما لا يقسم لأن المانع من إجارة المشاع أنه لا يقدر على استيفاء المنافع إلا بالمهايأة وهذا
المعنى موجود في الوجهين جميعا. وعلى هذا قالوا لا يجوز رهن المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لأن المانع من العقد أن قبض
المرتهن لا يصح مستحقا في الثاني بمعنى قارن العقد وهذا المعنى موجود في الوجهين. وقالوا في الهبة لا تجوز
في المشاع الذي يقسم وتجوز فيما لا يقسم لأن المانع من هبة ما يقسم أن الهبة لو صحت طالب الموهوب له الواهب
فيها بالقسمة وألزمه ضمان الأجرة والهبة لا يجوز أن تؤدي إلى إيجاب الضمان على الواهب للموهوب له فيما
وهب وهذا المعنى لا يوجد فيما لا يقسم. وأما إجارة المشاع من الشريك فقد روى زفر عن أبي حنيفة
أنها لا تجوز لأن ما لا يجوز مع غير الشريك لا يجوز مع الشريك كالرهن والهبة. والمشهور أنها جائزة لما
بينا أن الشريك يستوفي المنافع من غير مهايأة. وأما الرهن فلا يجوز من الشريك لأن الشريك يمسك
العين يوما رهنا ويوما غير رهن فيصير قبضه مستحقا كالأجنبي. وعلى هذا قالوا في الهبة من الشريك
لا تجوز لأن المانع من الهبة للأجنبي أن قبضه حصل في مشاع يحتمل القسمة وهذا المعنى موجود في قبض الشريك
فلم يجز. وإذا أجر الرجلان دارا من رجل ثم مات أحد المؤاجرين بطلت الإجارة في نصيبه والإجارة في نصيب
الحي صحيحة على حالها وكذلك إذا استأجر رجلان من رجل ثم مات أحدهما وإنما جوزوا إجارة الاثنين من الواحد
لأن المنافع تدخل في ملكه جملة فيستوفيها من غير مهايأة ولذلك يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة
الاثنين من الواحد. وأما إجارة الواحد من الاثنين فتجوز أيضا لأن المنافع تخرج من ملك المؤاجر جملة ثم المهايأة
تثبت إذا قسمت المنافع من ملك المستأجرين ولا تصير ذلك من شرط العقد وإنما هو من حقوق ملكهم ولذلك
جوزنا رهن الواحد من الاثنين لأن الرهن يثبته وجميعه وثيقة لكل واحد منهما ولهذا إذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن
له أخذ بعض الرهن. وأما هبة الواحد من اثنين فلا تجوز في قول أبي حنيفة لأن المانع الإشاعة المؤثرة في القبض فإذا وهب
الواحد من اثنين فقد وجدت الإشاعة في القبض وهو المعنى الذي يقع به الملك فإذا قارنه ما يؤثر فيه منع من وقوع
الملك به كالشروط الفاسدة إذا قارنت البيع. وأما بطلان العقد بموت من وقع العقد له فهو قول أصحابنا
وقال الشافعي لا ينتقض لنا أنه عقد يقصد به المنفعة حال الحياة فوجب أن ينقطع بالموت كالعواري والوكالة.
وإذا ثبت أن الإجارة بطلت في نصيب الميت منهما لم تبطل في نصيب الآخر في الرواية المشهورة لأن المهايأة إذا وجبت لم
تستند إلى العقد وإنما تستند إلى الحالة التي انقسمت المنافع فيها والمانع من العقد كون المهايأة مشروطة فيه
ولأن ما منع منه الإشاعة إذا حصلت الإشاعة في حال البقاء لم يمنع البقاء كمن وهب دارا ثم رجع في بعضها وعلى
هذا قالوا في الرهن في الرواية المشهورة إن الإشاعة لا تؤثر في حال البقاء وروي عنهم أن الإشاعة في حال البقاء تبطل الإجارة
لأن المستأجر لا يتوصل إلى استيفاء المنفعة إلا بالمهايأة التي ليست من حقوق الإجارة. قال في الأصل قال أبو حنيفة
إذا استأجر نصيبا من دار غير مسمى فإنه لا يجوز. وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا علم النصيب بعد ذلك. وقد جرى
في أول الشفعة فيمن باع نصيبا من داره ولم يسمه لم يجز البيع عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز. أما أبو حنيفة
فبنى مسألة الإجارة على مسألة البيع وقال لأن المبيع مجهول والمؤاجر مجهول وجهالة المعقود عليه تمنع من صحة
العقد وبناه على أصل آخر وهو أن إجارة النصيب المعلوم عنده لا يجوز فالمجهول أولى. فأما أبو يوسف فالإشاعة
عنده لا تمنع وهذه الجهالة لا تمنع البيع على أصله فلا تمنع الإجارة. فأما محمد يفرق بين الإجارة والبيع لأن الأجرة

لا تجب بالعقد وانما تجب باستيفاء المنافع فاذا عرف مقدار النصيب واستوفى منفعته فالمعقود عليه معلوم عند
وجوب البدل وليس كذلك البيع لان البدل يجب بعقده فاذا كان المعوض مجهولا عند العقد لا يجوز ⊙ ولا يجوز ان
يستاجر عند ابي حنيفة من عقار مائة ذراع ولا من ارض جريبا او جريبين اذا كان اكثر من ذلك وعندهما يجوز وهذا
فرع على اختلافهم فعند ابي حنيفة لا يجوز بيع ذراع من دار لانه عبارة عن بقعة معينة وليس بعضه اولى من بعضه وبقاع
الدار مختلفة. ولان هذا اجارة مشاع فلا يصح واما على قولهما فالبيع جائز لان الذرع عندهما كالسهم فلذلك
يجوز اجارة الذراع عندهما كما يجوز اجارة السهم ⊙ ولا يجوز اجارة ما بير ولا قناة ولا عين فان استاجر البير او القناة
او العين مع الما لا يجوز ايضا لان استيجار الماء عقد على عين والاعيان لا تستحق بعقد الاجارة الا تابعة للعمل ⊙
واما اذا استاجر النهر لم يجز ايضا لانها بقعة لا يمكن سكناها كالهواء. ولان المقصود منه العين فبينا ان الاعيان
لا تستحق بالاجارة بانفسها ⊙ ولا يجوز اجارة المراعي لان الحشيش عين والاعيان لا تستحق بالاجارة. ولانه على
اصل الاباحة فليس المواجر اولى به من المستاجر ⊙ ولا يجوز اجارة الاجام التي فيها الما فان استاجرها مع الما فهو
افسد واخبث وهذا على ما بينا ان الما لا يستحق بالاجارة لانه عين. ولانه على اصل الاباحة ⊙ والبقعة التي فيها الما
لا يجوز استيجارها لانه لا يمكن سكناها ⊙ ولا يجوز اجارة القصب ولا صيد الاجام لان هذه اعيان فلا تستحق بالاجارة.
ولان الصيد والقصب على اصل الاباحة فلا يكون المواجر بالعقد عليه اولى من المستاجر ⊙ ولو استاجر نهرا ليسيل فيه
الما الى ارض له يسقيها لم تجز الاجارة الا ترى انه لو استاجر ميزابا ليسيل فيه ما المطر على سطح المواجر كان هذا
فاسدا. وذكر هشام عن محمد فيمن استاجر موضع ارض معلوم موقت ليسيل فيه ماءه قال هو جايز ووجه الرواية
المشهورة ان العقد يقع على مجهول لان مقدار ما يسيل الما يقل ويكثر وبعضه اضر على النهر في السيل من بعض
فلم تجز الاجارة ووجه رواية محمد ان المانع من استيجار المسيل جهالة البقعة الا ترى انه لا يدرى اين يسيل من
سطحه فيجوز ان ياخذ مكانا يسيرا ويجوز ان ياخذ مكانا كثيرا فاذا عين الموضع زالت الجهالة فجاز العقد ⊙ ولو
استاجر ميزابا ركبه في داره كل شهر بشي مسمى كان جايزا لان الميزاب لا تختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه ولا
بقلته فجازت اجارته ⊙ ولو استاجره وهو في الحايط ليسيل فيه الما لم يجز وهذا كله رواية عن ابي يوسف
لان الحايط يضر به قلة الما وكثرته ⊙ وقال في الاصل اذا استاجر نهرا يابسا ليجري فيه الما الى ارضه
او رحاه انه لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وهذا على ما قدمناه ⊙ وكذلك لو استاجر بالوعة ليصب
فيها وضوءا وذلك لان مقدار ما يصب فيها من الوضوء مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته ⊙ ولو استاجر بكرة
ودلوا ليسقي غنمه لم يجز وان استاجره كل شهر جاز لان مقدار ما يسقي الغنم مدته مجهول فلا يجوز العقد عليها
فاذا سمى شهرا فالعقد يقع على مدة معلومة فيجوز ⊙ قال ابو الحسن وكذلك اذا استاجر شربا من نهر او مسيل
ما في ارض وقد بينا ذلك ⊙ ولو استاجر حايطا ليضع عليه جذوعا او يبني عليه سترة او يضع فيه ميزابا او استاجر
من الحايط موضع كوة ليدخل عليه الضوء او موضعا من الحايط ليوتد فيه وتدا لم يجز والاصل في ذلك ان كل بقعة لا
يمكن الانتفاع بها للسكنى لا يجوز استيجارها كالهواء وقال الشافعي يجوز ان يستاجر الحايط ليضع عليه الخشب
لنا انها بقعة لا تصلح للسكنى فلا يجوز اجارتها كما لو استاجر كوة يدخل فيها الضوء. ولان الخشب يختلف بما يحمل عليه
من الثقل وكذلك السترة وذلك يضر بالحايط فصار مجهولا فلم يجز ⊙ قالوا ولو استاجر نخلا او شجرا ليبسط
عليها ثيابه لم يجز لانها بقعة لا يمكن سكناها فلم تجز اجارتها ⊙ ولو اشترى ثمرة نخل او شجر او اطراف رطبة ثم
استاجر النخل او الشجر ليبقي ذلك عليه او استاجر الارض لذلك فان ذلك لا يجوز وكذلك كل ما استاجر له الارض
مما ينفصل بينه وبين الارض مما لا يقع عليه عقد الاجارة ولا ملك له على الفاصل لم يجز فان كان ما بينه وبين الارض
للمستاجر فهو جايز. وذلك لانه اشترى الثمرة واستاجر الشجرة لتبقية الثمر فقد استاجر بقعة لا يمكن سكناها
وكذلك لو استاجر الارض لم يجز لان النخل لا تصير مستاجرة والنخل لا يجوز دخولها في الاجارة وكذلك لو اشترى
اطراف الرطبة واستاجر الارض لان اصل الرطبة ليس على ملكه فقد حال بين ملكه وبين الارض ملك المواجر
واستيجار بقعة مشغولة بمال المواجر لا يجوز ⊙ ولو اشترى نخلة فيها تمر على ان يقلعها ثم استاجر الارض
ليبقيها جاز لان الارض مشغولة بمال المستاجر وذلك لا يمنع الاجارة كما لو استاجر ما هو في يده ⊙ قال محمد
وان استعار الارض في ذلك كله فهو جايز لان العارية اباحة للمنافع وليس بعقد يتعلق به الاستحقاق فاذا
اباح المالك الذي يملك الانتفاع به جاز ⊙ قال ابو الحسن اذا استاجر ارضا فيها رطبة سنة فان
ابا حنيفة وابا يوسف قالا الاجارة فاسدة فان قلع رب الارض الرطبة ثم قال للمستاجر اقبض الارض بيضا
فان هذا جايز في قول ابي يوسف وهو قياس قول ابي حنيفة وذلك لانه استاجر ما لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو
قلع الرطبة فصار كمن اشترى جذعا في سقف فان قلع الرطبة فقد زال المعنى المانع من صحة العقد فجاز العقد
كما لو قلع الجذع وسلمه ⊙ فان اختصما قبل ذلك فابطل الحاكم الاجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح لان العقد
كان مراعى فاذا زال المعنى المفسد مع بقاء المراعاة صح فان ابطله الحاكم زالت المراعاة وانفسخ العقد فلا يصح بعد
ذلك الا باستيناف ⊙ فان مضى من مدة الاجارة يوم او يومان قبل ان يختصما ثم قلع الرطبة بعد ذلك فالمستاجر
بالخيار ان شاء قبضها على تلك الاجارة فيطرح عنه اجر ما لم يقبض وان شاء ترك وذلك لان العقد على الارض مدة

يتفق بعضها على بعض الا ترى ان الزراعة يمكن في وقت ولا يمكن في وقت وتختلف بالتقديم والتاخير فاذا رضي بمدة
سماها ثم مضى بعضها تغير عليه صفة العقد فكان له الخيار ⊙ وليس كذلك الدار اذا لم يسلمها بعض المدة لان
السكنى فيها لا يتفق في بعض الايام على بعض ولا يختلف فلذلك لم يكن له خيار ⊙ ولو استاجر طريقا في دار ليمر
فيها وقتا معلوما لم يجز في قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ذلك جايز وذلك مبني على اختلافهم في اجارة
المشاع لان البقعة المستاجرة غير متميزة من بقية الدار ⊙ وقال في الاصل اذا استاجر علو منزل ليبني عليه فان
هذا لا يجوز في قياس قول ابي حنيفة ويجوز في قياس قول ابي يوسف ومحمد وجه قول ابي حنيفة ان العلو يختلف
البنا عليه لانه اذا قل لم يضر واذا كثر استضر فصار المعقود عليه مجهولا وليس كذلك اذا استاجر ارضا يبني عليها
لانها لا تختلف بقلة البنا وكثرته ووجه قولهما ان البنا يصير معلوما بالعادة ⊙ ولو استاجر ظهر بيت ليبيت
عليه شهرا او ليضع متاعه عليه جاز لان هذه بقعة يمكن سكناها فجاز اجارتها كالبيت ⊙ وقد ذكر في بعض نسخ الاصل
اذا استاجر سطحا ليبيت عليه لم يجز والصحيح انه لم يجز عليه وهو كذلك في بعض النسخ ⊙ قالوا ولا يجوز عندهم اخذ
الاجر على البيع والشرا لانه لا يقدر على ايقاعه بنفسه حتى ينضم اليه فعل غيره ومن استوجر ليعمل عملا لا يقدر ان
يعمله بنفسه لم تصح الاجارة كمن استاجر رجلا ليحمل له خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها ⊙ واما اذا استاجره
شهرا ليبيع له ويشتري جاز لان العقد يقع على المدة دون العمل والمدة معلومة ⊙ وان استاجره ليبيع له
ويشتري فباع واشترى فله اجر مثله لانه استوفى منفعته بعقد فاسد ⊙ واذا استاجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها او
استاجر عبدا او ثوبا ولم يسم ما استاجره له فان اختصما في ذلك حين وقعت الاجارة فسخت العقد وان مضى الوقت فعليه
الاجر المسمى استحسانا لان العقد وقع على منفعة مجهولة الا ترى ان الدابة تختلف منافعها باختلاف المحمول عليها
وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ⊙ فان اختلفا فسد العقد لانه ليس ما يلتمسه احدهما باولى مما يطلبه
الاخر ⊙ فان حمل عليها فالقياس ان يجب اجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد وفي الاستحسان يجب المسمى
لانه لما حمل عليها تعينت المنفعة فكانها تعينت بالعقد ⊙ ولا يجوز اجارة الدراهم ولا الدنانير ولا تبرهما وكذلك
تبر الحديد والنحاس وكذلك لو استاجر حنطة ليعاير بها مكيالا او استاجر دينارا ليعاير به ارطالا او امنانا اما
اجارة ذلك مطلقا لا يجوز لان الاجارة تقع على المنفعة المقصودة من المكيلات والموزونات والمنفعة المقصودة من
المكيلات والموزونات استهلاك اعيانها والاجارة لا تقع على الاعيان ⊙ واذا استاجرها ليعاير بها ميزانا او مكيالا فقال
محمد في الاصل يجوز وقال ابو الحسن لا يجوز وهو قول المخالف لنا ان هذه منفعة معلومة يحل استيفاؤها من العين
مع بقائها فجاز العقد عليها كساير المنافع. ولانها عين يباح الانتفاع بها فاذا استاجرها ليزين بها جاز كالحجر ⊙ قال رضي الله عنه
وكان شيخنا ابو عبد الله يقول ما ذكره محمد في الكتاب محمول على انه استاجرها ليعاير بها مكيالا معينا وما ذكره ابو الحسن
محمول على انه استاجرها ليعاير بها مكيالا غير معين ووجه ما ذكره ابو الحسن ان هذه منفعة غير مقصودة من
العين فاذا لم يجز استيجار العين للمنفعة المقصودة منها فما ليس بمقصود اولى ⊙ قال هشام سالت محمدا
عن الاطلا بالنورة اذا قال اطليني بدانق ولا يعلم ما يطليه في غلظ ذلك وثخانته قال هو جايز وذلك لان مقدار النورة
معلوم بالعادة ولان الناس يتعاقدون على ذلك مع الجهالة في ساير الاعصار من غير نكير ⊙ قال
وقد ذكرنا ما ذكره ابو الحسن في الباب وما يتعلق به ونحن نلحق به مسايل من الباب مشهورة ⊙
قال محمد في الاصل اذا استاجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة بربع من دقيقها او يعصر له قفيزا من سمسم بجز من دهنه
لم يجز وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن قفيز الطحان وفي حديث رافع لا يستاجرها بشي منها ⊙ ولان
جواز هذا العقد يودي الى فساده لانه يصير شريكا باول جز من العمل فيعمل بعد ذلك فيما هو شريك فيه فلا يصح
استحقاق الاجر بعمله ⊙ ولا يجوز الاستيجار على تعليم القران ولا تعليم الصنايع لما روي عن عبد الرحمن بن شبل الانصاري
ان النبي عليه السلام قال اقروا القران ولا تغلوا فيه ولا تاكلوا به وروي ان ابي بن كعب اقرا رجلا فاعطاه قوسا
فسال النبي عليه السلام عن ذلك فقال اتحب ان يقوسك الله بقوس من نار فقال لا قال فرده. ولان العقد تناول عملا لا
يقدر على ايقاعه بنفسه فلم يجز كما لو استاجره على حمل شي لا يقدر على حمله. وقالوا فيمن استاجر عبدا واشترط
على المستاجر طعامه لم يجز وكذلك لو استاجر دابة وشرط على المستاجر علفها لان مقدار ذلك مجهول والبدل
المجهول لا يجوز العقد به ⊙ وقال محمد في الاصل اذا دفع اليه ارضا ليغرسها على ان الارض بينهما فالعقد
باطل فان غرسها فالغرس لصاحب الارض وعليه قيمة الغرس واجر مثل الغارس لانه باع نصف الارض بنصف
الغرس واستاجره على العمل فيه فصار البيع مشروطا في الاجارة والاجارة مشروطة في البيع ⊙ وانما كان الغرس لصاحب
الارض لانه عقد عليه عقدا فاسدا وقبضه بحصوله في ارضه متصلا بملكه ⊙ وقالوا في الاجارة على الاذان والاقامة
انها لا تجوز لقوله صلى الله عليه لعثمان بن ابي العاص واتخذ موذنا لا ياخذ على الاذان اجرا. ولان هذا من شرطه ان يكون قربة
لفاعله فلا يجوز اخذ الاجرة عليه كالصلاة والصيام ⊙ قال واذا استاجر من يحج عنه لم يجز لان الاجير اذا حضر
الوقفة والعدو فما يفعله فرض عليه فلا يجوز ان ياخذ اجرته من غيره. وقد روي عنه صلى الله عليه انه قال مثل من يغزو
من امتي وياخذ الاجر كام موسى ترضع ولدها وتاخذ عليه اجرا ⊙ وقال في الاصل لو اجر الوصي نفسه لليتيم لم يجز
وهذا ظاهر على اصل ابي يوسف ومحمد لان من اصلهما ان عقد الوصي مع نفسه في حق الصغير لا يجوز فاما على قول

ابي حنيفة فيجوز اذا باع منه او اشترى ما فيه الحظ للصغير ولانه يقول اذا آجر نفسه من الصغير فقد جعل المنافع التي ليست
بمال مالا فلم يكن فيه لك حظ للصغير فلم يجز. واما اذا استاجر الصغير لنفسه فينبغي ان يجوز على قول ابي حنيفة اذا كان
باجرة لا يتغابن في مثلها لانه يملك العقد بحقه بنفسه وان لم يكن له فيه نفع كما لو اشترى من ماله بمثل القيمة او باعه فكذلك
الاجارة. وقال في الاصل في الصبي اذا آجر نفسه لم يجز لان الاجارة طريقها طريق الاموال والصبي محجور في امواله. فان
عمل فالقياس ان لا يجب له الاجر لان المستأجر كان ضامنا له والاجر والضمان لا يجتمعان الا انهم استحسنوا وقالوا له الاجر
لانه لما سلم من الضمان كانه لم يكن والصبي مأذون في اجتلاب المنافع لنفسه كما لو قبل الهبة. وقال ابن سماعة عن ابي يوسف
فيمن استأجر حانوتا بنصف ما يربح فيه فان الاجارة فاسدة لانه بدل مجهول. وروى بشر عن ابي يوسف في رجل دفع الى
رجل دابة ليعمل بالنصف قال ان تقبل الطعام ثم عمل عليها فالاجر كله للمتقبل وعليه اجر مثلها لانه لا اسمي الاجرة
بعقده واستوفى منفعة الدابة بعقد فاسد. وان تقبل ليحمل عليها فالاجر لصاحب الدابة وله اجر مثله وكذلك
قال محمد وذلك لانه آجر دابة بامره ووفاه منافعه بعقد فاسد فكان له الاجر. قال الفضل بن غانم سمعت ابا يوسف
قال لا باس بان يستأجر القاضي رجلا مشاهرة على ان يضرب الحدود بين يديه وان كان بغير مشاهرة فالاجارة فاسدة
وذلك لانه اذا استأجر مشاهرة فالعقد يقع على المدة عمل او لم يعمل والمدة معلومة وان استأجره على الضرب فذلك
مجهول فلا يجوز. ولان اقامة الحدود فرض. قال محمد في السير الكبير واذا استأجر الامام رجلا ليقتل المرتدين والاسرى
لم يجز عند اصحابنا وان استأجره ليقطع اليد جاز ولا فرق بينهما عندي والاجارة فيهما جائزة وانما عني باصحابه ابا حنيفة
وابا يوسف. وجه قولهما ان القتل يقع بالضرب فيه مع التجافي عن المضروب وفيه مباح ومحظور الا ترى انه اذا ضربه
من غير تعذيب ولا عدول عن العنق كان مباحا وان عذبه كان محظورا وذلك لا يمكن تمييزه من غيره فلم يجز العقد وليس
كذلك ما دون النفس لان القطع يكون بامرار السكين وذلك عمل معلوم وكذلك ذبح الشاة يقع بامرار السكين ولا يلزم
تشقيق الحطب لانه ذلك وان وقع على التجافي فجميعه مباح وربما قال اصحابنا ان القتل اخراج الروح وذلك من غير
فعله فلا يصح الاستيجار عليه ولا يلزم الاستيجار على الذبح لان ذلك على قطع الحلقوم والعروق لا على خروج الروح
وجه قول محمد ان القتل ضرب العنق وذلك عمل معلوم كذبح الشاة وقطع اليد. وقال ابن رستم عن محمد في رجل
قال لرجل اقتل هذا الذئب او هذا الاسد او هذا الخنزير ولك درهم او بدرهم فقتله قال له اجر مثله ولا اجاوز به درهما
والاسد والذئب للمستأجر وذلك لان قتل الاسد والذئب يقع وليس هو بيده فالعمل مجهول لاجل المعالجة
والاستيجار على المجهول لا يصح واذا وفاه المنفعة وجب له اجر المثل. وانما كان الصيد للمستأجر لان قتل الصيد
سبب لتملكه وعمل الاجير يقع للمستأجر فكانه هو الذي فعل. وقال عمرو عن محمد فيمن استأجر حمالا يحمل له خمرا
فله الاجر في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا اجر له. وجه قول ابي حنيفة ان العقد لا يتعين لحمل الخمر
الا ترى انه لو امره بحمل مثلها خلا لجاز واذا لم يتعين العقد في حمل الخمر صار كانه استأجره على حمل ارطال مسماة مطلقة
ولان حمل الخمر جائز لاراقتها ومن استؤجر على حمل عين يجوز حملها جازت الاجارة كالاستيجار على حمل جلد الميتة.
وجه قولهما ان حمل الخمر معصية بدلالة انه صلى الله عليه لعن حاملها والمحمول اليه والاستيجار على المعاصي لا يجوز.
قال محمد ابتلينا بمسألة ميت مات من المشركين فاستأجروا له من يحمله الى موضع يدفنه فيه غير الموضع الذي مات فيه
قال ابو يوسف لا اجر له. وقلت انا ان كان الحمال الذي حمله يعلم انه جيفة فلا اجر له وان لم يعلم فله الاجر وهذا انما يعني
به اذا استأجره ان ينقله من بلد الى بلد فاما اذا استأجره ان ينقله الى مقبرة في البلد جاز لان ذلك دفع لاذيته
عنهم فاما من بلد الى بلد فوجه قول ابي يوسف ان الجيفة انما يجوز نقلها لدفع الاذية فصار كنقل الميتة من بلد الى بلد.
وجه قول محمد ان الاجير اذا علم انها جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم فقد غرره بالتسمية
والغرور يوجب الضمان. قال وسألت محمدا عن استئجار القوم للعب واللهو قال لا اجر لهم وهذا كالمغني والنائحة
لان ما يفعلونه معصية والاستيجار على المعاصي لا يجوز. قال ابن رستم عن محمد لا باس باجرة الكناس ارايت لو استأجره
ليخرج حمارا ميتا اما يجوز ذلك. لان نقل هذه النجاسة انما يحتاج اليها لدفع اذيتها فلو لم يجز الاستيجار عليها اضر ذلك
بالناس. وقال ابو حنيفة اكره ان يستأجر الرجل امراة حرة ليستخدمها ويخلو بها وكذلك الامة وهو قول
ابي يوسف ومحمد لان الخلوة بالاجنبية منهي عنها والاستخدام لا يؤمن معه الاطلاع عليها. واذا استاجر الرجل
امراته لتخدمه كل شهر باجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت تلزم المراة فيما بينها وبين الله تعالى بدلالة ان النبي صلى الله عليه
جعل على فاطمة رضي الله عنها ما كان من خدمة البيت وعلى علي رضي الله عنه ما كان من دون الباب. فاذا كان ذلك يلزمها لا يجوز
اخذ الاجرة عليها ولا يقال لو لزمها لاجبرت عليه لانه يلزمها فيما بينها وبين الله تعالى كالعبادات. ولان خدمة
البيت نفع لها وللزوج فكانه استأجرها على شيء مشترك. ولو استأجرت امراة زوجها ليخدمها باجر مسمى
فهو جائز وكذلك لو استأجرته يرعى غنمها لان خدمة البيت لا يلزم الزوج فقد استأجرته على ما لا يجب عليه. ولو
استأجر الرجل ابنه البالغ ليخدمه في بيته فليس عليه اجر لان خدمة الاب واجبة على الابن فقد استأجره على ما هو واجب عليه
وان كان الابن هو الذي استأجر الاب للخدمة فان ذلك لا يجوز فان عمل كان له اجره لان الابن مامور بتعظيم ابيه وفي استخدامه
استخفاف به. ولو كان الابن مكاتبا فاستأجره ابوه للخدمة وهو حر غني عن خدمته او محتاج اليه فهو جائز وعليه
الاجر لان المكاتب لا يلزمه خدمة الاحرار فصار كالاجنبي. ولو كان الاب من اهل الذمة والابن مسلم او الابن كافر
والاب مسلم لم يجز ان يستأجره للخدمة لان الولد مامور بتعظيم ابيه مع اختلاف الدين. ولو كان الولد عبدا والاب حرا
فاستأجره من مولاه جاز لان العبد لا يلزمه خدمة غير المولى. وان كان الاب هو العبد والابن هو الحر فاستأجره
من مولاه ليخدمه ابطلت ذلك ولم اجزه لان الاب لا يجوز ان يخدم ولده وان كان عبدا. واذا استأجر الذمي
المسلم ليخدمه فهو جائز واكره للمسلم خدمة الذمي وذلك لان الاستخدام استذلال ولا ينبغي للمسلم ان يذل نفسه
للكافر. فاما جواز العقد فلانه معاوضة فجاز مع اختلاف الدين كالبيع. واذا استأجر المسلم من الذمي بيعة
يصلي فيها فان ذلك لا يجوز وكذلك لو استأجر ذمي من ذمي لان هذا استيجار على معصية. وقد كره الاهل
ان يؤاجر داره من ذمي ليتخذها مصلى فان كان في المصر لم يجز وان كان في السواد جاز لان السواد في وقت ابي حنيفة
كان للذمة. وكان ابو بكر الرازي يقول المسألة محمولة على ان ذلك لم يشترط في العقد فوقع العقد على منافع مطلقة
والبلاد كانت لهم فكانوا لا يمنعون من اتخاذ البيع في السواد فاما الآن فالسواد للمسلمين فلا يجوز اتخاذ مصلى فيها
لهم وانما يقرون على ما اقروا عليه بالامان لان النبي صلى الله عليه قال لا اخصاء في الاسلام ولا كنيسة. واذا استأجر
المسلم من المسلم مسجدا ليصلي فيه فان هذا باطل لا يجوز لانه استأجر موضعا يؤدي فيه عبادة فصار كما لو استأجره
موضعا من عرفات يقف فيه. ولانه استأجر بقعة لعمل شرط الاجر عليه فلم يجز. ومن استأجر فحلا لينزيه
فان هذا باطل لان النبي صلى الله عليه نهى عن عسب التيس. ولم يرد به نفس الفعل فلم يبق الا ان يريد اخذ الاجرة عليه.
وقال ابو يوسف فيمن استأجر ثيابا ليبسطها في بيت ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من غير
استعمال لها ليست بمنفعة مقصودة فلم يجز. وقال عمرو عن محمد في رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا
اجر لاجرها لان قود الدابة ليس باستيفاء المنفعة منها. ولو استأجر كلبا معلما ليصيد به او بازيا فلا
اجر له لان المنفعة المعقود عليها لا يمكن اجبار الكلب عليها ليستوفي منه ويحصل بفعله فلم يصح العقد عليها.
وقال ابن رستم عن محمد فيمن استأجر شاة لترضع جديا او صبيا قال لا يجوز لان لبن الشاة لم فيه العقد وقع عليه
وهو مجهول فلا يجوز. ولان الاجارة لا يستحق بها الاعيان الا على وجه التبع وليس كذلك الادمية لان لبنها
لا قيمة له فالعقد وقع على الخدمة واللبن تبع فلا يؤثر جهالته فيها. قال هشام عن محمد لو ان رجلا استأجر
قوما يحملون له جنازة او يغسلون ميتا قال ان كان في موضع لا يجدون من يغسله غيرهم فلا اجر لهم وان كان في موضع فيه
جميع الناس فلهم الاجر لان هذا فرض على الكفاية فاذا لم يكن الا هم فقد استأجرهم على ما هو فرض عليهم فلا يجوز واذا كان
هناك غيرهم لم يتعين الفرض عليهم فجازت الاجارة. وقد قال اصحابنا ان الاجارة الفاسدة يجب فيها اجر المثل
لان التسمية انما تجب بالعقد الصحيح فاما الفاسد فيجب فيه قيمة المعقود عليه لقوله صلى الله عليه ايما امراة نكحت
بغير اذن مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها مهر مثلها لا وكس ولا شطط. وقال اصحابنا الواجب
في الاجارة الفاسدة الاقل من الاجر المسمى ومن اجر المثل وقال زفر يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وبه قال
الشافعي وهذا مبني على اصلنا ان المنافع لا قيمة لها الا بعقد او شبهة عقد وقد قوموها بالعقد بمقدار
التسمية وما زاد على ذلك اسقطوا قيمته فلم يجب بقيمته من غير عقد ولا شبهة. وليس كذلك الاعيان
لانها متقومة بنفسها فاذا اسقط البدل المسمى صار كانه اتلف بغير عقد. وعلى الشافعي ان البدل
في العقود بدلان مسمى وقيمة فاذا جاز ان يرد المسمى الى القيمة جاز ان يرد القيمة الى المسمى. وانما
يرد المسمى الى القيمة في المريض اذا اشترى او استأجر باكثر من القيمة وعليه دين. لزفر ان ما
وجب بدله بالعقد الصحيح والفاسد وجب قيمته بكمالها كالاعيان.

باب في الرجل يستأجر من الرجل لما له فيه شرك

قال ابو حنيفة في رجلين بينهما طعام فاستأجر احدهما من صاحبه دابة على ان يحمل نصيبه من الطعام الى مكان كذا والطعام
غير مقسوم فحمل ذلك الطعام كله الى ذلك الموضع فلا اجر له. وقال ابن سماعة عن محمد في طعام بين رجلين ولاحدهما
سفينة فارادا ان يخرجا ذلك الطعام من بلدهما الى بلد اخر فاستأجر احدهما نصف سفينة صاحبه ليحمل فيه
بعشرة دراهم فهو جائز وكذلك لو ارادا ان يطحنا الطعام فاستأجر نصف الرحا التي لشريكه وكذلك لو
استأجر انصاف جوالقه ليحمل فيها هذا الطعام الى مكة فهو جائز. قال ووجه هذا ان كل شيء لا يستحق
فيه الاجرة الا بايقاع عمل في العين المشتركة اذا استأجر احد الشريكين الاخر لم يجز مثل ان يستأجره لنقل الطعام
بنفسه او بغلامه او بدابته او لقصارة الثوب. وكل ما يستحق فيه الاجرة من غير ايقاع عمل في العين
المشتركة فالاجارة جائزة مثل ان يستأجر منه دارا يحرز فيها الطعام او جوالقا او سفينة او رحا والفرق
بينهما ان ما لا يجب فيه الاجر الا بالعمل لا يمكن ايفاء العمل في العين لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب
الاخر فاذا لم يوف العمل المعقود عليه لم يجب الاجر واما الدار والسفينة فلا يجب الاجرة فيها بايقاع عمل
في العين وانما يجب بوضع العين في الدار وفي الجوالق وايقاع عمل في السفينة وفي الرحا فامكن التسليم في
المعقود عليه فوجبت الاجارة.

باب اجارة المنافع بالمنافع وهي متفقة او

قال في الاصل في هذا الباب ان المنفعة اذا عقد عليها منفعة من جنسها لم يجز عندنا وان كان بغير جنسها
جاز وقال الشافعي يجوز في الوجهين جميعا لنا انها منفعة عقد عليها بجنسها فلم يصح كنكاح الشغار ولان المنافع
لا تملك بالعقود ولا يمكن تسليمها الا حالا حالا فاذا عقد عليها بجنسها فقد وجد النسا في الجنس وذلك
لا يجوز عندنا وبهذه العلة علل محمد لانه قال هذا كبيع القوهي بالقوهي نسا وليس كذلك اذا اختلف
جنس المنفعة لان النسا وجد في جنسين لا ربوا فيهما فصار كما لو روي بالهروي فان قيل النسا ما شرط
في العقد فاما ما تاخر قبضه من غير شرط فليس بنسا والجواب عنه ان الاجارة اذا وقعت على مدة
معلومة او عمل معلوم فالتاخير مشروط بالعقد الا ترى انه لا يمكن تسليمها الا حالا فحالا وقال
ابو يوسف ومحمد اذا استاجر عبدا ليخدمه شهرا بخدمة امة فان ابا حنيفة قال هذا فاسد لا يجوز اجارة
خدمة بخدمة ولا سكنى بسكنى ولا زراعة ارض بزراعة اخرى وهذا على ما بينا ان النسا لا يجوز في الجنس
فان خدم احدهما ولم يخدم الاخر فليس عليه اجر قال ابو الحسن لا احفظ سقوط الاجر في العمل المتفق الا في
رواية علي بن الجعد وبشر بن الوليد عن ابي يوسف وليس عن غيره خلاف هذا وقد ذكر محمد في الاصل
ان الواجب اجر المثل وهذا هو الظاهر لانه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع مقومة بالعقد
وان لم يذكرها بدل مثل من استاجر ولم يسم عوضا فاذا سمي بدلا وهو المنفعة اولى وجه هذه الرواية
انه لما سمى المنفعة بازاء المنفعة ولا قيمة لها فقد رضي بتلك المنافع بما لا قيمة له فلم يجز تقويمها ولانها
منفعة بجنسها كالمهاياة وقال في العبد المشترك بين الشريكين فيه يخدم احدهما يوما ولم يخدم
الاخر فلا اجر له وقال ابو الحسن في الجامع واذا كان عبد واحد بين رجلين اجر احدهما نصيبه من صاحبه
يخيط معه شهرا على ان يصوغ نصيبه معه الشهر الداخل فان هذا لا يجوز في العبد الواحد وان اختلف
العملان قال في الفصلين في العبد الواحد في الصفقة بخياطة عبد بخياطة عبد لا يجوز وانما يجوز في العملين
المختلفين اذا كانا في عبدين لان العبد المشترك اذا اجر احدهما الاخر منفعته مدة بمدة مثلها فهذا مهاياة
الا ترى انهما فعلا ما يستحق عليهما بغير اجارة من المهاياة ومن حكمها ان تقع على المنافع المطلقة فاما ان تعين
احد الشريكين على الاخر المنفعة فلا يجوز

باب الرجل يستاجر الدابة ليحمل عليها شيئا فيحمل عليها غيره

قال ابو الحسن اذا استاجر الرجل دابة ليحمل عليها شيئا فحمل عليها غيره فانك
تعتبر ذلك فان كان فيما حمل ضرر على الدابة في خفة الحمل وثقله اعتبرت الخفة والثقل فان كان ما حمل مثل
ثقل ما استاجر له الدابة او اخف فليس بمخالف وعليه الاجر وان كان اثقل فهو مخالف وضامن ولا اجر
عليه وان حمل ما استاجر وزاد فيه من جنسه مثل ان يستاجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة شعير فحمل
عليها احد عشر قفيزا فان سلمت فلها ما سمي من الاجر وان عطبت فهو ضامن لجزء من احد عشر جزءا من الدابة
وعليه الاجر الذي سمى قال والاصل في هذا ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى تلك
المنفعة او دونها او اقل منها جاز وان استوفى اكثر منها لم يجز وذلك لان التعيين يثبت في
المعقود عليه اذا كان له فيه فايدة فاذا لم يكن فايدة سقط التعيين الا ترى انه لو استاجرها ليحمل
عليها قفيزا من حنطة زيد فحمل عليها قفيزا من حنطة عمرو وهما يتساويان في الصفة جاز لان الضرر على
الدابة واحد فاذا استاجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا اخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها
جاز لانه استوفى ما سمي وكذلك لو استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما يتساويان
في الضرر بالارض وان استاجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل قفيزا من شعير جاز لان ضرر الشعير
اقل من ضرر الحنطة فقد استوفى اقل مما شرط وعلى هذا اذا استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا فزرع نوعا اخر
ضرره اقل من ضرر المسمى فان استاجرها ليحمل عليها قفيزا من شعير فحمل قفيزا من حنطة ضمن لانه اكثر ضررا
مما شرط واستحقاق المنفعة استحقاق لما دونها ليس باستحقاق لما زاد عليها واما ان اختلف منفعته لا للثقل
فكمن استاجر دابة ليحمل عليها مائة من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا او اقل ضمن لان الضرر ها هنا ليس للثقل
لكن للجنس الا ترى ان القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في مكان واحد وعلى هذا اذا استاجرها ليركبها
فاركبها من هو مثله في الثقل او اخف منه ضمن لان اختلاف الراكب ليس هو للثقل وانما هو للحذق بالركوب
الا ترى ان ثقيل البدن الذي يحسن الركوب لا يضر بالدابة والخفيف الذي لا يحسن يضر بها فاما اذا حمل على الدابة
ما سمي وزيادة مثل ان استاجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل احد عشر قفيزا ضمن مقدار الزيادة ووجب
عليه الاجر لان تلف الدابة بالثقل والثقل منقسم عشرة اجزاء ماذون فيها وجزء واحد غير ماذون فيه فيضمن بقدر
ذلك وعلى هذا قال اصحابنا في حايط بين شريكين اثلاثا مال الى الطريق فاشهد على احدهما دون الاخر فسقط
الحايط على رجل فقتله فعلى الذي اشهد عليه بقدر نصيبه لانه مات من ثقل الحايط وثقل الحايط اثلاثا ولو وقف
اجره [illegible] لا فعلى الذي اشهد عليه نصف [illegible] نصيبه من الحايط اقل من النصف لان التلف
ليس [illegible] الجرح [illegible] رجل جراحة وجرحه اخر جراحة واحدة فمات من ذلك
كان الضمان نصفين

واما

واما اذا استاجر دابة ليركبها فركبها واركب معه غيره فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها ولا تعتبر بالثقل لما بينا لان
الدابة لا تتلف من ثقل الراكب وانما تتلف لقلة هدايته ومعرفته بالركوب فصار تلفها بركوبهما كتلفها بجراحتهما
وركوب احدهما ماذون وركوب الاخر غير ماذون فيضمن نصفها وهذا اذا كانت الدابة يمكن ان يركبها اثنان فان
كان لا يمكن فعليه جميع قيمتها لانه تعمد اتلافها وعليه في مسئلة الطعام اذا حمل اكثر منه الاجر المسمى لانه استوفى
المنفعة بغير عقد واما اذا استاجرها ليركبها فاركبها غيره او ليحمل القطن فحمل الحديد فلا اجر عليه لانه لم
يستوف المنفعة المعقود عليها وقد قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد ان استاجر حمارا باكاف فاسرجه
ونزع الاكاف فلا ضمان عليه لان ضرر السرج اقل من ضرر الاكاف الا ترى انه ياخذ من ظهر البهيمة اقل ولو كان
حمارا عريانا فاسرجه ثم ركبه كان ضامنا وقد فصل اصحابنا في هذا فقالوا اذا استاجره ليركبه الى خارج المصر لم يضمن
لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف فلما اجره كذلك فقد اذن له من طريق المعنى قالوا وان استاجره
ليركبه في المصر وهو من ذوي الهيئات فله ان يسرجه لان مثله لا يركب بغير سرج وان كان من ادون الناس فاسرجه
ضمن لان مثله يركب في البلد بغير سرج والسرج اثقل على الدابة وان استاجره بسرج فاسرجه بغيره فان كان
سرجا يسرج الحمار بمثله فلا ضمان عليه وان كان لا يسرج بمثله فهو ضامن لان السرجين لا يتفاوتان اذا كانا من نوع
واحد فان كان سرجا كبيرا مثل سرج البرذون فانه يتلف الحمار فيضمن وكذلك اذا لم يكن عليه لجام فلجمه فلا ضمان
عليه اذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك ان ابدله وذلك لان الحمار لا يختلف باللجام وغيره فلا يتلف به فلا يضمن
باللجام واما اذا استاجر حمارا بسرج فاوكفه فقد ذكر في الاصل انه يضمن بقدر ما زاد الاكاف على السرج وقال
في الجامع الصغير يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة وفي قولهما يجب بحساب الزيادة لابي حنيفة ان الاكاف يخالف
السرج في الثقل وانما خالفه لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ منه السرج ولان الدابة التي لم تالف الاكاف
تضربها والخلاف اذا لم يكن للثقل وجب به جميع الضمان وليس كذلك اذا ابدل السرج بسرج اثقل منه او الاكاف
باكاف اثقل منه لان التفاوت ها هنا في زيادة الثقل فيضمن بقدر الزيادة وجه قولهما ان الاكاف والسرج كل واحد
منهما يركب به في العادة وانما اختلافهما للثقل لا للاكاف فوجب ان يضمن بقدر الثقل قال رضي الله عنه ولم يذكر
ابو الحسن رحمه الله المستاجر اذا تعدى في الاجارة ثم ازال التعدي وقد قال اصحابنا فيمن استاجر دابة الى الكوفة
فركبها الى القادسية ثم ردها الى الكوفة فعليه اجرها الى الكوفة ولا اجر عليه الى القادسية وهو ضامن للدابة
حتى يردها الى صاحبها فان ردها الى صاحبها فلا ضمان عليه وان تلفت في يده ضمن وقال زفر اذا ردها الى
الكوفة سالمة ثم تلفت فلا ضمان عليه وجه قولهم ان يد المستاجر لنفسه وليست للمواجر بدلالة انه يمسك
العين لاستيفاء منفعة يختص بها كالمستعير وقد قالوا في المستعير اذا تعدى ثم ازال التعدي لم يبرا من الضمان
وليس كذلك المودع اذا تعدى ثم ازال التعدي صار كانه رد العين الى يد وكيل المودع وقد اعترض
عيسى على مسئلة الاجارة وقال يجب ان يزول الضمان لان المستاجر اذا لحقه ضمان رجع به على المواجر فدل على ان

[illegible]

متعلق بالجحود الضمان ۞ وقد قال ابن سماعة عن محمد في صاحب الدار اذا قال للغاصب هذه داري فاخرج منها فان نزلتها فهي
عليك كل شهر بمائة فجحدها على حاله ثم اقام صاحبها بينة بها بعد شهر فلا اجر له قال وهذا انما يكون اذا كان الساكن
مقرا فقال له اخرج عنها فان لم تخرج فهي اجارة عليك كل شهر بكذا وهذا صحيح لان الجاحد لا يقوم يده مقام يد
المالك وانما يدعي اليد لنفسه والاجارة لم تصح من قبله انما جعل رضاه بالسكنى رضا بالاجارة فلم يثبت ذلك مع الجحود
وليس كذلك اذا كان مقرا لانه لما سكن مع الاعتراف بالملك صار راضيا بما سمي من الاجرة ۞

باب فسخ الاجارة بالعذر

قال ابو الحسن رحمه الله قال اصحابنا
جميعا اذا وقع عقد الاجارة صحيحا فليس لواحد من المتعاقدين ان يفسخها قبل مضي وقتها الا من عذر وانما قلنا ان الاجارة
عقد لازم خلاف ما حكي عن شريح لانه عقد معاوضة فتعلق به اللزوم كالبيع ۞ والدليل على انها تفسخ بالعذر
خلاف ما قاله الشافعي لانه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه على ما اوجبه العقد فكان له الفسخ كما لو استاجر عبدا فابق
او استاجر رجلا يقلع سنه فسكن وجعه ولان الاجر احد متعاقدي الاجارة فجاز ان يثبت الخيار في فسخها
بسبب يلحقه اصله المستاجر اذا افلس ولان امساك العين المستاجرة مع بقاء العقد احد موجبي العقد كردها
بعد انقضاء العقد فاذا جاز مخالفة احد موجبيها بالعذر وهو اذا انقضت الاجارة وفي الارض زرع امسكها المستاجر
كذلك يجوز ان يخالف الموجب الاخر بالعذر فلا يمسكها مع بقاء الاجارة ۞ والعذر في المستاجر ان يحدث
ما يمنع الانتفاع به او ينقص الانتفاع به وهذا الذي ذكره من نوع العيوب وليس من نوع العذر والفسخ ثابت به
بالاتفاق مثل ان ينهدم بيت من الدار او يسقط ۞ قال وكذلك لو اراد المستاجر ان ينتقل عن البلد فله ان
ينقض الاجارة في العقار وغيره مما لا يوجب له الاجارة اخراجه معه لانه اذا اراد الانتقال لحقه ضرر بالبقاء على
العقد وليس يستحق عليه استيفاء المنفعة مع الضرر وكذلك ان اكترى حانوتا للعمل ما فيدع ذلك العمل
او التجارة وينتقل الى غيره لان الانسان لا ينتقل عن عمل الى عمل الا لرغبته عنه فلو بقينا الاجارة مع انتقاله عن
العمل لم تسلم له المنافع وان منعناه عن الانتقال اضررنا به ۞ وكذلك ان افلس لان المفلس لا ينتفع بالدكان
فيلزمه الاجرة من غير ان يسلم له منفعته ۞ وان اراد ان ينتقل عنه ليعمل ذلك العمل في غيره لم يكن له ذلك
وكذلك ان وجد ارخص منه واوسع عليه لانه يتمكن من استيفاء المنفعة من غير ضرر وانما ينتقل لزيادة
المنفعة وهو قد رضي بالمقدار الموجود منها ۞ وكذلك ليس للمواجر ان يفسخ الاجارة اذا وجد زيادة على
الاجرة التي اجرها بها وان كانت اضعافا لانه عقد معاوضة فالغبن فيه لا يثبت الخيار ولانه رضي بعقد [illegible]
الاجرة فيلزمه ما رضي به ۞ وان كان ما استاجر لا يصل الى الانتفاع به الا ان يستهلك ماله او يدخله ضرر
في بدنه او في ملكه فله ان يفسخ الاجارة مثل ان يستاجر رجلا ليقص له ثيابا او يقطعها او يخيطها
او ينقض له دارا او يقطع شجرا او نخلا او يحدث في ملكه شيئا من بناء او تجارة او حفر او يحتجم او يفتصد
او يقلع ضرسا له او ليزرع ارضا له ثم يبدو له ان لا يفعل فله في ذلك ان يفسخ الاجارة ولا يجبر على شيء من ذلك
لان الخياطة والقصارة نقص واجزاء في المال بالقطع والغسل فله ان يمتنع منه ونقض الدار وقطع الشجر
اتلاف لماله فان كان يفعل لغرض فاذا بدا له فقد زال الغرض فلم يجز له استهلاك المال من غير غرض
واما البناء فهو استهلاك للالة انما يفعل لغرض فاذا بدا له فقد زال الغرض وكذلك الحفر اتلاف لجزء من الارض
واما الحجامة والفصد وقلع الضرس فهو اتلاف لجزء من البدن وفعله لغير غرض معصية فاذا بدا له لم يجز
ان يجبر عليه لعدم الغرض ۞ وقد قال في المنتقى ان الحجام يجبر على العمل لانه يمكنه ابقاء العمل من
غير ضرر يلحقه واما الزراعة فهي اتلاف للبذر فلا يجبر عليها مع كراهته ۞ وكذلك ان استاجر
ابلا الى مكة ثم بدا للمستاجر انه لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على القصد لان في ذلك ضررا عليه فلا يلزمه
استيفاء المنفعة مع الضرر ۞ وعلى هذا قالوا فيمن استاجر دابة ليسافر بها ثم قعد عن السفر وكذلك
ان استاجر دارا في المصر او خادما يخدمه في المصر ثم اراد السفر فله الفسخ لان تركه السفر مع العزم
عليه فيه ضرر وتبقية الاجارة مع مفارقة المصر ضرر ايضا ۞ وقد قالوا في الجمال اذا قال للحاكم
ان هذا لا يريد ان يترك السفر وانما يريد ان يفسخ الاجارة قال له الحاكم انتظره فان خرج فقد الجمال معه
فاذا فعل ذلك ملك الاجرة وان قال صاحب الدار هذا لا يريد السفر ولكن يقول ذلك ليفسخ الاجارة استحلفه
بالله انه يريد السفر الذي عزم عليه لانه لا يقبل قوله في سبب الفسخ الا بيمينه ۞ وقالوا لو خرج من المصر
ثم رجع فقال صاحب الدار انما اظهر الخروج لفسخ الاجارة وقد عاد استحلفه بالله لقد خرجت قاصدا الى
الموضع الذي اردت لان المواجر يدعي ان الفسخ وقع لغير عذر وعزم المستاجر وقصده لا يعلم الا من جهته
فكان القول قوله مع يمينه ۞ واما الجمال اذا بدا له في الخروج فليس له ان يفسخ الاجارة لان الخروج مع
الجمال ليس بمستحق عليه فقعوده لا يكون عذرا وخروج المستاجر مستحق عليه فقعوده يكون عذرا ۞
قال محمد لا يكون للمواجر عذر في فسخ الاجارة في الابل الا من دين فادح يلحقه لا يجد قضاه الا من ثمن الابل

وكذلك العقار يواجره الرجل فلا يكون له عذر في فسخ الاجارة الا ان يلحقه دين كما وصفنا لان الدين في تبقية
الاجارة معه ضرر الا ترى ان القاضي يحبسه فلم يلزمه ايفاء المنفعة مع الضرر ولا يقال ان القاضي لا يجوز
ان يحبسه وهو لا يقدر على القضاء لان القاضي لا يصدقه انه لا مال له غير ما اجره ۞ فان اراد المواجر السفر
او النقلة عن البلد وقد اجر عقارا فليس ذلك بعذر لان استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه ۞
قال ابو يوسف ان مرض المواجر او اصاب الابل داء فاستعمالها مع ذلك فيه ضرر على صاحبها لم يستحق بالعقد
فيثبت له الفسخ وكذلك يثبت للمستاجر لان المنفعة تنقص بمرض الابل فصار ذلك عيبا في المعقود عليه ۞
واما اذا مرض الجمال فظاهر الرواية يقتضي ان لا يكون عذرا وقد ذكر الحسن في اماليه انه يكون عذرا لان
خروجه مع الجمال ليس بمستحق عليه ومرضه انما يمنع الخروج ووجه هذه الرواية ان الجمال يقوم على جماله
بنفسه فاذا مرض لم يقم غيره مقامه الا بضرر وليس كذلك اذا بدا له في الخروج لانه يقدر على الخروج فاذا
ترك ذلك باختياره كان له ان يقيم غيره مقامه ۞ فان مات المستاجر او المواجر بطلت الاجارة وقد بينا هذه
المسالة فيما مضى ۞ قال رضي الله عنه جملة هذا ان كل من وقع له عقد الاجارة اذا مات بطلت الاجارة ومن لم يقع
له العقد لم يبطل بموته وان كان عاقدا وذلك لان من وقع له العقد ان كان المواجر فانما اقتضى العقد
استيفاء المنافع من ملكه فلو بقيناه بعد موته استوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى
العقد وان كان ذلك المستاجر فان العقد اقتضى استحقاق الاجرة من ماله فلو بقيت الاجارة بعد موته
استحق الاجرة من مال غيره وهذا خلاف مقتضى العقد وكذلك الوالي في الوقف اذا عقد ثم مات لان العقد
لم يقع له فموته لا يغير حكمه وليس هذا كمن زوج امته ثم مات لان عقد النكاح لا يقع على المنافع وانما يقع على
ملك الاستباحة وذلك يملك بالعقد دفعة وانما يستوفي الزوج ما ملكه بالعقد فلا يتغير موجب
العقد لموت المولى ۞ فان وقعت الاجارة على شيء بعينه فهلك بطلت الاجارة لان المعقود عليه تلف وتلف
ما تعين بالعقد يبطل العقد ۞ وان وقعت الاجارة على دواب بعينها فحكمها ما بيناه ۞ وان وقعت على
دواب بغير عينها استاجر دواب او ابلا ليحمل له هذا المتاع فالاجارة جائزة وان سلم اليه دواب فقبضها فماتت
فعلى المواجر ان ياتي بغيرها لذلك ليحمل المتاع وليس له ان يفسخ الاجارة لموت ما سلمه والاصل في جواز
استيجار الابل بغير عينها ان المنافع معلومة فيجوز العقد عليها وان لم يعين ما يستوفي منه كما يجوز العقد
على صبغ الثوب وان لم يشترط ان يعمل الصباغ بنفسه ولان هذا مما يدعو اليه الحاجة الا ترى ان المستاجر
اذا استاجر دابة بعينها فماتت في الطريق بقي بغير حمولة فاضطر الى ان يعقد على دابة بغير عينها ليلزم الجمال
ان يقيم له عوضا عنها واذا دعت الحاجة اليه جاز ۞ واذا هلك ما سلمه اليه فقد هلك ما لم يقع عليه العقد الا ترى
انه وقع على منافع في الذمة وانما سلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته فاذا هلك بقي ما في ذمته بحاله
فكان عليه ان يعين غيرها ۞ واذا مات احدهما وقد انقضت الاجارة وفي الارض زرع لم يحصد فللمستاجر
او لورثته ان يبقوه [illegible] لان العقد [illegible] وفي قلع الزرع
ضرر وامكن ايفاء الحقين من غير ضرر فيبقى الزرع حتى يستحصد ويحصل للمالك الاجرة وايفاء الحقين اولى من اسقاط احدهما
وكان القياس ان تجب اجرة المثل لان العقد [illegible] فصار كما [illegible]
انقضاء المدة واستحسنوا واوجبوا المسمى [illegible]
التراضي به اولى ۞ واما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع لم يستحصد ترك الى ان يستحصد باجرة المثل لان
البدل ما وجب [illegible] وليس هذا [illegible]
وفي الارض غرس او رطبة [illegible] فاما الزرع فله غاية
فامكن تبقيته من غير ضرر ۞ قال واذا استاجر صانع من الصناع او عاملا من العمال لنفسه لعمل او صناعة ثم قال
قد بدا لي ان اترك هذا العمل وانتقل الى غيره [illegible]
واريد تركه لم يكن له ذلك ويقال له اوف العمل وانتقل الى ما شئت من العمل لان العقد قد لزمه [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
لزمها العقد والاجارة تفسخ للاعذار [illegible]

وفسخ الاجارة لانه لا تعقد على البقا عليها الا بضرر وهو التزام المبيع المعيب ۞ وقد قالوا في العبد المستاجر للخدمة اذا
كان سارقا فهو عذر في الفسخ لان المنافع لا تستوفى الا بضرر ۞ وقد قالوا فيمن اكترى ابلا الى مكة ذاهبا وجائيا فمات
الجمال في بعض الطريق فللمستاجر ان يذهب بها الى مكة وعليه المسمى ۞ وذلك لان في فسخ الاجارة في الطريق الحاق
ضرر بالمستاجر لانه لا يجد من يحمله والحاق الضرر بالورثة اذا كانوا غيبا لان المنافع يسقط عوضها فكان في تبقية
الاجارة منفعة لهما ۞ فاذا وصل الى مكة دفعها الى الحاكم لانه لا بد له في فسخ الاجارة في هذه الحالة لانه
يقدر ان يستاجر من جمال اخر ۞ ثم ينظر الحاكم الى الاصلح فان راى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة فعل ذلك وان راى
امضاء الاجارة الى الكوفة فعل ذلك لانه منصوب للاحتياط وقد يكون الاحوط احد الامرين دون الاخر ۞ قال
والافضل اذا كان المستاجر ثقة ان يمضي القاضي الاجارة واذا كان غير ثقة فالافضل ان يفسخها فان فسخها
وقد عجل المستاجر الاجرة سمع القاضي بينته عليها وقضى الاجرة من ثمنها لان الاجارة اذا انفسخت فله امساك العين
حتى يستوفي الاجر فلم يجز اخذها منه من غير اجرة فيقام القاضي مقام الغيب فينصب له خصما ويسمع البينة عليه
وقال هشام عن ابي يوسف في امراة ولدت يوم النحر قبل ان تطوف فابى الجمال ان يقيم معها قال هذا عذر وانقض
الاجارة وذلك لانها لا تقدر على الخروج مع ترك الطواف ولا يمكن الزام الجمال ان يقيم معها مدة النفاس لان ذلك
قدر لم تجر العادة به فتفسخ الاجارة لدفع الضرر عنهما ۞ وان كانت ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة
الحيض او اقل اجبر الجمال على المقام معها لان هذه المدة جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج ۞ وقال
هشام عن محمد في رجل استاجر ارضا سنة يزرعها شيئا ذكره من زرعها فاصاب الزرع افة من برد او غيره فذهب
به وقد تاخر وقت زراعة ذلك النوع ولا يقدر ان يزرع قال اذا اراد ان يزرع شيئا غيره مما ضرره على الارض اقل
من ضرره او مثل ضرره فله ذلك والا فسخت الاجارة والزمته اجر ما مضى لانه اذا لم يقدر على زراعة النوع الذي قصده
ففي تبقية الاجارة ضرر عليه ۞ واذا انتقص الماء عن الرحا حتى صار يطحن اقل من نصف طحنه فذلك عذر لانه لا يقدر
على البقاء على العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع المعتاد ۞

باب الصبي يؤاجره الاب او غيره

قال ابو الحسن واذا كان للصبي اب فاجره لعمل من الاعمال فهو جائز وكذلك الجد وكذلك وصي الاب ووصي الجد
وذلك لان الاب يلي على الصبي بنفسه كما يليه على نفسه فاذا ملك ان يؤاجر نفسه فكذلك يملك ان يؤاجر
ابنه لان في ذلك منفعة لانه يجعل المنافع التي ليست بمال مالا ۞ ولا تجوز اجارة غيرهم له اذا كان له احد ممن
ذكرنا لان هؤلاء لهم الولاية عليه فمن سواهم من الاقارب كالاجانب فان لم يكن له اب ولا وصي اب ولا جد ولا وصي
جد فاجره ذو رحم محرم منه وهو في حجره جازت الاجارة في قولهم لانه اذا كان في حجره فله عليه ضرب من الولاية
الا ترى انه يؤدبه ويوجهه وفي اجارته في الصنائع ضرب من التاديب ۞ فان كان في حجر ذي رحم محرم وله ذو
رحم محرم اخر هو اقرب اليه كصبي في حجر عمه وله ام فاجرته الام قال ابو يوسف يجوز اجارتها وقال محمد لا يجوز
لابي يوسف انه لما جاز ان يواجره ذو الرحم فمن هو اقرب اليه بالرحم اولى الا ترى انه لو عقد عليه الابوة كان الاب
اولى من الجد ۞ وجه قول محمد ان هؤلاء لا ولاية لهم وانما يعقدون اذا كان في حجرهم لما لهم من ولاية التربية فاذا
لم يكن في حجرهم فهم كالاجانب ۞ قال محمد وللذي اجره ان يقبض الاجرة لانه هو الذي ولي العقد وقبض الاجر
من حقوق العقد ۞ وليس له ان ينفقها عليه لانه مال للصبي فلا يجوز انفاقه الا بولاية ۞ وكذلك اذا وهب له
هبة فله ان يقبضها وليس له ان ينفقها على الصبي لان في قبض الهبة منفعة للصبي وهو ماذون في اجتلاب
المنافع اليه ۞ ولان الصبي لو قبضها جاز فقبض من هو في حجره كقبضه ۞ واما النفقة من ماله فلا يجوز الا بولاية ۞
واذا بلغ الصبي في هذا كله فله الخيار ان شا مضى على الاجارة وان شا فسخ ۞ لان في البقا على الاجارة بعد البلوغ
ضررا عليه الا ترى انه يانف من خدمة الناس ۞ وقال ابو حنيفة ارايت لو تفقه فولي القضا اكنت اتركه
يخدم الناس وقد اجره ابوه فهذا قبيح ۞ ولان المنافع تستوفى من ملكه حالا فحالا فاذا بلغ استوفيت بعقد
لم يعقده فصار كان الاب عقد عليه ليبتدا بعد البلوغ فيتخير ۞ قال وللاب وللجد ووصيهما اجارة عبيد
الصغير وعقاره لان لهم ولاية في التصرف في ماله بالبيع فكذلك بالاجارة ۞ فاما غير هؤلاء ممن هو في حجره فلا
يجوز له ان يؤاجر عبيده لانه تصرف في المال فلا يستحق بغير ولاية كالبيع ۞ وقال ابن سماعة عن محمد استحسن ان
يؤاجروا عبيده لانهم يملكون اجارته ومن ولي على الصغير في نفسه ولي في عبده ۞ قال وكذلك استحسن ان
ينفقوا عليه ما لا بد منه لان في تاخير ذلك ضررا وانما يفعلوا ما يعود نفعه الى الصغير ۞ وكذلك احد
الوصيين يملك ان يؤاجر اليتيم في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قياس قول ابي حنيفة لا يؤاجر عبده وقال محمد يؤاجر
عبده اما ابو حنيفة فقال قد يجوز لاحد الوصيين [illegible] فيخشى الضرر في تاخيره وفي ترك اجارة الصبي ضرر لانه
لا يتادب وليس في ترك اجارة عبده ضرر ۞ واما محمد فقال من ملك التصرف عليه ملك على عبده ۞ واذا اجر سنة
فلما مضت ستة اشهر اعتقه فهو بالخيار ان شا مضى على الاجارة وان شا فسخها اما جواز العتق فلانه [illegible]

ولو

وعتق المالك في ملكه جائز ۞ ولان حق المستاجر يؤثر في المنع من التسليم والعتق لا يقف على امكان التسليم
كعتق الابق ۞ واما الخيار فلانه ملك نفسه بالحرية بعد تمام العقد على منافعه فصار كالامة المزوجة اذا
اعتقت ۞ فان فسخ بطل ما بقي من الاجارة وكان اجر ما مضى للمولى لانه عوض منافع استوفيت في ملكه بعقده
وان مضى على الاجارة واجازها فليس له بعد ذلك ان يفسخ لانه كان بالخيار بين فسخ العقد وبين امضائه
فاذا اجاز العقد سقط الفسخ فلم يجد الا بسبب اخر ۞ واجر ما بقي من السنة للعبد لانه بدل منافع على ملكه
جاز العقد عليها باجازته فصار كمن اجر عبد غيره فاجاز المالك العقد ۞ وان كان المولى قبض الاجر سلفا ثم
اعتق العبد فاختار المضي على الاجارة فالاجرة كلها للمولى وذلك لانه ملكها بالتعجيل وثبت حق الفسخ للعبد فاذا
لم يفسخ استحقت الاجرة على الوجه الذي اقتضاه العقد ۞ فان كان المولى اذن للعبد ان يؤاجر نفسه فاجرها
ثم اعتقه بعد مضي ستة اشهر فالعبد بالخيار وهذا والاول سوا لان عقده باذن المولى كعقد المولى ۞
ولو اجر المكاتب عبده ثم عجز فالاجارة باقية عند ابي يوسف وعند محمد انتقضت ۞ ولو استاجر عبدا ثم عجز بطلت
الاجارة على القولين وجه قول ابي يوسف ان كسب المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه وهو اخص بالتصرف
فيه مع بقا الكتابة فاذا عجز استقر ملك المولى فيه فكان كملك المكاتب اذا استقر بالعتق ۞ ولان المكاتب
استفاد التصرف بامر المولى فاذا عجز ملك المولى كسبه والعقد عليه بامره فكانه اذن له في اجارة ملكه
وليس كذلك اذا استاجر لانه اذن له في ان يستاجر من كسبه وقد فات الكسب فلم يجز ان يستحق الاجرة
من مال المولى ۞ لمحمد ان المولى يستحق كسب المكاتب لبطلان تصرفه بالعجز كالوارث يستحق مال الميت
لبطلان تصرفه بالموت فتبطل الاجارة ۞

باب اجارة الظئر

قال رضي الله عنه والاصل في جواز اجارة الظير قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وهذا مذكور في
المطلقة ۞ ولان النبي صلى الله عليه بعث والناس يستاجرون الظير وقد كان النبي صلى الله عليه استرضعت له حليمة فارضعته
في بني سعد وبعث والناس على ذلك فاقرهم عليه ۞ ولان الناس يفعلون ذلك في سائر الاعصار من غير نكير ۞ وقد
اختلف اصحابنا المتاخرون في حكم هذا العقد فمنهم من قال ان العقد يقع على المنافع وهي خدمة الصبي والقيام
به واللبن يدخل على طريق التبع وذلك لان اللبن عين من الاعيان والاعيان لا تستحق بعقد الاجارة الا على وجه
التبع كالصبغ ۞ ومنهم من قال ان العقد يقع على اللبن والخدمة تبع بدلالة انها لو ارضعته بلبن شاة لم تستحق
الاجر وان حصلت الخدمة [illegible] لانه لا يمتنع ان يقع العقد على وجه مخصوص وهو خدمة الرضاع
فاذا ارضعته بلبن شاة لم يوجد المنافع على الصفة المشروطة [illegible]
وقد نص في الكتاب على الطريقة الاولى فقال [illegible]
[illegible] ان العقد يقع على الخدمة واللبن تبع الا ترى ان
لبن الشاة لما كان مقصودا لم يجز استيجارها للشرب ولا للرضاع ۞ وقد ذكرنا ان استيجار الزوجة
على رضاع ولدها لا يجوز وكذلك المطلقة الرجعية فاما المبتوتة فقال يجوز استيجارها وقال لا يجوز
قال ويجوز استيجار الزوجة لترضع ولده من غيرها وقد بينا هذه الفصول في كتاب الرضاع ۞ وقد قالوا
ان الاب لو استاجر [illegible] من مال الولد [illegible] جاز ذلك [illegible]
النفقة عليه واجرة الرضاع تجري مجرى النفقة فاذا كان للصبي مال [illegible]
لها عليه فجاز استيجارها كالاجنبية روى هذه المسئلة ابن رستم عن محمد ۞ قال وان استاجر لولده من
ذوات الرحم المحرم التي لها حضانة جاز لانه [illegible] كالاجانب ۞ قال
واذا استوجر الظير فينبغي ان تستاجر على وقت معلوم [illegible] جاز مع
الظير وما بطل في ذلك بطل في الظير الا ان ابا حنيفة استحسن في الظير ان تستاجر بطعامها
وكسوتها وان لم يوصف من ذلك شي [illegible] وقال
ابو يوسف ومحمد لا يجوز وهو قول الشافعي وجه القياس انه اجرة المنفعة فلم يجز مع الجهالة كالبدل
في سائر الاجارات وجه الاستحسان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وهذا مذكور
في المطلقات وذلك لا يكون الا على وجه الاجرة [illegible] على الوارث مثل ذلك
[illegible] كنفقة الولد ۞ ولان الاجارة
نوع عقد يقصد به المنفعة فجاز ان يكون سببا لاستحقاق طعام وكسوة غير موصوفة دليله النكاح
والمضاربة وعكسه البيع ۞ [illegible]
[illegible]
وجب الوسط كالمهر والدية ۞ [illegible]
[illegible] قال والذي يجب لها بعقد الاجارة الطعام والكسوة [illegible]

الصبي فيما يصلح من رضاعه وغسل ثيابه وما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فهو على الظئر وطعام الصبي على
أهله وعليها أن تهيئه لأن العقد إنما وقع على القيام بأمر الصبي وذلك إنما يكون بإرضاعه وطبخ طعامه وغسل ثيابه ه
فكان ذلك عليها ه وإنما جعل الدهن والريحان عليها والطعام عليهم لأن المعاملة في الكوفة كانت كذلك وقد
قالوا في توابع العقود التي لا تشترط أن المرجع فيها إلى عادة كل بلد وعلى هذا قالوا فيمن استأجر رجلا ليضرب
له لبنا أن الزبيل والملبن على صاحب اللبن لأن العادة هكذا جرت عندهم فإذا كانت العادة في بلد آخر بخلاف
ذلك حمل على العادة. وقد قالوا في الخياط أن السلوك عليه لأن العادة جرت بذلك. وقالوا الدقيق الذي
يصلح به الحائك الثوب على رب الثوب وقالوا إن كان أهل بلد يتعاملون على غير ذلك فهو على ما يتعاملون به ه
وقالوا فيمن استؤجر على حفر قبر أن حثي التراب عليه إن كان أهل تلك البلاد يتعاملون بذلك وتشريج اللبن
على اللبان وإخراج الخبز من التنور على الخباز لأن هذا من تمام العمل ه وقالوا في الطباخ إذا استؤجر في
عرس أن إخراج المرقة من القدر عليه وإن طبخ قدرا خاصة وفرغ منها فله الأجر وليس عليه من إخراج المرقة
شيء وهذا مبني على العادة ه وقالوا في رجل تكارى دابة ليحمل عليها حنطة إلى منزله فلما انتهى إليه أراد
أن يحمل المكاري ذلك ليدخله منزله وأبى المكاري. قال أبو حنيفة ذلك على ما يفعله الناس ويتعاملون
عليه. فإن أراد أن يصعدها السطح فليس ذلك عليه إلا أن يكون اشترطه ولو كان حمالا على ظهره فعليه
إدخال ذلك وليس عليه أن يصعد به إلى علو البيت إلا أن يشترطه ه وإذا تكارى دابة فالإكاف على صاحب
الدابة وأما الحبال والجوالق فعلى ما يتعارفه أهل تلك الضيعة وكذلك اللجام ه فأما السرج فعلى
رب الدابة إلا أن يكون سنة البلد بخلاف ذلك فيكون على سنتهم فقد نبهوا بهذه المسائل أن التوابع
التي لا تشترط يرجع فيها إلى العادة ه وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم إذا لم يشترطوا ذلك عليها
ولها أن تذهب إلى منزلها لأنهم استحقوا عليها العمل ولم يستحقوا العمل في مكان مخصوص ه قال وهي
مؤتمنة فيه وفيما عليه من كسوة أو حلي فإن سرق شيء منه لم تضمن لأنها أجير خاص فلا تضمن إلا بالمخالفة وأما الثياب
والحلي فقد حصل في يدها بإذن مالكه من غير تمليك ولا شرط(?) ه قال وليس للظئر ولا للمسترضع أن يفسخ
الإجارة إلا من عذر لما بينا أن عقد الإجارة لازم لا تفسخ إلا بعيب أو عذر ه قال والعذر لأهل الصبي أن لا يأخذ
من لبنها أو يتقيأ لبنها لأنه إذا لم يأخذ لم تسلم المنفعة للصبي وكذلك إذا تقيأ لأنه يستضر به ه وإذا
حبلت فهو عذر لأن لبن الحامل يضر بالصبي. أو تكون سارقة لأنهم يخافون على متاعهم ويستضرون بالبقاء على
العقد. أو تكون فاجرة بينة الفجور لأنها تشتغل بالفجور عن حفظ الصبي ه قالوا وإذا أرادوا سفرا
بصبيهم وأبت أن تخرج معهم فهذا عذر لأنا لو ألزمناهم ترك السفر أضررنا بهم ه قال فإن مرضت فلها
أن تفسخ ولهم أن يخرجوها لأن الصبي يستضر بلبن المريضة والمريضة تستضر بالإرضاع فيثبت الفسخ لها
قال وللزوج أن يخرجها من الرضاع إذا لم يكن سلم الإجارة. ومن أصحابنا من قال هذا على وجهين إن كان
ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ لأنها تلحق به ضررا وإن كان ممن لا يشينه لم يكن له الفسخ لأنه
عقد على منافع بضعها ولم يعقد على منافع بدنها ه ومن أصحابنا من قال له الفسخ في الوجهين لأنها
إن أرضعت الصبي في بيتهم فله منعها من الخروج من منزله وإن أرضعت في بيتها فله أن يمنعها من إدخال
الصبي إلى بيته ه قال وإن كانوا يؤذونها بألسنتهم كفوا عنها فإن لم يكفوا عنها كان لها أن تخرج لأن
الأذية ظلم فوجب عليهم تركه فإن لم يكفوا لم يمكنها البقاء على العقد إلا بضرر فيثبت لها الفسخ ه قال
وليس لهم أن يمنعوا زوجها من غشيانها مخافة الحبل لأن الوطء حق للزوج فلا يجوز أن يمنع من حقه ه وكل ما يضر
الصبي فلهم أن يمنعوها منه لأن ذلك نقص في الرضاع. فإن أرضعته بلبنها أو لبن غيرها فلها الأجر كاملا لأن عمل غيرها يقع
لها فكأنها هي المرضعة ه فإن أرضعته بلبن شاة أو غذته بطعام حتى مضت المدة فلا أجر لها لأن المستحق عليها
بالعقد ما يسمى رضاعا فإذا فعلت ما ليس من جنسه لم تستحق العوض ه قال وليس للرجل أن يجبر المرأة
على رضاع ولدها بائنة كانت أو غير بائنة لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولأن الرضاع مؤنة للصبي كالنفقة ه وإن استأجر
خادم امرأته على رضاع ولدها فخادمها بمنزلة لبنها ما جاز فيها جاز في خادمها وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها لأنها
هي المستحقة لمنفعة خادمها فصار كمنفعتها ه فإن استأجر مكاتبتها جاز بكل حال لأنها لا تملك منافع المكاتبة
فهي كالأجنبية. وأما مدبرتها وأم ولدها فكأمتها لأنها تملك منافعها ه قالوا وإذا استأجر الأب الظئر لولده وأبت أمه
أن تأخذه وقالت ترضعه الظئر عندي قيل للأب استأجر للصبي من ترضعه عندها لأن الحضانة حق لها فلم يملك
الأب إسقاط حقها ه فإذا كانت الظئر من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن الحضانة لا تعرف إلا بالإرضاع
فأرادت أن تدع الإرضاع فهذا عذر لما بينا أنه يلحقها بالبقاء على العقد شين ه قال فإن أخذت الظئر صبيا
آخر فأرضعته مع الأول فقد أساءت وأثمت إن كانت أضرت ولها الأجر على الأول والآخر جميعا وذلك
لأنها إذا أرضعت بلبنها صبيين أضرت بأحدهما لنقصان اللبن وقد استحق عليها كمال الرضاع ه وإنما استحقت
الأجر لأنها فعلت ما تناوله الأمر. قال وإن استأجرت ظئرا أخرى فأرضعته فلها الأجر استحسانا ووجه

القياس

القياس أن العقد وقع على عملها ومن استأجر أجيرا ليعمل بنفسه لم يجز أن يقيم غيره مقامه ووجه الاستحسان
أن عمل الثانية يقع للأولى فكأنها هي التي عملت. قال وإذا التقط الرجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فالأجر
عليه وهو متطوع لأنه لا ولاية له عليه فلا يملك إيجاب الدين في ذمته ه قال ورضاع اليتيم على من تجب عليه
نفقته لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك. ولأنه مؤنة الصغير كنفقته ه وإن كان اليتيم لا وارث
له ولم يتطوع عليه أحد بشيء فرضاعه على بيت المال لأنه من المسلمين فنفقته في بيت المال إذا لم يكن له من
يقوم بنفقته ه وإن ماتت الظئر انتقضت الإجارة لأن المعقود عليه تلف ه وإن مات الصبي انتقضت
لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة ه

باب الاستصناع

قال أبو الحسن ما الاستصناع ما شرط في العقد عينه وعمله على الصانع فكأنه جعله عقدا على مبيع في الذمة
وشرط فيه العمل ومن أصحابنا من قال إنه عقد على مبيع في الذمة والصحيح ما قاله أبو الحسن لأن العمل مشروط
في العقد كما شرط في الإجارة وكان مقصودا فيه. ولأن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها فلما
انفرد هذا العقد باسم انفرد بمعنى وما ذلك المعنى الذي ينفرد به إلا أنه عقد على العين والعمل
واحتج من قال بالقول الآخر أن الصانع لو أحضر عينا عملها قبل العقد جاز ولو اقتضى العقد العمل لم
يجز إلا على عمل مستقبل كالإجارة وهذا ليس بصحيح لأنه إذا أحضر عينا ورضي به المستصنع فليست
التي وقع عليها العقد وإنما جاز التراضي فيها بتراضيهما ه وقد كان القياس أن لا يجوز لأنه عقد على مبيع
في الذمة في غير السلم كما لو لم يشترط فيه العمل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان وإنما
استحسنوا لأن الناس تعاملوا به في سائر الأعصار من غير نكير وقد قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيء. ولأن هذا العقد أخذ شبها من عقدين جائزين
أحدهما السلم لأنه عقد على مبيع في الذمة والآخر الإجارة لأنه شرط فيه العمل وما أخذ شبها من أصلين جائزين كالكتابة
والهبة بشرط العوض ه وقد قالوا إن الاستصناع يجوز فيما جرت به العادة أن يستصنعه الناس كالقلنسوة والخف
والآنية ولا يجوز إلا في ذلك لعمل الناس فجاز منه ما اعتادوه ولهذا لم يجز استصناع الثياب عند الحائك لأن العادة
لم تجر بذلك ه وقد قالوا إن العقد ليس بلازم فيه ولكل واحد منهما أن يمتنع منه لأن القياس يقتضي فساده
وإذا فسد لم يلزم وإنما استحسنوا في جوازه لعمل الناس فبقي اللزوم على أصل القياس ه فإذا أحضر البائع
العين على الصفة المشروطة فللمستصنع الخيار عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يلزم العقد ولا خيار له وجه
قولهما أن الخيار كان ثابتا لهما فلما أحضر الصانع فقد أسقط خيار نفسه فبقي خيار الآخر على حاله كالبيع المشروط فيه
الخيار للمتبايعين إذا أسقط أحدهما خياره بقي خيار الآخر ووجه قول أبي يوسف أنه عقد على مبيع في الذمة
فلا يثبت فيه خيار الرؤية كالسلم ه قال أبو يوسف ولأن الصانع أفسد متاعه وقطع جلده فإذا أتى
بالعمل المشروط لم يكن للآخر الامتناع من أخذه والإضرار به. قال محمد ليس كذلك إذا قطع الجلد لم يعمل
فقال المستصنع لا أريد لأنا لا نعلم أن العمل يقع على الصفة المشروطة فلذلك جاز الفسخ ه وقال
في الأصل للصانع أن يبيع قبل أن يراه المستصنع لما بينا أن العقد ليس بلازم فإذا رآه ورضيه فليس له
أن يبيعه لأن العقد تم بإسقاط الخيار ه قال أبو يوسف إن باعه الصانع ولو أراد المستصنع أن ينقض
البيع فليس له ذلك لأن الخيار عنده قد تم بالحضرة فإذا استهلكه قبل ذلك فصار كالبائع إذا استهلك المبيع
قال وإن ضرب له أجلا فهو سلم عند أبي حنيفة يحتاج إلى أن يقبض بدله في المجلس ولا خيار لواحد
منهما إذا سلم ما شرط عليه على صفته وقال أبو يوسف ومحمد ليس بسلم وجه قول أبي حنيفة
أنه جامع معنى السلم وهو المبيع في الذمة مع الأجل ومعنى العقد لعبارته العقد ومن نحله اسمه إذا
عقد البيع بلفظ التمليك. ولأن الأجل يذكر لتأخير المطالبة وذلك لا يكون إلا في عقد يجب فيه المطالبة
وما ذاك إلا السلم ولأنه لو استصنع ما لا يجوز استصناعه وشرط فيه الأجل كان سلما بلا خلاف
لوجود معنى السلم فكذلك ما يجوز استصناعه ووجه قولهما أن الأجل يذكر لتعجيل العمل ولا يتعقد(?)
السلم فلم يخرج العقد عن موضوعه بالاحتمال ه قال ولم يذكر أبو الحسن حكم الإجارة الموقوفة
والإجارة تقف على الإجازة كما تقف البيع والنكاح لأنها عقد لها مجيز حال وقوعه ه فأما كيفية الإجارة
فإن أجاز قبل العمل جاز وكانت الأجرة للمالك لأن العقد جاز بإجازته فكأنه عقد ابتداء بأمره ه
وأما إذا أجاز بعد استيفاء المنفعة لم يجز بإجازته وكانت الأجرة للعاقد لأن الإجازة تلحق العقد إذا كان يصح
الابتداء به عند الإجازة ولا يجوز ابتداء العقد على منافع قد عدمت فلم يجز أن تلحقها الإجازة ه وقد
قالوا فيمن غصب عبدا وأجره سنة للخدمة فعمل بعض المدة ثم أقام رجل البينة أنه له وقال
قد أجزت ما آجرت قال إن كانت انقضت الإجارة فالأجر للغاصب وإن كان في نصف المدة فالأجر
الماضي والباقي لرب الغلام في قول أبي يوسف وقال محمد أجرة ما مضى للغاصب وأجرة ما بقي

وجه قول أبي يوسف أنه إذا بقي بعض المدة فلم يبطل العقد لبقاء المعقود عليه فجاز أن يلحقه الإجازة كالابتداء ووجه قول محمد أن كل جزء من المنافع كالمعقود عليه بعقد مبتدأ فيما مضى من المنفعة كعقد استوفي منافعه فلا يلحقه الإجازة. وقال محمد فيمن غصب أرضا فآجرها للمزارعة فأجاز صاحب الأرض الإجارة فأجرة ما مضى للغاصب وأجرة ما بقي للمالك وهذا على ما قدمناه. قال وإن أعطاها مزارعة فأجازها صاحب الأرض جازت وإن كان الزرع قد سنبل ما لم يستحصد ولا شيء للغاصب من الزرع لأن المزارعة لا ينفرد بعض عملها عن بعض فكانت كالشيء الواحد فإذا أجاز العقد قبل الاستيفاء فكأنه أجازه ابتداء وأما إذا استحصد الزرع فقد انقضى عمل المزارعة فلم يلحق العقد الإجازة.

آخر كتاب الإجارات

كتاب الشركة

قال رضي الله عنه الأصل في جواز الشركة ما روي أن السائب بن شريك جاء إلى النبي صلى الله عليه فقال أتعرفني فقال وكيف لا أعرفك وكنت شريكي وكنت نعم الشريك لا تداري ولا تماري. ولأنه صلى الله عليه بعث والناس يتشاركون فلم ينكر ذلك عليهم وهو فعل المسلمين من لدن رسول الله صلى الله عليه إلى يومنا هذا من غير نكير. والشركة على ضربين شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك على ضربين أحدهما ما كان بفعلهما مثل أن يشتريا أو يستوهبا أو يوصى لهما فيقبلا والآخر بغير فعلهما مثل أن يرثا وكلا الفصلين حكمهما واحد وهو أن كل واحد منهما كالأجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف إلا بإذنه. وأما شركة العقود فهي على أربعة أقسام مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وتسمى شركة الأبدان وشركة الوجوه. فأما المفاوضة فقد قيل إن اشتقاقها من التفويض لأن كل واحد منهما فوض إلى الآخر التصرف على كل حال وقيل إنها مشتقة من المساواة ومنه قول الشاعر لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا. فلما كانت المفاوضة تقتضي التساوي في المال والتصرف والضمان سميت بذلك. وقد قال أصحابنا أنها عقد جائز وقال مالك لا أعرفها وقال الشافعي عقد فاسد فأما قول مالك لا أعرفها فإن كان لا يعرف الاسم فقد بينا اشتقاقه في اللغة وإن كان لا يعرف الحكم فالدليل على جوازه قول النبي صلى الله عليه فاوضوا فإنه أعظم للبركة. ولأن المفاوضة تشتمل على الوكالة والكفالة وكل واحدة منهما يجوز على الانفراد فإذا اشتملت عليهما الشركة جازت ألا ترى أن الوكالة لما جازت على الانفراد إذا اشتمل العنان عليها جاز. ولأن العقود على ضربين شركة وغير شركة فإذا جاز أن يستويا في غير الشركة التساوي في المال المعقود عليه جاز أن يشترط في الشركة. وقول الشافعي إنها من ضرب من القمار فليس بكلام علينا وإنما هو يقول بقول سفيان الثوري وهو أن ما ورثه أحد المتفاوضين بينه وبين شريكه ولسنا نقول ذلك. وأما شركة العنان فاشتقاقها من قولهم عن له الشيء إذا ظهر قال امرؤ القيس فعن لنا سرب كأن نعاجه. فلما جعل كل واحد من الشريكين للآخر أن يشتري ما يعن له ويظهر سميت الشركة عنانا. وقيل إنها مأخوذة من عنان الدابة لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى فيما شاء فكذلك شريك العنان يشارك في بعض ماله ويتصرف في بقيته ما له كما يشاء. وقد قال أبو عاصم النبيل العنان كلمة ينطق بها أهل الكوفة وليس لها أصل في اللغة وهذا ليس بصحيح لأن يعقوب ذكر شركة العنان في الإصلاح ولأنا بينا اشتقاقها وقال النابغة وشاركنا قريشا في تقاها وفي أحسابها شرك العنان. والدليل على جوازها أنها مشتملة على الوكالة والوكالة جائزة ولأن الناس يعقدونها في سائر الأعصار من غير نكير فهو إجماع. وأما شركة الصنائع كالقصارين والخياطين والصباغين إذا اشتركوا على أن يتقبلوا الأعمال جائز ذلك عندنا. وإنما سميت شركة الأبدان لأنها تقع على العمل بالبدن وهي شركة جائزة عندنا وقال الشافعي لا يجوز لنا أن الناس يعقدونها في سائر الأعصار من غير نكير. ولأنه نوع شركة تنفرد باسم خاص موضوع له فكان فيه ما هو جائز كشركة العنان. وأما شركة الوجوه فهي أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا ويبيعا فما ربحا كان بينهما وإنما سميت شركة الوجوه لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجه عند الناس وهو عقد جائز وقال الشافعي لا يجوز لنا أن الناس يعقدونها في سائر الأعصار من غير نكير. ولأنها شركة تنفرد باسم خاص كشركة العنان. والربح عندنا في الشركة يستحق إما بالمال أو بالعمل أو بالضمان ولا يستحق بغير ذلك بدلالة أن من قال لرجل تصرف في مالك على أن لي نصف ربحه لم يجز لأنه ليس له مال ولا ضمان ولا عمل. والدليل على أن المال والعمل يستحق به الربح أن المضاربة أجمعوا على جوازها ورب المال يستحق الربح فيها بماله والمضارب بعمله والدليل على استحقاق الربح بالضمان نهيه صلى الله عليه عن ربح ما لم يضمن وفي هذا تنبيه أن ما ضمن يطيب له ربحه. ولأن الحمال إذا تقبل العمل وتقبل عنه أجراؤه بأقل من ذلك طاب الفضل وإنما استحقه بالضمان. قال أبو الحسن والشركة تكون على ثلاثة أوجه شركة بالمال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه وفي كل واحد منها تكون شركة العنان والمفاوضة فأما المال فيتبع فيه الأمران بلا شبهة. وأما العمل والوجوه فإذا اشترط فيهما الكفالة صارت شركة مفاوضة

لأنها اشتملت على الوكالة والكفالة والتساوي فيما وقعت عليه الشركة. قال والشركة بالأموال لا تكون إلا بالأثمان عندنا كانت الشركة عنانا أو مفاوضة ولا تصح بمال غائب ولا دين وهو قول أصحابنا جميعا وذلك لأن الشركة من شرطها أن تقع على جنس الأثمان فلا تتم إلا في عين كالصرف. ولأنها تقف على القبض فلا تصح في دين ولا مال غائب كالقرض ومعنى قول أبي الحسن أن الشركة لا تصح بمال غائب ولا دين إنما يعني بذلك عند الشرى ولا يعني بذلك عند العقد لأنه إذا لم يوجد ذلك عند العقد جاز ألا ترى أنهم قالوا لو دفع رجل إلى رجل ألف درهم فقال أخرج مثلها واشتر بهما وبع فما ربحت كان بيننا فأقام البينة أنه أخرج ألفا واشترى بها جاز وإن لم يوجد المال العين من الجنسين عند العقد وإنما وجد عند الشرى وجوزوا الشركة وذلك لأن الشركة لا تتم إلا بالشرى فاعتبر وجود المال في الحالة التي يتم العقد فيها. قال والأموال التي تصح بها عقود الشركة الدراهم والدنانير في قولهم جميعا وقال أبو يوسف ومحمد تصح بالفلوس أيضا أما الدراهم والدنانير فتصح الشركة فيها بالإجماع لأنها تقع على وجه يصح التوكيل به ألا ترى أن رجلا لو قال لرجل اشتر بألف من مالك على أن ما تشتريه بيننا وأنا أشتري بألف من مالي على أن ما اشتريه بيننا جاز ذلك والشركة تنعقد على الوكالة. وقد قال أصحابنا إذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير جازت الشركة وقال زفر لا يجوز وهو قول الشافعي لنا أن الوكالة تصح على الوجه الذي تضمنت الشركة ألا ترى أنه لو قال اشتر بألف متاعا على أنه بيننا وأنا أشتري بمائة دينار متاعا على أنه بيننا جاز وهذا مقتضى الشركة. ولأن ما جاز في الوكالة المنفردة يجوز في الشركة أولى ألا ترى أن الوكالة بشرى المجهول لا تصح والشركة تقتضي توكيلا بالمجهول ويصح ولأنه عقد يختص بالأثمان فجاز أن يعقد على دراهم من أحد المتعاقدين ودنانير من الآخر كالصرف. وجه قول زفر أن الشركة بالجنسين تؤدي إلى جهالة الربح لأنه يستوفي رأس المال بالقيمة فصار كالشركة بالعروض وهذا ليس بصحيح لأنه يمكن أن يستوفي كل واحد منهما رأس ماله بعينه من غير قيمة فلا يؤدي ذلك إلى الجهالة. وعلى هذا قال أصحابنا إذا كانت دراهم أحدهما بيضا ودراهم الآخر سودا أو غلة جازت الشركة وقال زفر لا يجوز لنا أن الناس في سائر الأعصار يشتركون في الأموال وإن اختلفت صفتها ألا ترى أنه يكون في مال أحد الشريكين المكسرة أكثر مما في مال الآخر بكثير ولا يمنع ذلك الصحة ولأن التوكيل فيها يجوز على الوجه الذي اقتضته الشركة. وهذا فرع على أن الخلط ليس بشرط في صحة الشركة عندنا وقال زفر لا تصح الشركة إلا بخلط المال خلطا لا يتميز أحدهما عن الآخر وهذا قول الشافعي وروي عن زفر أنه قال الخلط شرط في المفاوضة وليس بشرط في العنان لنا أن الخلط سبب إذا حصل في ملك الغير أوجب الضمان فلا يكون من شرط صحة الشركة كالاستهلاك. ولأن التوكيل يجوز في المالين وإن لم يختلطا والشركة تشتمل على التوكيل فيجوز. وجه قول زفر أن الشركة مأخوذة من الاختلاط وذلك لا يكون مع تميز المالين ولأنهما ما لم يختلطا فما هلك من كل واحد من المالين يهلك من ماله خاصة والشركة تقتضي أن يكون الهالك من مالهما وهذا ليس بصحيح فأما قوله أن الشركة مأخوذة من الاختلاط فصحيح إلا أنها من اختلاط الربح وذلك موجود وإن اشتريا بمال كل واحد منهما على حدة لأن الزيادة تحدث على الشركة. فأما قوله أن ما يهلك يكون من نصيب أحدهما خاصة فلأن الشركة لا تتم إلا بالشرى فإذا اشتريا تمت الشركة وصار الهالك من كل واحد من المالين من مالهما جميعا وما كان قبل تمام الشركة لا يعتبر. فأما الذي روى الحسن عن زفر أنه فرق في المخالطة بين المفاوضة والعنان فلأن المفاوضة من شرطها المساواة في المال فإذا لم يختلطا جاز أن يزيد أحد المالين على الآخر وإذا اختلطا كانت الزيادة في المالين فلم تفسد الشركة فأما العنان فلا يفسدها زيادة أحد المالين فلا يعتبر فيها الخلط. وقد ذكر الطحاوي عن زفر أنه اعتبر الخلط في الفصلين. وأما الشركة بالتبر فقد جعل التبر في الشركة كالعروض وجعله في الصرف كالأثمان لأنه قال إذا اشترى به فهلك لم ينفسخ العقد وهذا على حسب عادة الناس في التعامل به فإن تعاملوا به فهو كالأثمان فتصح الشركة فيه وإن لم يتعاملوا به فهو كالعروض. فأما الفلوس فالمشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الشركة والمضاربة لا تجوز بها وقال محمد إذا كانت نافقة جاز وذكر أبو الحسن قول أبي يوسف مع محمد وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المضاربة بالفلوس جائزة قال وقال أبو يوسف تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة بها وجه قولهم المشهور أن الفلوس تارة تكون ثمنا وتارة تكون مبيعا فصارت كالحنطة وجه قول محمد أنها إذا كانت نافقة فهي ثمن فصارت كالدراهم والدنانير. وأما فرق أبي يوسف بين الشركة والمضاربة فلأنهما إذا اشتركا بالفلوس فكسدت لم يؤد ذلك إلى جهالة الربح لأن رأس المال يتعين على عددها عند الشرى بها فيصير المال كله بينهما على تلك الأجزاء وأما المضاربة فلا بد من استرجاع رأس المال فإذا كسدت أخذ رأس المال بالقيمة وذلك مجهول فلا يجوز. وأما الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان والمعدودات فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لأنها متعينة بالعقد كالعروض. ولأن التوكيل لا يصح فيها على عموم الأحوال ألا ترى أنه لو قال بع حنطتك على أن ثمنها بيننا لم يصح والشركة تقتضي الوكالة بالتصرف في جميع الأحوال. فأما إذا خلطا المكيل وهو من جنس واحد فقال أبو يوسف لا تصح الشركة فيها وإنما صارت شركة أملاك واختلاط وقال محمد صحت الشركة بالخلط ويظهر الخلاف بينهما إذا كان المكيل بينهما نصفين وقد شرطا أن يكون الربح أثلاثا فخلطاه واشتريا به قال أبو يوسف الربح على قدر المالين

وقال محمد على ما شرطا لأبي يوسف أن الشركة لا تقع فيها إلا وهي عين وهي مع التعيين في هذه الحالة ليست بثمن فجواز

أن يكون ثمنا في حالة أخرى لا يعتبر كالفلوس الكاسدة ولأن حال الحكم بعد الخلط أبعد منه قبله بدلالة أن الحنطة

والشعير قبل أن تخلط يجوز أن يكون حظ واحد منهما ثمنا وإذا اختلطا لم يجز ذلك فإذا لم تجز الشركة في مسئلتنا قبل الخلط

فبعده أولى لمحمد أن الوكالة التي تقتضيها الشركة تصح فيها وهي مما يكون ثمنا حال عقد كالدراهم والدنانير وليس كذلك

قبل الخلط لأن الوكالة التي تقتضيها الشركة لا يصح فيها وليس كذلك العروض لأنها ليست بثمن بحال وأما الشركة

بالعروض فلا تجوز عندنا وعند مالك تجوز لنا أن التوكيل فيها على الوجه الذي تتضمنه الشركة لا يصح ألا ترى أن من

قال للغير بع عبدك على أن ثمنه بيننا لم يجز فإذا لم يجز الوكالة لم تنعقد الشركة ولأن الشركة فيها تؤدي إلى جهالة

الربح عند القسمة ألا ترى أن رأس المال قيمتها وذلك تعلم بالحزر والظن وعقد الشركة المقصود فيه مراعى فما

أدى إلى جهالة الربح في الثاني يعتبر حال العقد فقال أبو الحسن وأما شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا

بوجوههما على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وما أشبه ذلك فما كان من ربح فعلى قدر أملاكهما فيما

اشتريا والوضيعة على ذلك وقد بينا جواز هذه الشركة فأما كون الربح على قدر المشترى فلأن الربح يستحق

بالضمان والذي يضمنه كل واحد من الثمن مقدار ما شرط له من المبيع وما زاد على ذلك لا ضمان له فيه ولا يستحق ربحه

قال وأما الشركة بالأعمال كالصناع والعمال يشتركون في ذلك ويشترك الصباغان والخياطان والقصاران

على أن يتقبلا الأعمال ويعملاها على أن ما رزقهما الله بينهما وقد بينا ذلك قال وسواء اختلفت أعمالهما

أو اتفقت وقال زفر لا يجوز إذا اختلفت الأعمال لنا أن كل واحد منهما إنما يستحق الربح بالضمان فإذا وكل شريكه

أن يتقبل لهما فالعمل مضمون عليهما والربح يستحق بالضمان ولأن الشركة عندنا تجوز على المال المختلف فكذلك على

العمل المختلف فهو مبني عليه وعند زفر الشركة في المال المختلف لا تجوز فكذلك في العمل المختلف

باب شركة المفاوضة ومعناها الاختلاط والاستواء

قال أبو الحسن وإذا تفاوض الرجلان بالمال أو اشتركا فيه شركة مفاوضة فشرط صحتها أن تكون في جميع التجارات

ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للآخر وما يجب لكل واحد

منهما يجب للآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل له وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه

ويتساويان مع ذلك في رأس المال في قدرهما وقيمتهما ويتساويان في الربح وإن تفاوتا في شيء من ذلك لم

تكن مفاوضة وكان عنانا والأصل في هذا ما بينا أن المفاوضة مأخوذة من المساواة فلا بد من التساوي

في المال الذي يقع عليه الشركة ولا يكون لأحدهما مال تصح فيه الشركة لا يدخل في الشركة لأن أحدهما متى انفرد

بمال يصح فيه الشركة دون الآخر زال معنى التساوي فإن تفاضلا في الأموال التي لا تصح الشركة فيها مثل

العروض والعقار جازت الشركة لأن ذلك مما لا تنعقد الشركة عليه فالتفاضل فيه لا يمنع صحتها كالتفاضل

في الزوجات والأولاد وكذلك إن كان لأحدهما ديون لأن الدين لا تصح الشركة فيه فالتفاضل فيه لا يمنع من صحة

الشركة وأما اشتمالها على الوكالة في جميع التجارات فلأنها تنعقد عامة في التجارات وما دخل في الشركة

فكل واحد منهما وكيل فيه وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فيما يلزمه من حقوق ما يتجران فيه ولأن المفاوضة

أنفردت بما سوى العنان فلا بد أن تنفرد بمعنى ولا يجوز أن يكون ذلك المعنى العموم لأن العنان يجوز أن تنعقد

على كل التجارات فلم يبق إلا أن يكون اختصت بالكفالة وإنما كان كل واحد منهما وكيلا للآخر فما وجب لم

عليه لأن تصرف كل واحد منهما أجري مجرى تصرف الآخر فكأن كل واحد منهما تولى العقد وروى الحسن عن أبي حنيفة

أن المفاوضة لا تصح إذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير لأن المساواة فيها تعلم بالظن والحزر والمشهور جواز ذلك

لأنهما من جنس الأثمان فأما إذا كان لأحدهما ألف بيض وللآخر ألف سود وبينهما فضل قيمة في الصرف لم تصح المفاوضة

في الرواية المشهورة لأن أحد المالين يزيد في القيمة على الآخر فصار كزيادة في الوزن وروى إسمعيل بن حماد

عن أبي يوسف أن إحدى الألفين إذا كانت أفضل من الأخرى جاز وكانت مفاوضة لأن الجودة إذا لاقت جنسها

فيما ثبت فيه الربوا فلا قيمة لها فكأنهما على صفة واحدة وأما إذا اتفقا وكان المال متساويا ثم زاد

أحد المالين على الآخر قبل الشراء فالمفاوضة منتقضة وهذا منصوص في الشركة بالدراهم والدنانير إذا استويا وقت

العقد ثم اختلفت قيمتهما في حال العقد واختلفت بعده لأن عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فما وجد قبل الشراء

كالموجود في حال العقد ألا ترى أن تمام البيع لما وقف على القبض كان هلاك المعقود عليه قبل القبض

كعدمه في الابتداء قال محمد وكذلك إن اشتريا بأحد المالين ثم زاد الآخر وذلك لأن الشركة

لم تتم فيما يشتريه فصار كأن الزيادة حصلت في الابتداء فإن زاد المال المشترى به في قيمته

فالمفاوضة بحالها لأن هذه الزيادة تحدث على ملكهما لأنها ربح في المال المشترى فلا يفضل أحدهما

على الآخر قال محمد القياس إذا اشتريا بأحد المالين قبل صاحبه أن تنتقض المفاوضة لأن الألف

التي لم يشتر بها على ملك صاحبها وقد ملك نصف ما اشتراه الآخر فصار ماله أكثر فانتقضت

المفاوضة إلا أنهم استحسنوا فقالوا لا تبطل لأن الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينا فلم

يفضل في المال

وكل موضع عدم شرط من شروط المفاوضة وذلك الشرط لا يعتبر في شركة العنان فالشركة عنان لأنا أثبتنا معنى العنان

وعبرنا عنها بالمفاوضة والمعتبر المعاني لا العبارة ولأن فقد هذا الشرط يبطل ما يقف صحته على وجوده والذي يقف عليه المفاوضة

وأما شركة العنان فلا يقف عليه فصار اشتركا غير مفاوضة فكان عنانا ولأن التساوي في الربح فلا

التفاضل إذا وجد فيه أدى إلى بطلان المفاوضة لزيادة مال أحدهما على الآخر فإن ورث أحد المتفاوضين مالا

تصح فيه الشركة مثل الدراهم والدنانير والفلوس وما أشبه ذلك في يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لأن العقود

التي المقصود فيها مراعى فما يطرأ عليها كالموجود في الابتداء فإن ورث عرضا أو دينا لم تبطل المفاوضة ما

لم يقبض الدين لأنه تفاضل فيما لا يصح الشركة فيه فصار كالابتداء وقال الحسن عن أبي حنيفة لا تصح الشركة

إلا بلفظ المفاوضة قال أبو الحسن وهذا عندي قول أبي يوسف ومحمد وكان أصحابنا يقولون في وجه ذلك

أن العامة لا يقفون على شروط المفاوضة فإذا لم يتلفظ بها لم يصح لعدم معناها فأما إن كان

العاقد لها يقف على استيفاء معناها صحت وإن لم يذكر المفاوضة لأن العقود عندنا لا تعتبر بالفاظها

وإنما تعتبر بمعانيها

تفسير شركة العنان قال أبو الحسن شركة العنان تكون في

جميع التجارات وفي بعضها لما بينا أنه ليس من شرطها العموم فيجوز أن تنعقد خاصة وعامة كالوكالة

قال وما لزم أحدهما في تجارتهما من ثمن بيع تولاه أو أجرة أجير استأجره وكل مداينة وليها أحدهما أو

دين أقر به فهو لازم له خاصة دون شريكه وذلك لأنها لا تتضمن الكفالة وإنما تتضمن الوكالة وما يجب

على الوكيل بتصرفه لا يطالب به الموكل قال وله أن يرجع على صاحبه بما يخصه من ذلك إذا كان ذلك

معروفا لأن كل واحد منهما وكيل عن الآخر وما لزم الوكيل بحكم الموكل رجع به على الموكل وإن كان

لا يعرف ذلك لم يصدق على شريكه إذا أنكر الشريك ذلك لأنه ادعى دينا عليه لا يعلم سببه إلا بقوله

ويستحلف لأنه ادعى عليه دينا فالقول قوله مع يمينه قال ولا يكون أحدهما خصما عن الآخر ولا وكيلا عنه

بعقد الشركة لأن الوكيل للآخر في الشراء والبيع والموكل لا يكون خصما عن وكيله قال ولا بأس بأن يتفاضلا

في رؤوس الأموال ويتساويا في الربح وهذه المسئلة مذكورة في الباب الذي يلي هذا

باب شركة العنان

قال أبو الحسن وإذا اشترك الرجلان ورؤوس أموالهما جميعا دراهم أو دنانير أو كان أحدهما بالدراهم والآخر بالدنانير متساويين

في ذلك أو متفاضلين فاشتركا بذلك على أن يبيعا ويشتريا على أن ما رزق الله في ذلك بينهما على قيمة المال

ولم يقولا مفاوضة فذلك جائز وهي شركة عنان لأن الشركة إنما تكون مفاوضة بلفظ المفاوضة أو بذكر معانيها

ولم يأتيا بذلك فكانت الشركة عنانا قال ولا بأس أن يشترط أحدهما للآخر فضلا عن ربح ماله إذا كانا

شرطا أن يعملا بالمال وقال زفر والشافعي لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله لنا أن الشركة تستحق

الربح فيها بالعمل والمال بدلالة المضاربة فإذا اشتركا وما لهما متفاضل وتساويا في الربح فقد شرط لأحدهما

زيادة ربح لأجل عمله وذلك جائز ولأن الربح إذا جاز أن يستحق بالمال على الانفراد وبالعمل على الانفراد جاز

أن يستحق بهما في حالة كشريك العنان إذا أخذ مالا مضاربة وأذن له في خلطه بماله وليس هذا

كالمشتركين في الماشية إذا شرط أحدهما للآخر فضلا من أولادها وألبانها لأن نماء الحيوان المشترك لا

يجوز أن يستحق إلا بالملك وربح المال يجوز أن يستحق بغير الملك بدلالة المضاربة لزفر أن هذه

الشركة لو صحت لاستحق الشريك زيادة ربح لعمله في المال المشترك وذلك لا يجوز كما لا يستحق الأجرة

بعمله فيه وهذا لا يصح لأن حكم الربح لا يعتبر بالأجرة ألا ترى أنه لو اعتبر بها لوجب أن يشترط مدة معلومة

وعمل معلوم فلما لم يعتبر ذلك في استحقاق الربح وإن اعتبر ذلك في استحقاق الأجرة دل على اختلافهما

فإن قيل إن هذا العقد فيه معنى المضاربة عندكم لأن تقديره كأن أحدهما قال اعمل في مالي وربحه لي

واعمل في مالك وربحه بيننا ومن شرط المضاربة أن تبطل إذا شرط عمل رب المال فيها وقد جوزتم هذه

الشركة وإن شرط عملهما والجواب أن المضاربة أمانة وتمام الأمانة يقف على التخلية

بين الأمين وبينها كالوديعة فإذا شرط عمل رب المال لم توجد التخلية فلا يصح فأما الشركة فكل واحد

منهما أمين في المال فشرط عملهما لا يبطل معنى الأمانة كالمودعين والمضاربين لرجل واحد إذا أذن لهما

في أن يتصرفا كل واحد منهما قائم مقام تصرف رب المال وشرط عمله لا يفسد المضاربة

فإذا ثبت هذا قال أصحابنا إذا شرط عملهما استحقا الربح على ما شرطا وإن عمل أحدهما لأن معنى قولنا

إن الربح يستحق بالعمل فليس المراد به وجود العمل وإنما المراد به شرط العمل ألا ترى أن المضارب

لو استعان برب المال فعمل استحق الربح لأن العمل مشروط عليه وإن لم يعمل كذلك في مسئلتنا

وإن شرطا العمل على الذي شرط له فضل الربح جاز لأنه يعامل في ماله وربحه له وعامل في مال شريكه

ببعض ربحه والربح يستحق بالعمل فأما إذا شرطا الفضل لأقلهما عملا خاصة لم يصح لأنه شرط له فضل

الربح عن مال بغير عمل ولا ضمان والربح لا يستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان فإن اشتركا ورؤوس أموالهما

شيء من المكيل او الموزون جنسا واحدا او قدرا واحدا او صفة واحدة لم تجز الشركة عندهم جميعا وقد بينا هذه المسألة وبينا حكمها اذا اختلطا والخلاف بين ابي يوسف ومحمد فاما اذا اشتركا ولاحدهما حنطة وللآخر شعير لم تجز الشركة لان الجنس الواحد لم تصح الشركة فيه قبل الخلط فالجنسان اولى واما اذا اختلطا لم تصح الشركة في قولهم لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من ان تكون مما له مثل ان مستهلكها يلزمه قيمتها ولا يلزمه مثلها قال ابو يوسف في الشركة بالحنطة اذا خلطاها جائزة وقال ابو يوسف ومحمد في الشركة بالعروض والحنطة والشعير اذا اشتركا فيها فلكل واحد منهما ما اشتريا قدر قيمة متاعه فان كانت القيمة سوا فهو نصفان وان كانت مختلفة فعلى حساب ذلك وقال محمد في الاملا اذا اشتركا فيما لا تجوز فيه الشركة فاشتريا متاعا ثم باعاه ثم ارادا القسمة فان كانت الشركة بعروض او بشيء مما لا يكال ولا يوزن ولا يباع عددا اقتسما اموالهما قيمة ذلك يوم اشتركا والربح بينهما على قدر ذلك وقال في كتاب الشركة في الاصل اذا كان راس المال شيئا مما يكال او يوزن او يعد فاشتريا به متاعا على ان لكل واحد منهما حصة ماله ونقد ذلك ثم باعا ذلك بدراهم او كان راس المال عرضا فاشتريا متاعا ثم باعاه بالف درهم فانهما يقتسمان الدراهم على قيمة العروض يوم اشتريا فان كان مما يكال او يوزن او يعد اخذ كل واحد منهما قدر راس ماله يوم يقتسمان وقال بشر عن ابي يوسف فيما لم تجز فيه الشركة اذا ابتاعا به عبدا فهو بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد منهما تحصيل هذا ان الشركة اذا وقعت بما لا مثل له اعتبر قيمته يوم الشرى لانه انتقل الى العين وصار راس المال بالشرى ولا يجوز ان يثبت مثله في المال لانه لا مثل له فثبتت قيمته واما المكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت فثبت مثله في المال فاذا باعا ما اشتريا بالدراهم صار ذلك دينا فيها فوجب استرجاعه في الحال وقد طعن بعض اصحابنا على محمد في الاملا انه تعتبر قيمته يوم القسمة لان المكيل لما صار كالثابت في المال فاذا باع المال بالدراهم فكانهما باعا مكيلا مشتركا فيقسم الثمن على ذلك عند البيع والذي قال محمد عند القسمة فيحمل على ان القيمة لم تتفاوت فيما بين حال البيع وحال القسمة واذا اشتركا بمالين ولم يخلطاه على ان يشتريا ويبيعا فما كان من ربح فبينهما فضاع مال احدهما قبل الشرى فقد انتقضت الشركة فان اشترى الآخر بالمال الباقي شيئا فانما اشتراه لنفسه ايهما كان المشتري فالوجه في هذا ان الشركة على ضربين احدهما ان يشترطا ان الربح فيما يشتريان على سهام معلومة مثل مسألتنا فاذا هلك احد المالين قبل الشرى انتقضت الشركة فان اشترى الآخر بماله فهو له خاصة وذلك لان الشركة تعينت في المالين فاذا هلك احدهما قبل الشرى بطلت الشركة فيه وبطلت في المال الآخر لان صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه فيه الا بشرط ان يشركه في ماله فاذا بطلت الشركة كان ما يشتريه بماله له خاصة والضرب الثاني ان يشترطا ان كل ما يشتري بينهما والربح بينهما فهلك احد المالين ثم اشترى الآخر بماله فالشركة باطلة والمشتري بينهما على ما شرطا وللمشتري ان يرجع على شريكه بحصته من الثمن وهما شريكان في المشتري شركة املاك لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وذلك لانهما ذكرا الشركة وصرحا بالوكالة بقولهما ان ما يشتريه كل واحد منهما وهلاك احد المالين قبل الشرى يبطل الشركة فتبقى الوكالة المستفادة بصريح الامر فاذا اشتريا كان مشتركا بحكمها لا بحكم الشركة ومن وكل رجلا بشرى شيء على ان يكون بينهما فاشتراه فهو على ما شرطا وعلى الآمر حصته من الثمن وليس لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب الآخر كما ليس لهما فيما ملكاه بالميراث وليس كذلك الفصل الاول لانه لم يصرح فيه بالوكالة وانما استفيدت بحكم العقد فاذا بطل العقد بطلت وهذه المسألة توجد مختلفة الجواب لاختلاف سؤالها فكل موضع وضعوها على شركة مجردة ابطلوا الوكالة بهلاك المال وكل موضع وضعوها على التصريح بالوكالة في الشركة لم تبطل الوكالة لبطلان الشركة فاذا عرفت القسمين لم تجد فيما ذكروه اختلافا واما اذا اشتريا باحد المالين ثم هلك الآخر فما اشترياه بينهما وان كانا لم يصرحا في العقد بالوكالة وذلك لانه اشترى مع بقاء الشركة فملك المشتري فهلاك المال بعد ذلك لا يغير حكم الملك واختلف الحسن ومحمد في هذا الفصل فقال الحسن المشترى بينهما شركة املاك لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر لان الشركة انتقضت بهلاك احد المالين والتصرف انما يثبت بحكم الشركة وقال محمد لا ينتقض وما اشتريا على الشركة فايهما باعه فبيعه جائز وان ربحا فيها ربحا او وضيعة فبينهما والوضيعة اقتسما الثمن على رؤوس الاموال لان الشرى وقع مع بقاء الشركة فثبتت الشركة في المشترى فهلاك المال بعد تمام الشركة لا يؤثر فيها قال ابو يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم فقال اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فقبل ذلك وقبض المال على هذا الشرط فضاع من عنده قبل ان يشتري شيئا فلا ضمان عليه ليس هذا القرض عليه انما هذا اشتراكه فاذا اشتريا بالمال ثم هلك فعلى الآمر ضمان نصف المال وعلى المشتري مثل ذلك وقال ابن سماعة عن محمد اذا هلكت الالف قبل ان يعمل بها فالقابض ضامن لنصف المال وجه قول ابي يوسف انه دفع اليه المال على وجه الشركة واذن له في ان يشتري به لهما فما هلك في يد الشريك لا يلزمه ضمانه وليس كذلك اذا اشترى ثم هلك لانه لما اشترى لزمه نصف الثمن دينا وقضاه من مال الآمر بامره فكان عليه مثله

وجه قول محمد ان الشرى بمال الغير على ان الربح للمشتري لا يكون الا على طريق القرض فقد اقرضه نصف الالف واقبضه ذلك فاذا هلك هلك من ضمانه يبين ذلك ما اتفق عليه ابو يوسف ومحمد ان الآمر لو قال للمامور اشتر بالفي على ان جميع الربح لك واقبضه الالف فهلكت قبل الشرى كانت مضمونة عليه لانه لا يستحق جميع الربح الا ان يكون المال قرضا فكذلك اذا اشترط هذا في بعض الالف وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في هذه المسألة مثل قول ابي يوسف وقد قالوا ان شركة العنان تصح بين الرجال والنساء لانها تتضمن الوكالة وتوكيل احدهما للآخر جائز وكذلك تصح بين الاحرار وبين العبيد المأذون لهم وكذلك الصبي المأذون والمكاتب لان توكيل هؤلاء وتوكلهم جائز وتصح ايضا بين المسلمين واهل الذمة لانه ليس من شرطها التساوي في المال فكذلك تجوز مع عدم التساوي في التصرف وليس بين المسلم والكافر الا الاختلاف في التصرف

باب ما يجوز لاحد شريكي العنان ان يعمله في المال

قال ابو الحسن ولكل واحد من شريكي العنان ان يبيع مال الشركة بالنقد والنسا لان الشركة اذن عام في البيع وذلك يشتمل على النقد والنساء ولان الوكيل بالبيع عندنا يملك ان يبيع بالنسيئة وتصرف الشريك اعم من تصرف الوكيل واقوى فهو بجواز ذلك اولى قال ويشتري ايضا بعينه بالنقد والنسا وهذا على وجهين اذا كان في يده مال من الشركة جاز ان يشتري بالنسا وكذلك اذا كان عنده مكيل او موزون فاشترى بذلك الجنس شيئا لان الشريك وكيل بالشرى والوكيل بالشرى يملك الشرى بالنسيئة واذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم او دنانير شيئا فالمشتري له خاصة دون شريكه وذلك لانا لو صححنا شراه على الشركة صار مستدينا على مال الشركة والشركة شركة عنان والمضارب لا يملكان الاستدانة الا ان يؤذن لهما في ذلك وليس هذا كما لو كان المال المشترى في ايديهما اصله لان هذا ليس باستدانة يبين ذلك انه اذا اشترى بالف وليس ذلك عنده صار مستدينا على شريكه فيؤدي الى ان يصير مال الشركة اكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه واذا كان في يده مثل ذلك المال لم يؤد الى هذا فجاز وقد حكى الحسن عن ابي حنيفة انه قال اذا كان في يد احد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز وجه قول ابي حنيفة ان الدراهم والدنانير قد اجريا مجرى الجنس الواحد فكانه اشترى بجنس ما في يده واما زفر فلا يجوز الشرى في الدراهم والدنانير ويجعلهما في حكم الجنسين فصار كالمشتري بالدراهم وعنده عروض قال وله ان يبضع وذلك لان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم ان يبضعوا ولان له ان يستاجر من يعمل في البضاعة بعوض فاذا دفعها بضاعة فقد استعمل فيها بغير عوض فهو اولى وله ان يودع لان ذلك من عادة التجار ولانه يجوز ان يستحفظ المودع باجر فاذا استحفظه بغير اجر فهو اولى وله ان يدفع مال الشركة مضاربة ذكره محمد في الاصل عن ابي حنيفة وقال الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك وجه رواية الاصل انه يملك ان يستاجر المضارب للعمل في المال ببدل مضمون في الذمة فاذا دفعه [illegible]

وان شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه لان هلاك الرهن استيفاء للدين من طريق الحكم واحد الشريكين اذا استوفى
نصيبه من دين مشترك كان لشريكه ان يشركه فيما قبض ويرجع القابض بمثله فاذا اشركه في مسئلتنا في مقدار نصيبه
ثبت للمرتهن الرجوع بمثل ما استوفى في ذمته مثله فصار مستوفيا له فثبت لشريكه المشاركة فيه وثبت له الرجوع
بمثله فعلى هذا يستوفي الدين ۞ وقد طعن عيسى في هذه المسئلة وقال يجب ان لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان
محمدا قال لو قال رجل لرجل اعطني رهنا بدين فلان الذي عليك فان اجازه جاز وان لم يجز فلا ضمان علي فاعطاه
فهلك الرهن في يده لم يضمن وليس هذا باعتراض لانه لما اخذ رهنا لغيره وشرط ان لا ضمان عليه صار متعديا له وهلاك
الرهن في يد العدل لا يوجب عليه الضمان فاما في مسئلتنا انما قبضه للاستيفاء والرهن المقبوض للاستيفاء
مضمون ۞ قال ابو الحسن فان اشترى كل شريك منهما فليحل واحد منهما ان يبيع بالنقد والنسيئة وان ياخذ
رهنا ويحتال وذلك كله جائز عليه وعلى شريكه وانما نعني بالشركة المبهمة المطلقة فاما البيع بالنقد
والنسيئة فقد قدمناه واما اخذ الرهن فاذا ولي العقد جاز له ان يرتهن ويرهن لانه يملك الايفاء والاستيفاء
وليس كذلك في المسئلة الاولى لانهما وضعا على ايهما ولي العقد فلا يملك احدهما ان يستوفي نصيب شريكه
ولا ان يوفيه ۞ واما الحوالة فلانها تمليك مال بمال والشريك يملك هذا في حق شريكه ولانه من عمل
التجار ۞ قال ويجوز ان يوكل كل واحد منهما وكيلا بالبيع والشرى استحسن ذلك وادع القياس فيه ووجه
القياس ان الشريك رضي برايه ولم يرض براي غيره ووجه الاستحسان ان الشريك يعقد على عادة التجار ومن
عادتهم ان يوكلوا ويبضعوا ويستاجروا وان يعمل في المال ۞ قال واذا كانا شريكين في خادم او ثوب خاصة فليس
لاحدهما ان يوكل ببيعه فان وكل لم يجز في حصة صاحبه لان شركة الاملاك كل واحد من الشريكين في نصيب الاخر
كالاجنبي الا ترى انه لم ياذن له في التصرف ولا ولاية له عليه فلم يجز له التصرف في ماله مع عدم الولاية والاذن ۞
قال ابو الحسن واذا باع احدهما لم يكن للاخر ان يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين وليه احدهما فليس للاخر قبضه
وللمديون ان يمتنع من دفعه لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولان المديون لم يلتزم
الحقوق للمالك وانما التزمها للعاقد فلم يجز ان يلزمه للمالك ما لم يلتزمه الا انه وكيل العاقد ۞ قال فان دفع الى
الشريك برئ من نصيبه ولم يبرأ من حصة المداين وهذا استحسان والقياس اذا قبض الموكل لا يبرأ الدافع لان
حقوق العقد لا تتعلق به كالاجنبي ووجه الاستحسان انا لو فسخنا هذا العقد لاحتجنا الى اعادته
في الحال لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد فيتعين في يده للموكل فيرده اليه فلا معنى لفسخ القبض واعادته
في الحال ۞ قال وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما اداناه الاخر او باعه والخصومة للذي باع وليس على الذي لم
يل ذلك عن ذلك شيء ولا يسمع بينته فيه ولا يستحلف وهو والاجنبي في ذلك سواء وذلك لما بينا ان الخصومة
من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ۞ فان قبض الذي باع الثمن او المبيع او وكيله ذلك جاز عليه
وعلى شريكه لان وكيله قائم مقامه فصار قبضه كقبضه ۞ قال فان وكل احدهما وكيلا ودفع اليه مالا فامره
ان ينفق على شيء من تجارتهما والمال من الشركة فذلك جائز لما بينا ان الشريك يملك التوكيل فصار تصرف
الوكيل كتصرفه ۞ قال فان اخرج الشريك الاخر الوكيل فقد خرج منها ان كان في تقاضي او بيع او شرى او
اجارة لان كل واحد من الشريكين يملك التصرف في حق الاخر بالتوكيل فكذلك بالعزل ولان الشريك وكيل
لشريكه فاذا وكل كان كالموكل ان يعزل وكيله ۞ فان كان وكيله في تقاضي ما باعه فليس للاخر اخراجه وذلك
لانه لا يملك ان يوكل في تقاضي ما باعه شريكه فلا يملك ان يعزل وكيله عنه ولان هذا التوكيل لم يستفده
الشريك بحكم الوكالة وانما استفادها بالعقد وشريكه لا يمكنه عزله عن حقوق العقد ۞ قال وليس
لاحدهما ان يكاتب عبدا من تجارتهما ولا يعتق على مال لان الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والعتق ليسا
من التجارة ولهذا لا يملكهما المأذون ۞ قال وليس لاحدهما ان يزوج عبدا ولا امة في قول ابي حنيفة
ومحمد اما تزويج العبد فلا يجوز في قولهم ولا يملك احد في حق غيره الا ان ياذن له بصريح الاذن لانه ضرر لا منفعة
فيه واما تزويج الامة فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لان التزويج ليس من التجارات وتصرف الشريك خاص في
التجارة ويجوز عند ابي يوسف ان تصرفه عام كتصرف الاب وقد بيناه في النكاح ۞ واذا باع احدهما واخر
الاخر لم يجز على ابيه اما في نصيب شريكه فلا يجوز لانه لا يملكه ولا ولي عقده ۞ واما في نصيب نفسه
فلا يجوز عند ابي حنيفة على اصله في الدين المشترك ان احد الشريكين لا يملك تاخير نصيبه منه وقال
ابو يوسف ومحمد يملك ووجه قول ابي حنيفة ان تاخير نصيبه يوجب الى قسمة الدين حال كونه في
الذمة الا ترى ان معنى القسمة ان ينفرد احد الشريكين بنصيبه على وجه لا يثبت للاخر فيه حق وهذا
المعنى موجود في التاخير فاذا لم يجز قسمة الدين لم يجز تاخيره وليس كذلك اذا ابرأ احدهما من نصيبه
لان البراءة اتلاف لنصيبه وليس فيها معنى القسمة الا ترى ان القسمة سلامة نصيب احدهما له مع ثبوت
حق الاخر فيه واما اتلاف احدهما نصيبه فهو كالطعام المشترك اذا احرق احدهما نصفه ووجه قولهما ان التاخير
اسقاط المطالبة كالبراءة ۞ واما اذا ادانا جميعا ثم اخر احدهما فتاخيره عند ابي حنيفة لا يجوز في نصيب شريكه
لانه لا يملكه ولا تولى العقد فيه ۞ ولا يجوز في نصيب نفسه لما في ذلك من قسمة الدين على قولهما

يجوز تاخيره في نصيبه كما يجوز ان يبرئ منه ولا يجوز في نصيب شريكه ۞ فاما اذا عقد احدهم ثم اخر العاقد
فتاخيره جائز عند ابي حنيفة ومحمد في النصيبين جميعا اما في نصيبه فلانه مالك له واما في نصيب شريكه
فلانه هو العاقد والمطالبة من حقوق العقد فتتعلق بالعاقد وعلى قول ابي يوسف يجوز في نصيبه ولا يجوز
في نصيب شريكه لان من اصله ان الوكيل بالبيع لا يملك تاخير الثمن ولا البراءة منه ۞ واذا ثبت من اصل
ابي حنيفة ومحمد ان تاخير العاقد لنصيب شريكه جائز ولا ضمان عليه لانه يملك ان يقايل البيع ثم يبيعه نسيئة
فاذا لم يتقايله واخر الدين جاز ۞ وليس كذلك الوكيل بالبيع لانه لا يملك ان يقايل ويبيع بالنسا فاذا اخر
ضمن ۞ وان استقرض احدهما مالا لزمهما وذلك لان الاستقراض تمليك مال بالعقد كالصرف فيثبت في حقه
وحق شريكه ۞ قال وان اقر بدين لم يجز على صاحبه وذلك لان شركة العنان لا تتضمن الكفالة والاقرار
يلزم المقر فلا يصدق على ايجاب الحق على شريكه ۞ وليس لاحدهما ان يقرض لان القرض تبرع وهو لا
يملك التبرع في حق شريكه ۞ وان اقر بجارية في يده من تجارتهما انها لرجل لم يجز في نصيب شريكه
وجاز في نصيبه ولو كان قال له اعمل برايك لان تصرف كل واحد منهما لا يجري مجرى تصرف الاخر فلم
يصح اقراره في نصيب شريكه كالوكيل وكذلك ان قال له اعمل برايك لان هذا القول يفيد عموم
التصرف فيما اشتملت الشركة عليه والاقرار لم يدخل في الشركة ۞ قال ولا يملك ان يقرض على شريكه
الا ان ياذن له اذنا مصرحا ان يقرض لان القرض لما لم تشتمل عليه الشركة لم يدخل تحت قوله اعمل فيه برايك
فلم يجز حتى يصرح بالاذن فيه ۞ قال وما استاجر احد شريكي العنان لشيء من تجارتهما فهو جائز والاجر على
المستاجر خاصة لا يطالب الاخر به ويرجع على شريكه بنصفه وذلك لان الاجارة من التجارة الا ترى ان
المأذون يملكها ولان المنافع اجريت مجرى الاعيان فصار الاستيجار كالشرى والمطالبة عليه لانها تتعلق
بالعاقد ويرجع على شريكه بنصفه لانه وكيله في العقد ۞ قال ولو اقال احد شريكي العنان فيما باعه
الاخر جازت الاقالة لانه يملك الشرى على الشركة والاقالة فيها معنى الشرى ۞ قال وان اشترى
احدهما بغير مال الشركة لم يلزم صاحبه وهذا قد بيناه لانه يصير مستدينا على المال ولو ياذن له في
الاستدانة ۞ قال ابو يوسف وليس لواحد منهما ان يسافر بالمال بغير اذن صاحبه والصحيح
من قول ابي حنيفة ان للشريك العنان والمبضع والمضارب والمودع ان يسافروا وروي عن ابي حنيفة
انه ليس للشريك والمضارب ان يسافر وهو قول ابي يوسف وروي عنه ان له ان يسافر الى موضع لا يبيت
عن منزله وروي عنه انه يسافر بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بما له حمل ومؤنة وجه قول ابي حنيفة
ومحمد ان الشركة اذن في التصرف الذي يحصل فيه الربح وذلك يكون في السفر والحضر فاقتضى عموم
الامر جوازهما ۞ ولانه مؤتمن في المال كالمودع ولا شبهة في المودع انه لا يلزمه حفظ الوديعة على
ان يقعد عن اسفاره ووجه قول ابي يوسف ان السفر بالمال خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه ۞
والذي فرق بين البعيد والقريب فلانه اذا كان لا يبيت عن منزله فهو في حكم المصر ومحا الذي
والذي فرق بين ما له حمل وبين ما لا حمل له ان ما له حمل اذا احتاج شريكه الى رده لزمه مؤنة في الرد
وما لا مؤنة له لا يوجد فيه ذلك ۞ وقد ذكر ابو الحسن وقال الطحاوي اشتركا في الاشياء كلها وليس
في شيء بعينه وهي مفاوضة او عنان في الشرى والبيع بالنقد والنسيئة فلهذا ان يسافر في بيع من
بيع الشركة له حمل ومؤنة او لا حمل له بغير اذن شريكه قال هذا عطفا على قول ابي يوسف وذلك
لانهما اذا عقدا الشركة عامة فقد فوض اليه الراي على العموم فكانه قال له اعمل برايك ۞ وقد
قال ولو جمعا في الشريك ورب المال اذا قال اعمل برايك ان له السفر لانه فوض اليه الراي في التصرف
الذي اشتملت عليه الشركة ۞ قال ابو الحسن في الجامع عطفا على هذه المسئلة قال وكل شيء من هذا
خرج فيه الشريك او المضارب الى موضع البيع الذي يشتري فيه فلا ضمان عليه وليس هذا كالسفر وانما
يعني بهذا اذا اشتركا في نوع من الاموال يبتاع في موضع مخصوص فسافر الشريك لابتياعه لان الشركة
تقتضي المعتاد من ذلك النوع فكانه اذن في السفر اليه ۞ قال ابو يوسف عطفا على قوله ليس لاحد
الشريكين ان يسافر فان سافر احدهما فهلك فلا ضمان عليه اذا كان لا حمل له ولا مؤنة واذا كان له حمل
ومؤنة فهو ضامن وهذا على الرواية التي تجوز له السفر احدهما دون الاخر ۞ قال وما لم يكن فيه مؤنة
فاشترى به في السفر او باع فربح او وضع فانه يجب في القياس ان يكون الربح له ولكني ادع القياس
فان عطب كان ضامنا وان سلم كان الربح بينهما ۞ وكذلك ما سافر به من متاع الشركة مما له حمل ومؤنة
فباعه فتوي الثمن او توي المتاع من قبل ان يبيعه فهو ضامن فان سلم فالربح بينهما على الشركة وهذا
يتفرع على الرواية الاخرى التي تسوي فيها بين الامرين في المنع من السفر ووجه القياس انه صار ضامنا
بالسفر والضامن يبان في الامانة فكان الربح له كالغاصب ووجه الاستحسان انه لما سلم حكمنا بزوال
الضمان فصار كانه لم يكن ولانا ضمناه للخطر كما قال فاذا سلم فقد زال المعنى الموجب للضمان وهذا
نظير ما قالوا في المستاجر اذا تعدى في الحمل وسلمت الدابة فالقياس انه لا يلزمه الاجرة لانه غاصب

بالتعريب والاجر والضمان لا يجتمعان الا انهم استحسنوا اذا سلم ان يجب الاجر لان المعنى الموجب للضمان قد زال فكانه لم يكن ❊ واذا سافر الشريك بالمال وقد اذن له في السفر او قيل له اعمل برايك او كانت الشركة مطلقة على الرواية التي تجوز السفر فله ان ينفق ويحمل المال على نفسه في كرايه ونفقته وطعامه وادامه من راس المال ❊ وروى ذلك الحسن عن ابي حنيفة وقال محمد هذا استحسان لان نفقته من مال الغير لا تجوز الا بصريح الاذن وانما استحسنوا لان السفر اذا كان لاجل مال الشركة فالعادة ان الانسان لا يلتزم نفقته من ماله لربح يجوز ان يكون ويجوز ان لا يكون وانما ينفق في العادة من المال فصار المعتاد كالمنطوق به ❊ قال محمد وان ربح حسب النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من راس المال لان النفقة جزء هالك من المال فان كان هناك ربح فهو منه والا فهو من الاصل ❊ قال الحسن عن ابي حنيفة ولكل واحد منهما ان يبيع ما اشتراه هو وما اشتراه صاحبه ممن لحقه على ما اشتراه وذلك لان كل واحد منهما وكيل بالشري لصاحبه وبالبيع ومن وكل بالبيع جاز ان يبيعه ممن لحقه ❊ فان باع احدهما متاعا من شركتهما فرد عليه بعيب فقبله بغير قضا قاضي جاز ذلك عليهما لان كل واحد منهما يملك ان يشتري ما باعه على الشركة وقبول المبيع بغير قضا في حكم شري مبتدا ❊ وكذلك لو حط من ثمنه او اخر ثمنه يعني لاجل العيب لان العيب يوجب الرد ❊ ويجوز ان يكون الصلح والحط انفع من الرد ❊ قال وكذلك لو احتال بثمنه على رجل جاز لان الحوالة تمليك مال في الذمة بمثله كالصرف ❊ وان حط احدهما عن غريم لهما شيئا من غير عيب ومن غير ان يخاف منه جاز نصف الحط في حصته ولم يجز على صاحبه لان الحط بغير عيب تبرع والتبرع الانسان يجوز في مال نفسه ولا يجوز في مال شريكه ❊ وكذلك لو وهب لان الهبة صريح تبرع وذلك لا يجوز في ملك الغير ❊ قال ولو اقر احدهما بعيب في متاع باعه جاز عليه وعلى صاحبه قال وهذا قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف وبه ناخذ وذلك لان الشريك لا يلزمه الجحود اذا كان يعلم بالعيب فاذا اقر به لم يكن مفرطا ❊ وقد قالوا في الوكيل اذا اقر بالعيب فرده القاضي عليه كان له ان يخاصم الموكل لانه لا يملك الشري في حقه وقوله غير مقبول ان العيب كان في يده فاما الشريك فليس بمتعد في الاقرار وهو يملك الشري في حق شريكه فلذلك لزمهما ❊ قال فان قال كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك برايك جاز لكل واحد منهما ان يعمل ذلك كله فيما يقع في التجارة من الرهن ودفع المال مضاربة والسفر بالمال والارتهان وان يخلطه بماله وان يشارك فيه وذلك لانه فوض اليه الراي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فاذا فعل ما هو من التجارة جاز على العموم ❊ وانما لا يجوز له ان يشارك لانه بالشركة يوجب في مال شريكه حقا لغيره فاذا فوض اليه الراي فقد رضي بذلك ❊ واما الهبة والقرض وما كان اتلافا للمال او تمليكا له بغير عوض فان ذلك لا يجوز الا ان ينص عليه بعينه ❊ لان هذا ليس من التجارة وهو انما فوض اليه الراي في التجارة خاصة ❊ وقد قالوا ان الشريك اذا لم يقل له اعمل برايك لم يجز له ان يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضي به مالك المال ❊ وقالوا ان شارك احد الشريكين رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه بين الشريكين وذلك لانه لا يملك الشركة في حق الشريك ويملك التوكيل وفي مضمون الشركة التوكيل فاذا اشترى الشريك كان نصف ما اشتراه بينهما فاذا اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه بينه وبين شريكه نصفين ولا شي للاجنبي منه لانه لم يوكله فبقي ما اشتراه على حكم الشركة ❊ قال الحسن واذا شارك احد الشريكين شركة عنان رجلا شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان الا ترى ان المفاوض يجب ان يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته ❊ وان كان ذلك بحضرة من صاحبه صحت المفاوضة وكان ذلك ابطالا لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه فاذا فعل ما يقتضي الفسخ كان فسخا ❊ وقالوا اذا اخذ احد شريكي العنان مالا مضاربة فهو له خاصة لان المضارب يستحق الربح في مقابلة عمله فانفرد به كما لو اجر نفسه ❊ قال واذا قال احد الشريكين للاخر اعمل برايك فليس له ان يتزوج ولا ان يكاتب لان ذلك ليس من التجارة وهو انما جعل اليه عموم التصرف في التجارة ❊ قالوا ولا يستولد جارية من المال لان في ذلك ابطالا للشركة وهو انما جعل اليه عموم التصرف في الشركة لا في ابطالها ❊

باب ما يجوز لاحد المفاوضين ان يعمله في مال المفاوضة

قال ابو الحسن كل ما ذكرت لك انه يجوز لشريك العنان ان يفعله فذلك جائز للمفاوضين ويجوز على شريكه ❊ وذلك لان المفاوضة اعم من العنان فما جاز لشريك العنان من التصرف فجوازه للمفاوض اولى ❊ وعلى هذا كل ما كان شرطا في صحة شركة العنان فهو شرط في صحة شركة المفاوضة لان المفاوضة اعم من العنان فهي تقتضي شروط العنان وزيادة ❊ وكل ما فسدت به شركة العنان فهي مفسدة لشركة المفاوضة لان المفاوضة لا يفسدها ما لا يفسد العنان فلان يفسدها ما يفسد العنان اولى ❊ ويجوز للمفاوض ايضا ما لا يجوز للشريك العنان مما يختص به المفاوض من ان يجوز اقراره بالدين عليه وعلى شريكه ويطالب المقر له ايهما شا لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر

فيلزمها المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالته ❊ وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين بسائر العقود التي تكون من التجارة من الشري والبيع والاستيجار وغير ذلك من سائر ما يضمنه احدهما من الاموال بالغصوب والبيوع الفاسدة والخلاف في الودائع والعواري والاستهلاكات والاجارات اما ما لزم احدهما بالعقود التي تكون من التجارة فذلك دين لزم بسبب الشركة وكل واحد منهما كفيل عن الاخر فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البينة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يتول العقد لان الدين لازم له كما هو لازم لشريكه ولانه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه ❊ فاما البيع الفاسد فهو مما اشتملت عليه الشركة الا ترى ان الامر بالبيع يقتضي الصحيح والفاسد ❊ واما الغصب فانه يلزم الشريك ضمانه عن شريكه وروى الحسن بن ابي مالك وعلي بن الجعد عن ابي يوسف ان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله دون شريكه وكذلك الا ان يدل ذلك وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان ضمان الغصب يجري مجرى ضمان البيع الفاسد لان الضمان متعلق بالعقد ولانه بدل عما ملك بالفعل ويصح الاشتراك فيه كالبدل في البيع ووجه قول ابي يوسف انه ضمان يتعلق بالفعل فاشبه ضمان الجناية ❊ واما الخلاف في الودائع والعواري والرهون والاجارات فهو كضمان الغصب لانه يلزم بالتعدي في ملك الغير ❊ فاما اذا كفل احدهما عن غيره فذلك لازم لشريكه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه وجه قول ابي حنيفة ان الكفالة تمليك مال بمال بعض العقد كالصرف ووجه قولهما ان الكفالة تبرع كالهبة والصدقة والقرض ❊ واما اذا كفل احدهما بنفس لم يؤخذ بذلك شريكه في قولهم لان الكفالة بالنفس لا تتضمن ما يصح فيه الاشتراك فصارت كالنكاح ❊ وان جنى احدهما جناية في بني ادم لم يلزم شريكه لان الجناية ليست من التجارة ولانه مال لزم بدلا عما لا يصح الاشتراك فيه وكذلك ان تزوج امراة على مهر لم يلزم ذلك شريكه لان المهر بدل عما لا يصح فيه الاشتراك ❊ واما اذا جنى احدهما على دابة او ثوب لزم شريكه في قول ابي حنيفة ومحمد لانه يملك المجني عليه بالضمان وذلك مما يصح فيه الاشتراك ❊ قال ويجوز لاحدهما ان يكاتب عبدا للتجارة او ياذن له في التجارة وذلك لان تصرف كل واحد منهما عام فيما عاد نفعه الى المال كتصرف الاب في مال الصغير ❊ وقال ابن رستم عن محمد وكل ما يجوز ان يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه اجوز امرا وانما يعني بذلك ان الاب اذا جاز له التصرف في مال ابنه فالشي بجوازه للمفاوض اولى والاذن والكتابة يملكها الاب في مال ابنه ❊ قال ولا يجوز ان يعتق شيئا من عبيد التجارة على مال لان العتق من جنس التبرع الا ترى انه يتعجل العتق بمال يجوز ان يسلم ويجوز ان لا يسلم ولهذا لا يملكه الاب في مال ابنه ❊ قال ولا يزوج العبيد لان تزويج العبد ضرر لا نفع فيه لان المهر والنفقة يجب في رقبته وولده لغيره وينتقص من قيمته فلا يملكه الانسان في مال غيره ❊ قال ويجوز ان يزوج الاما لان تزويج الاما فيه منفعة الا ترى انه تسقط عنه نفقتها ويستحق مهرها وولدها وتصرفه عام في كل ما عاد نفعه الى المال فيجوز ❊ قال ويجوز ان يدفع المال مضاربة لانه يملك ان يستاجر من يعمل باجر مضمون فلان يملك ان يستعمله بمال غير مضمون اولى ❊ قال ويجوز ان يشارك شركة عنان عند ابي يوسف ومحمد ولا يجوز في رواية الحسن لان شركة العنان اخص من المفاوضة فجاز ان يستفاد بعقدها كما يستفاد المضاربة بعقد العنان ولان الاب يملك ذلك في مال ابنه فكذلك يملك المفاوض على شريكه ❊ وجه رواية الحسن انه يوجب للشريك حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه ❊ واما اذا فاوض احدهما رجلا جاز عليه وعلى شريكه في قول محمد ذكره في الاصل قال ابو يوسف لا يجوز وكذلك في رواية الحسن وجه قول ابي يوسف ان العقد لا يستفاد بما هو مثله وانما يستفاد به ما هو دونه وجه قول محمد ان تصرف كل واحد منهما عام فصار كتصرف الاخر ❊ قال ويجوز ان يرتهن ويرهن على شريكه لان كل واحد منهما يملك ان يستوفي ما باعه الاخر فكذلك يملك ان يرتهن لان الرهن للاستيفاء ويلزم كل واحد منهما ان يوفي ما على الاخر فلذلك يجوز ان يرهن لان الرهن للايفاء ❊ قال ويجوز ان يقبض كل واحد منهما ما ادانه او ادانه صاحبه او اداناه جميعا او وجب لهما على رجل من غصب او كفالة لان كل واحد منهما كفيل ووكيل للاخر فيلزمه ان يستوفي حقه وكل واحد منهما تصرفه كتصرف الاخر ❊ قال وما وجب عليه فلصاحب الحق ان ياخذ كل واحد منهما به لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر فيطالب بحق الكفالة ❊ قال وكل واحد منهما خصم عن الاخر يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارات وذلك لما بينا ان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانها يمين على فعل الغير ❊ قال واذا اشترى احدهما طعاما لاهله او كسوة او ما لا بد له منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه وللبائع ان يطالب بثمن ذلك ايهما شا وهذا استحسان والقياس ان يكون المشترى بينهما لانه مما يصح الاشتراك فيه فصار كسائر الاعيان وجه الاستحسان ان الضرورة تدعو الى شري القوت والكسوة لانه مما لا بد منه فصار مستثنى من المفاوضة بالعرف فاختص به المشتري ❊ قال وللبائع ان يطالب بالثمن ايهما شا لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا انهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه يقضي دينه من ماله فرجع به عليه ❊ قال وليس له ان يشتري جارية للوطي ولا للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا امره به الى

قال وان اشترى احدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهو له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة الاختلاف وذكر في الجامع
الصغير فقال عند ابي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن وقال ابو يوسف ومحمد يرجع عليه بنصف الثمن وجه قول
ابي حنيفة ان الجارية داخلة في الشركة بدلالة انها لو لم تدخل استوى فيها الاذن وعدم الاذن كالطعام المشترى
واذا دخلت في الشركة فالاذن في الشرا لا يخلو اما ان يكون لجواز الشرى او للانفراد بها او لتمليكها ولا يجوز ان يكون
لجواز الشرى لانه يملك بغير الاذن ولا يجوز ان يكون للانفراد بها لانه لا يستبد بها وان اذن فلم يبق الا ان يكون التمليك
فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبي فيها فيكون هذا هبة متعلقة بالشرى واذا اشترى وقبض صحت
الهبة وجه قولهما ان الجارية مشتراة على الشركة والاذن في الشرى لجواز الانفراد بها بعد الشركة ولا يثبت
سقوط الثمن من غير حاجة اليه ۞ قال وان اشترى احدهما جارية للوطي باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى
الواطي العقر يأخذ المستحق بالعقر ايهما شا لان هذا ضمان وجب بسبب البيع والضمان الواجب بسبب البيع يلزم كل
واحد منهما كالثمن وليس كذلك المهر في النكاح الصحيح والفاسد لانه مال لزم بسبب النكاح فلا يدخل في الشركة
ولو اقال احدهما في بيع باعه الاخر جاز عليهما لانه يملك الشرى على الشركة والاقالة في معنى الشرى ولان الاقالة
يملكها شريك العنان فالمفاوض اولى ۞ واذا مات احد المتفاوضين او تفرقا لم يكن للذي لم يل المداينة ان يقبض
الدين لان الشركة بطلت بالموت الا ترى انها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان امره وتبطل بموت الوكيل
لتعذر تصرفه واذا بطلت الشركة بطلت الوكالة التي في مضمونها فلم يجز لاحدهما ان يقبض نصيب الاخر اذا لم
يكن هو الذي ولي العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الموكل يجوز استحسانا ۞ واما
الذي ولي المداينة فله ان يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المداينة فلا يبطل بفسخ الشركة كما لا يبطل بالعزل ۞
واذا اجر احد المتفاوضين نفسه في خياطة او عمل من الاعمال والاجر بينهما نصفان وكل كسب اكتسبه احدهما
فهو بينهما نصفان وهذا على وجهين اذا اجر نفسه على عمل يصير مضمونا عليه بالعقد صار ذلك العمل مضمونا
على شريكه بالكفالة وكانت الاجرة بينهما فاما اذا اجر نفسه في عمل لا يكون مضمونا عليه فالاجرة له خاصة مثل
ان يواجر نفسه يخدم رجلا لان العمل ليس بمضمون عليه فلا يستحق شريكه الاجرة مع عدم الضمان ۞ وقال
ابو حنيفة اذا اقتضى احدهما دينا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لانه اذا اقتضى صار المقتضي دينا على القاضي ثم
يصير قصاصا من طريق الحكم وهو ملك المداينة بحكم الشركة فلذلك جاز القضاء ۞ ولا ينتقض المفاوضة لان مال
احدهما العين لم يزد على مال الاخر ۞ وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لانه قبض ما للشريك ان يملكه
ويرجع على شريكه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ۞ فان استوجع ذلك بطلت المفاوضة
لان ملكه زاد على مال شريكه ۞ قال فان رهن به احد من المفاوضين وهو خمسمائة وقيمتها الالف فان ماتت في
يد المرتهن ذهبت بخمسمائة ولا يضمن ما بقي لانه مودع في مقدار الامانة من الرهن وللمفاوض ان يودع ۞ وكذلك
وصي ايتام رهن امة لهم باربع مائة عليهم قيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت باربع مائة ويكون ذلك دينا للورثة
على الوصي وهو امين في الفضل وكذلك الاب يرهن امة ابن له صغير بدين عليه وذلك لان الاب والوصي
يملكان الوديعة وما زاد على مقدار الدين من الرهن امانة فيصير كالوديعة ۞ وقال الحسن قال ابو حنيفة
لو اقرض احد المتفاوضين مالا او اعطاه رجلا ليأخذ به سفتجة كل ذلك جائز عليهما ولا يضمن نوى المال او لم
ينوه في قياس قول ابي يوسف ان الذي اقرض واعطى السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع
على اختلافهم في الكفالة لان الكفيل في حكم المقرض فاذا جاز ذلك عند ابي حنيفة في حق الشريك جاز القرض
وعلى قول ابي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض ۞ وفي النوادر احد المتفاوضين
اذا استاجر ابلا الى مكة ليحج او ليحمل عليها متاعه من بيته فللموجر ان يطالب ايهما شا بالاجر لان المعقود
عليه مما يجوز دخوله في الشركة الا ترى انه لو بدا له في حمل متاعه فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل
ذلك في الشركة كان البدل عليهما ۞ ولو اجر احدهما عبدا له ورثه لم يكن للشريك ان يقبض الاجرة
لانها بدل عما لم يدخل في الشركة فلم يملك قبضه كالدين الذي وجب له من الميراث ۞

باب من تجوز له شركة المفاوضة

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترك الرجلان واحدهما حر مسلم والاخر عبد او مكاتب او صبي ماذون له في التجارة شركة مفاوضة لم
يصح وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضي التساوي في المال والتصرف والعبد والمكاتب لا يساويان الحر
في التصرف لان تبرعهما لا يجوز وتبرع الحر جائز وكفالتهما لا تصح واذا لم يتساويا في التصرف لم تجز الشركة ۞
وكذلك العبدان والصبيان والمكاتبان اذا اشتركوا لان المفاوضة تقتضي الكفالة وكفالة هولاء لا تصح ۞
وانما كانت الشركة عنانا لان العقد فيها شرط لا يعتبر في العنان فبطل معنى المفاوضة وبقي العنان ۞ وقال
ابو حنيفة ومحمد لا يصح المفاوضة بين المسلم والذمي وقال ابو يوسف يصح وجه قولهما ان المسلم والذمي
لا يتساويان في التصرف اذ الذمي يتصرف في الخمر والخنزير دون المسلم وعدم التساوي في التصرف يمنع جوازها ۞
وجه قول ابي يوسف ان الخمر والخنزير مستثنى من شركتهما وهما حران تجوز كفالتهما فهما كالمسلمين ۞

واما المسلم والمرتد فلا تجوز الشركة في قولهم هكذا ذكر ابو الحسن ورواه عيسى وقال محمد في الاصل قياس قول
ابي يوسف ان يجوز فاما على اصل ابي حنيفة فلان المرتد موقوف التصرف وملكه موقوف فلم يساو المسلم في
الملك ولا في التصرف فلم تجز شركتهما ۞ واما محمد فقال لان احد الشريكين كافر يمنع صحة المفاوضة كالذمي واما
ابو يوسف يفرق بين المرتد والذمي لان ملك المرتد معرض للزوال وتصرفه ناقص الا ترى ان حاكما لو حكم ببطلان
تصرفه وزوال ملكه نفذ حكمه واذا انتقص ملكه وتصرفه حل محل المكاتب ۞ واما اذا تشارك المسلم والمرتدة
فلا تجوز ذكره ابو الحسن وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة ومحمد لان الكفر عندهما يمنع من انعقاد الشركة كالكفر
الاصلي فاما ابو يوسف فالكفر عنده لا يمنع وانما لم يجز في المرتد لنقصان ملكه وتصرفه وهذا لا يوجد في المرتدة
لانها لا تقتل فكان الواجب ان تجوز الشركة ويجوز ان يقال ان الردة تمنع صحة المفاوضة كالرجل ۞ واما اذا تفاوض
الذميان جازت مفاوضتهما وان اختلف دينهما لانهما تساويا في تمام الملك والتصرف ويصح كفالتهما كالمسلمين
واختلافهما في الدين غير مؤثر لانه لا يوجب اختلاف التصرف ۞ واما اذا تفاوض المرتدان او اشتركا شركة
عنان فذلك موقوف عند ابي حنيفة على اصله ان عقود المرتد موقوفة فان اسلما جاز عقدهما وان قتلا على
ردتهما او لحقا وحكم بلحاقهما بطل تصرفهما فاما على قولهما فشركة العنان جائزة لان عقودهما نافذة جائزة ۞
فاما المفاوضة فينبغي ان لا تجوز لان عند ابي يوسف نقصان الملك يمنع المفاوضة وملكهما ناقص لان الحاكم لو حكم
بزواله نفذ حكمه فصارا كالمكاتبين واما محمد فمن اصله ان المرتد كالمريض في عقوده وكفالة المريض لا تصح الا
من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الاطلاق ۞ واما اذا شارك مسلم مسلما ثم ارتد احدهما فان قتل
او لحق فحكم بلحاقه بطلت الشركة وان رجع مسلما قبل ذلك فهما على الشركة لانه اذا قتل او لحق بدار الحرب
فحكم بلحاقه قد زالت املاكه عند ابي حنيفة من حين ارتد فكانه مات فيبطل شركته وان اسلم زالت المراعاة في ملكه
فكان الردة لم تكن ولهذا قال ابو حنيفة ان المرتد منهما اذا اقر ثم قتل لم يلزمه اقراره ولم يلزم شريكه لان الملك
يحكم بزواله من حين الردة فقد اقر بعد بطلان الشركة ۞ فاما على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذلك
بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما بطلت بالقتل والحكم فما قبل ذلك الشركة باقية فينفذ تصرفه واقراره ۞ قال
ويكره للمسلم ان يشارك الذمي لانه يعقد عقودا لا تجوز في الاسلام فيحصل الكسب من وجه محظور على المسلم
ولهذا كرهوا ان يوكل المسلم الذمي ۞

باب شركة الوجوه

قال ابو الحسن واذا اشترك الرجلان على ان يشتريا ويبيعا بوجوههما على ان ما اشتريا او احدهما فهو بينهما
نصفان او شرطا ان لاحدهما من ذلك الثلثين وللاخر الثلث او ارباعا او كيف ما شرطا وقوع الملك في المشترى بينهما
فهو جائز والربح بينهما على قدر ملكهما فيما اشتريا ولكل واحد منهما حصة ملكه لا يجوز ان يفضل احدهما على صاحبه
شيئا وقد بينا جواز هذه الشركة وانها منعقدة على الضمان والضمان يستحق به الربح فمقدار ما ضمن كل واحد منهما بالعقد
له ربحه فان شرط له اكثر من نصيبه لم يجز لانه ربح شرط له من غير مال ولا ضمان وذلك لا يجوز فان قيل يجوز ان
يكون فضل الربح شرط لفضل العمل قيل له العمل الذي يستحق به الربح في الشركة انما يكون اذا انعقدت على العمل
في مال معلوم كالمضاربة وشركة العنان وفي مسئلتنا لم يشترط العمل في مال معين فلم يجز استحقاق الربح بالعمل
كرجل قال لرجل انا ادفع اليك الفا مضاربة على ان تعمل بالنصف ولم يعينها لم تجز المضاربة لانه لم يشترط العمل في
مال بعينه ۞ قال وهما في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل احدهما على شريكه وما لا يجوز
بمنزلة شريكي العنان لانهما اطلقا الشركة والشركة المطلقة تقتضي العنان ۞ فان اشتركا بوجوههما شركة
مفاوضة فذلك جائز لانهما ضما الى الوكالة الكفالة وذلك جائز الا انه لا بد من التساوي فيما يبتاعانه لان المفاوضة تمنع من التفا[ضل] صح

باب الشركة بالاعمال

قال رضي الله عنه قد بينا جواز شركة الصنايع مع اختلاف الصنعة واختلافها فاذا اطلقت فهي عنان وان شرطا فيها
المفاوضة فهي مفاوضة لانهما ضما الى الوكالة الكفالة وذلك جائز ۞ فان عمل احدهما دون الاخر والشركة عنان او مفاوضة
فالاجر بينهما على ما شرطا لان العمل استحق عليهما بالعقد فاذا انفرد به احدهما فمعينا لصاحبه في نصف العمل
والاجر لمن لزمه العمل بالعقد كالقصار اذا استعان برجل في القصارة ۞ قال وان شرط لاحدهما فضل عن
صاحبه وعملهما واحد او متفرق فاشترط لاحدهما الثلثين او ثلثة ارباع وللثاني ما بقي فهو جائز على ما شرطا اذا
كانا قد شرطا العمل جميعا وعمل بعد ذلك الذي شرط الكثير او لم يعمل وهذا انما يصح في شرط الزيادة اذا شرطا
التفاضل في ضمان ما يتقبلانه فاستحق زيادة الاجر بزيادة الضمان فاما ان يستحقا الربح على التفاضل والعمل
متساوي فلا يجوز لما قدمنا في شركة الوجوه ان العمل انما يستحق به الربح اذا شرط في مال بعينه ۞
وحكي عن ابي الحسن انه علل لهذه المسئلة فقال المنافع غير متقومة الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار
ما شرط لنفسه فلذلك لم يستحق الزيادة عليها ۞ قال ابو بكر لا يجوز ان يستحق الفضل بالعمل وانما يستحق
بزيادة الضمان الا ترى ان عمل احدهما لو كان افضل من عمل الاخر فشرط ادونهما عملا الثلثين جاز ذلك فعلم ان زيادة

الاجر فيستحق بفضل الضمان لا بفضل العمل ۞ قال فاما الوضيعة فلا تكون بينهما الا نصفين على قدر عملهما ۞ وان كانا شرطا ان ما يتقبلان من شي فثلثا على احدهما بعينه وثلث على الاخر والوضيعة نصفان فالقبالة بينهما على ما شرطا والربح على ما شرطا واشتراطهما الوضيعة باطل وهي على قدر ما شرطا على كل واحد منهما من القبالة وقياس القبالة شركتهما بالاموال العين على ما وصفت لك وذلك لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضيعة على قدر ذلك الا ترى ان المال يجوز ان يستحق فيه الربح بالشرط اولى ان تكون الوضيعة على قدر الضمان ۞ قال محمد في الاملاء ولا يشبه شركتهما في القبالة شركتهما بالدين لانهما حين تقبلا لم يلزمهما مال بضمانه فيما للقبالة فلا تقاس القبالة على الشري بالدين وانما يقاس القبالة فيما يتقبلا نه من اعمال شركتهما بالمال العين في جميع ما وصفت لك وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقولنا وهذا القول عن محمد يدل على ان ما قاله ابو الحسن ان زيادة الشرط في شركة الصنايع تستحق بفضل العمل كما تستحق في شركة العنان وان كان في ذلك مفارقا لشركة الوجوه التي تستحق فيها الربح بالضمان ۞ قال بشر عن ابي يوسف في كتاب المضاربة ولو ان شريكين اشتركا في عمل بايديهما كل واحد منهما له عمل غير عمل صاحبه فمرض احدهما او بطل او سافر فما عمل الاخر فهو بينهما وكذلك ما عمل المسافر لان ما تقبله كل واحد منهما يجب عمله عليهما فاذا انفرد احدهما بالعمل كان معينا للاخر ۞ قال ولو شرط لاحدهما ثلثي الكسب وللاخر الثلث على ان العمل عليهما نصفان او على ان العمل عليهما اثلاثا او ثلث فالشركة جائزة ما خلا ان يشترط العمل نصفين والاجرة والكسب اثلاثا ۞ قال ولو اشتركا ولم ينسبا العمل الى نصفين واشترطا الكسب اثلاثا فهو جائز وذلك لانهما لما اشترطا العمل نصفين والكسب اثلاثا فقد شرطا لاحدهما فضل عمل الاخر وذلك لا يصح ۞ وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا دفع رجل الى احدهما عملا فله ان يطالب ايهما شاء بالعمل وكل واحد منهما ان يطالبه باجرة العمل والى ايهما دفع صاحب العمل برئ وعلى ايهما وجب ضمان العمل كان لصاحب العمل ان يطالب الاخر وان لم يتفاوضا ولكن اشتركا شركة مبهمة وهذا استحسان وقال بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة اذا جنت يد احدهما فالضمان عليهما جميعا ياخذ صاحب العمل ايهما شاء بجميع ذلك ووجه القياس ان هذه الشركة شركة عنان فما لزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الاخر وما يثبت لكل واحد منهما بعقده لا يطالب به الاخر ۞ ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضاها الضمان الا ترى ان العمل الذي يتقبله احدهما مضمون على الاخر ولذلك يستحق الاجر واذا كان الضمان مقتضاها اجروها في باب ضمان العمل واقتضاء البدل مجرى المفاوضة ولم يجعلوها مفاوضة في غير هذا الوجه لانهم قالوا في الدين اذا اقر به احدهما من ثمن صابون او اشنان او عمل من عمل العملة وكذلك اجر اجير او بيت لمدة قد مضت فانه لا يصدق على صاحبه الا ببينة ويلزمه ذلك خاصة ولا يرجع عليه بشيء او يقر به صاحبه اذا كان ذلك مستهلكا وكانت المدة قد مضت في الاجارة وان كانت الاجارة لم تنقض او المبيع لم يستهلك لزمهما جميعا باقراره وان محمدا شرحه فدل على انهم جعلوها كشريكي العنان في هذا الوجه واجروها مجرى المفاوضة في لزوم العمل والمطالبة بالاجر لما قدمناه ۞ وقال ابو يوسف ان ادعى على احدهما ثوب عندهما فاقر احدهما وجحد الاخر جاز على الاخر ويدفع الثوب ويأخذ الاجر وليس هذا بقياس وانما هذا استحسان لانهما لما ضمنا وضمن يصدق كل واحد منهما على صاحبه انهما شريكان شركة عنان ولم ندع القياس في هذا ونستحسن ووجه القياس ان الثوب في ايديهما فاذا اقر احدهما وجحد الاخر فقد اقر ان المدعي فيما في يده دون ما في يد شريكه كشريكي العنان اذا اقر احدهما بثوب من شركتهما ووجه الاستحسان ان كل واحد منهما لما لزمه حمل العمل كان له المطالبة بالاجر وعليه المطالبة بالعمل ويلزمه ما حدث عن عمل شريكه صار كالمتفاوضين فاذا اقر احدهما لزم الاخر ۞ وقال ابن سماعة عن محمد لا يقبل اقرار احدهما على الاخر ويجوز فيما في يد المقر وفي الشي الذي اقر به صاحبه نصفين اذا كانت الشركة نصفين صدق في نصف ما اقر به وهذا الذي قاله محمد هو القياس لان الشي في ايديهما وشركتهما عنان وانما استحسنوا في ضمان العمل والمطالبة بالاجر فما سوى ذلك باق على اصل القياس ۞

باب الشركة الفاسدة

قال ابو الحسن واذا اشترك الرجلان في الشي المباح يملكه من اخذه بالاخذ مثل الصيد والحطب والحشيش وما يكون في الجبال من الثمار وفي المعادن من التراب وما اشبهه على ان يصيدا او يحتطبا او يحتشا او يستقيا الماء ويبيعانه على ان ما اصابا من ذلك فبينهما فالشركة فاسدة ولكل واحد منهما ما اخذ ملكا له وثمنه له وربحه ووضيعته عليه وذلك لان كل واحد منهما ملك ما اخذه بالاخذ وليس لشريكه عليه سبيل ولان الشركة تنعقد على ما تنعقد عليه الوكالة ولو وكل رجل رجلا باصطياد لم يجز التوكيل فكذلك لا تجوز الشركة ۞ ولان كل واحد منهما يريد ان يستحق كسب الاخر من غير مال ولا ضمان ولا عمل وذلك لا يجوز ۞ واذا لم تصح الشركة كان لكل واحد منهما ما اخذه لانه ملكه بالاخذ ۞ فان اخذاه جميعا معا فذلك بينهما نصفين لانهما تساويا في سبب الاستحقاق فتساويا في الاستحقاق ۞ فان اخذ كل واحد منهما على الانفراد وخلطاه وباعاه فان كان مما يكال او يوزن قسم الثمن بينهما على قدر الكيل الذي لكل واحد منهما او الوزن وان كان لا

يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما يضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له لان المكيل والموزون غير متفاوت والثمن مقابل لذلك فاستحق كل واحد منهما من الثمن بقدر ملكه وان كان مما لا يكال ولا يوزن وهو متفاوت قسم الثمن على قيمته ۞ فان لم يعرف الكيل والوزن والقيمة فصدق كل واحد منهما يصدق فيما يدعي الى النصف من ذلك وان ادعى اكثر من النصف فعليه البينة وذلك لانه في ايديهما والنسا وي في اليد يقتضي التساوي في الملك ۞ فان عمل احدهما واعانه الاخر في عمله او جمعه فله اجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك في قول ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ وانما وجب الاجر لان الاخذ في المباح قد بينا انه سبب للملك وقد استوفى منفعة الاجير بعقد فاسد فكان له اجر المثل ۞ قال ابو يوسف لا يجاوز به المسمى لانه رضي بذلك فسقط ما زاد عليه كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له اجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن وجه قول محمد ان الاجر لا يزاد على المسمى لانه لما رضي بالتسمية وهي قدر معلوم اسقط ما زاد عليه ونصف الحطب في مسئلتنا ليس بمعلوم حتى يكون مسقطا لما زاد عليه من اجر مثله ولهذا يستحق اجر المثل وان لم يجمع ما له قيمة ۞ قال وان كان لهما كلب فارسلاه جميعا كان ما اصاب بينهما لانهما تساويا في سبب الاستحقاق ۞ ولو كان الكلب لاحدهما او كان في يده فارسلاه جميعا كان ما اصاب الكلب لصاحبه خاصة لان ارسال غير المالك لا يعتد به مع ارسال المالك فصار كان المالك ارسله بنفسه ۞ فان كان لكل واحد منهما كلب فارسل كل واحد منهما كلبه فاصابا صيدا واحدا كان بينهما نصفين لانهما تساويا في سبب الاستحقاق ۞ فان اصاب كلب كل واحد منهما صيدا على حدة كان له خاصة لانه ملك بفعله فاختص به دون غيره ۞

باب الرجلين يشتركان في الحمل على الابل او غيرها

قال ابو الحسن واذا اشترك الرجلان ولاحدهما بغل وللاخر بعير فاشتركا على ان يواجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شي فهو بينهما فاجراهما جميعا باجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم فان هذا فاسد لا يجوز ويقسم الاجر بينهما على مثل اجر البغل ومثل اجر البعير ۞ وانما فسدت هذه الشركة لان الوكالة لا تصح على هذا الوجه الا ترى ان رجلا لو قال لرجل اجر اجر بعيرك على ان اجرته بيننا لم تصح فكذلك الشركة ولان الاعيان لا تصح الشركة فيها فكذلك منافعها واذا فسدت الشركة فالاجارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الاجارة ان تقسم الاجر على قيم المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين ۞ ولو تقبلا حمولة معلومة باجر معلوم ولم يواجرا البغل والبعير فحملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفان وذلك لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا في الضمان ولا معتبر لزيادة حمل البعير على البغل كما لا يعتبر في شركة الصنايع بكثرة عمل احدهما او بكون احدهما احذق من الاخر ۞ قال ولو اجرا البعير بعينه كانت اجرته لصاحبه دون صاحب البغل وكذلك لو اجرا البغل بعينه كان الاجر لصاحب البغل دون صاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير باذن مالكه فكان الاجر له ۞ قال وان كان الاخر اعانه على الحمولة والنقل كان للذي اعانه اجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الذي اجر ابه في قول ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ وانما وجب على صاحب البعير الاجر لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد والمنافع تتقوم بشبهة العقد ۞ ومن اصل ابي يوسف انه لا يجاوز باجر المثل المسمى معلوما كان او مجهولا وقد رضي الشريك بنصف الاجرة ۞ فاما محمد فقال ان كان المسمى مجهولا افسد العقد فله اجر مثله بالغا ما بلغ وقد بينا هذا في شركة الاحتطاب ۞ قال ولو ان قصارا له اداة القصارة وقصارا له بيت اشتركا على ان يعملا باداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان هذا جائزا وكذلك الصناع الخياطون والصباغون وذلك لان الكسب ها هنا بدل عن العمل وقد صار العمل مضمونا عليهما فيدل لهما واحدهما معين للاخر بنصف الالة والاخر معين له بنصف الدكان ونظيره من المسئلة المتقدمة ان يتقبلا الحمولة ثم يحملاها على دوابهما ۞ ولو ان رجلين اشتركا ولاحدهما دابة وللاخر اكاف وجوالق فاشتركا على ان يواجرا الدابة على ان اجرها بينهما نصفان كانت الشركة فاسدة واجر الدابة لصاحبها وللرجل معه اجر المثل في قولهم اما فساد الشركة فلما قدمنا واما الاجر فهو بدل عن منافع الدابة فكان لصاحبها وقد استوفى منافع الة الاخر بعقد فاسد فكان عليه اجر مثلها ۞ قال ابو حنيفة لو ان رجلا دفع دابة الى رجل ليواجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللاخر اجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلم تصح الشركة والاجرة لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك الغير باجره وللاخر اجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعه بعقد فاسد ۞ ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع عليها البر او الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة اجر مثلها وكذلك البيت لان الربح حصل للعاقد بعقده وبربح ماله فكان له وقد استوفى منافع الدابة بعقد

باب الرجل يقول للرجل ما اشتريت من شيء فبيني وبينك

قال ابو الحسن اصل هذا الباب ان ينظر ما عقداه بينهما هل يوجب ان يكون ما اشترياه بينهما من الشركة في البيع
والشرى فان كان يوجب ذلك وليس يحتاج الى توقيت وقت في ذلك ولا صنف من المتاع ولا قدر من المال فان
كان ما عقدا على غير هذا الوجه انما قصدا ان يكون ما اشترياه بينهما خاصة بعينه ولا يكون فيه معنى الشركة في
التجارة وانما يكون الشيء المشترى بينهما كما يكون اذا ورثاه او وهب لهما فلا بد من ان يذكرا وقتا او صنفا
او قدرا من الصنف او من المال فان لم يذكرا شيئا من ذلك لم يجز ما عقدا عليه. وهذه الجملة التي ذكرها
ابو الحسن صحيحة لان الشركة لا تفتقر الى تسمية ما يشتريانه ولا الى بيان قدره لانها تقع عامة فان خصا
شيئا اختصت وان اطلقا كانت على عمومها. واذا كان مقتضاها العموم لم تفتقر الى التخصيص الذي ليس هو
مقتضاها. واما الوكالة فمن حكمها ان تقع خاصة ولهذا قالوا فيمن قال وكلتك في هذا المال كان وكيلا
في الحفظ دون التصرف لانا لما لم نثبت العموم اثبتنا ادنى ما تقتضيه اللفظ وهو الحفظ. ثم الوكالة
على ضربين اذا لم يفوض الى الوكيل الراي عاما فلا بد من تسمية جنس ما وكله به ومع الجنس ايضا اما الصفة
او مقدار البدل وكان القياس ان لا يجوز حتى يذكر مع الجنس الصفة والثمن ولكنهم استحسنوا وقالوا ان قدر
الثمن يعلم به صفة المبيع والصفة يعلم به فقام احدهما مقام الآخر. والنوع الثاني من الوكالة اذا فوض الى
الوكيل الراي مطلقا فما اشترى به مثل ان يقول ما اشتريت لي من شيء فهو جائز فلا بد من ذكر الوقت مثل ان يقول
اليوم او شهر كذا او سنة كذا او يذكر مبلغ الثمن فيقول ما اشتريت لي من شيء بكذا او يذكر نوع ما يشتريه
فيقول ما اشتريت لي من البز او من الدقيق لان هذه الوكالة لما فوض الراي فيها الى الوكيل جرت مجرى الشركة
في احتمال الجهالة الا انها وكالة ومن حكم الوكالة الخصوص فلو جوزناها مطلقة من غير تخصيص جعلناها شركة من
كل وجه فاعطوها الشبه من الاصلين فقالوا اذا وقت المدة او سمى النوع او الثمن فقد وقعت خاصة من وجه
فجازت وان اطلق لم يصح. قال بشر سمعت ابا يوسف يقول لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فبيني وبينك
فقال نعم قال ابو حنيفة هذا جائز وكذلك قال ابو يوسف وكذلك ان وقت ما لم يوقت يوما وكذلك ان
وقت صنفا من الثياب وسمى عددا او لم يسم ثمنا ولا يوما فهذا جائز. فان قال ما اشتريت من شيء فهو بيني
وبينك ولم يسم ثمنا ولا يوما فان ابا حنيفة قال لا يجوز وكذلك قال ابو يوسف وهو على ما بينا لانه لما ذكر الشرى
ولم يذكر البيع لا يحمل على شركة العقود على انها وكالة ولا تصح الا بضرب من التخصيص على ما قدمناه.
قال الا ان يشتركا فيقولا ما اشترينا او ما اشترى احدنا من تجارته فهو بيننا فهذا جائز وذلك لانهما
لما جعلا ما يشتريه كل واحد منهما علم انهما ارادا الشركة لان العادة لم تجر ان يوكل الوكيل الموكل فعلم
انها شركة فلم تفتقر الى الخصوص. وفي البشر عن ابي يوسف في رجل قال لآخر ما اشتريت من شيء فهو
بيني وبينك فقال نعم قال هذه شركة غير مسماة ولا معلومة فان قال ما اشتريت اليوم من شيء او وقت شهرا
او سنة او وقت البيع فقال ما اشتريت من الحنطة الى كذا وكذا فبيني وبينك فهذا جائز وكذلك ان قال فما
شريكان او قال اشركني فيه او قال فهو لي ولك وهذا على ما بينا انها وكالة فلا بد فيها من ضرب من التخصيص
وان سمى صنفا من النوع ولم يوقت مدة من الايام ولا وقتا فسمى من ذلك النوع فقال ما اشتريت من الحنطة من قليل
او كثير فهو بيني وبينك ولم يوقت ثمنا ولا كيلا ولا اياما فان هذا لا يجوز وكذلك الرقيق في جواز الوكالة
ان يبين مدة معلومة او ما لا يسمى او نوعا فقد كره نحو اهمه فان لم يذكر لم يجز وكذلك ذكر في المسألة الاولى
اذا وقت صنفا من الثياب وسمى عددا ليدخل الخصوص فيها وكله فيه فيفارق الشركة. وقال محمد في
الاصل اذا اشترك الرجلان بغير مال على ان ما اشتريا اليوم فهو بيننا نحو صنف من الاصناف او عملا
او لم يخصا فهذا جائز وكذلك لو لم يوقتا للشركة وقتا كان هذا جائزا لانهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد
منهما بينهما علم انها شركة وليست بوكالة لان الوكالة في العادة لا تقع بين الطرفين والشركة لا تفتقر الى
التخصيص. فان اشهد احدهما ان ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكل ما اشترى من شيء فهو
بينهما وذلك لان الشركة لما صحت صار كل واحد منهما وكيلا للآخر فيما يشتريه فاذا اشهد انه يشتريه
لنفسه فهذا اخراج له من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يخرج.

باب الرجل يشتري الشيء فيقول له الآخر اشركني فيه

قال ابو الحسن واذا اشترى الرجل شيئا فقال له آخر اشركني فيه فهذا مثل البيع والشرى ان كان قال له اشركني قبل ان
يقبض ما اشترى فقال قد اشركتك فذلك لا يجوز لانه بيع قبل القبض وان كان بعد القبض جاز ولزمه نصف الثمن ان
كان عالما بالثمن وان كان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك. والاصل في هذا ان قوله اشركني التماس للبيع بدلالة
ان ابا بكر لما اشترى بلالا قال له النبي صلى الله عليه وسلم الشركة يا ابا بكر فقال قد اعتقته يا رسول الله فدل على ان الشركة تمليك
حتى منع منها العتق. ولانه لما قال اشركني فكانه قال ساوني فيما ابتعته ولا يساويه فيه الا ان ينقل اليه نصفه
بنصف الثمن فان اشركه فيه قبل ان يقبضه وهو مما ينقل ويحول فذلك باطل لان بيع ما ينقل ويحول قبل القبض

وان كان بعد القبض وقد عرف مقدار الثمن جاز لانه بيع بثمن معلوم وان لم يعرف مقدار الثمن فهو بالخيار
ومن اصحابنا من قال البيع فاسد فاذا عرف مقدار الثمن زالت الجهالة المفسدة للبيع فكان بالخيار.
ومنهم من قال البيع جائز لان الثمن في نفسه وان جهله المشتري كان كبيع ما لم يره جائز لانه معلوم في نفسه
وان جهله المشتري فاذا وقف على قدره واستفاد علما بالبدل لم يكن عالما به ثبت له الخيار كما يثبت للمشتري
اذا راى ما اشتراه ولم يكن راه. فان كان قبض نصفه ولم يقبض النصف فقال رجل اشركني في هذا
الكر بنصف الثمن وهو مسمى قد عرفاه جميعا ففعل فان الشركة لا تجوز فيما لم يقبض وتجوز فيما قبض ويكون
للشريك نصف المقبوض ان شاء لانه لما شاركه في الكر فقد اشركه فيما قبض وفيما لم يقبض وفيما لم يقبض لا يجوز
الاشتراك فيه وفيما قبض يصح ذلك فيه فكان شريكا في المقبوض وله الخيار لان الصفقة تفرقت عليه. ولو
كان كر بين رجلين فسال احدهما رجل الشركة ففعل كان ذلك جائزا ان اجاز شريكه فله النصف كاملا وان لم
يجز فلهذا المشترك نصف النصف ان شاء وذلك لان قوله اشركني في هذا الكر يقتضي تمليك النصف من النصيبين
فاذا اجاز الشريك جاز وان لم يجز بطل الاشتراك في نصيبه وبقي في نصيب العاقد. ولا يجوز ان يقال
فهلا اوقعتم العقد على جميع نصيب العاقد وذلك لانا لو فعلنا هذا لم يكن اشتركه وانما افرده بملكه
والاشتراك يقتضي التساوي وليس هذا كالوباع احد الشريكين نصف الكر انه يكون بايعا لحصته لان البيع
لا يقتضي بما يلحقه فاذا لم يجز في نصيب شريكه نفذ في نصيبه والاشتراك يقتضي تبقيه حقه.
قال ابو يوسف لو ان رجلا بيع بينه حنطه بربعها كلها فاشرك رجلا في نصفها فلم يقبض حتى احترق
نصف الطعام فان شا المشترك اخذ نصف ما بقي وان شا ترك وكذلك البيع في هذا الوجه لان الشركة
والبيع وقعا على نصف الكر فما هلك هلك على الحقين وما بقي بقي على الحقين. وله الخيار اذا كان ذلك
قبل القبض لان الصفقة تفرقت عليه. قال فان اذا استحق نصف الطعام اخذ الشريك والبيع فكان البيع على
النصف الباقي وكان لا شريك له في النصف الباقي بينهما وللمشترك الخيار وذلك لان الاستحقاق يبين ان الطعام
كان مشتركا في الاصل وقد بينا ان الطعام المشترك اذا اشرك احدهما فيه كان للمشترك نصف نصيبه ولو باعه
وان باعه نصفه كان بايعا الجميع نصيبه فكذا هذا. واذا اشترى الرجلان عبدا فاشركا فيه رجلا بعد القبض
فالقياس ان يكون للرجل النصف والاستحسان ان يكون له الثلث ذكره في الاصل وجه القياس
القياس ان كل واحد منهما لو اشركه على الانفراد استحق نصف نصيبه فكذلك اذا اشركاه معا. وجه
الاستحسان ان الشركة تقتضي المساواة فاذا قالا له اشركناك فكانهما قالا له ساويناك فيقتضي ان يكون
نصيب كل واحد منهم كنصيب الآخر وليس كذلك اذا اشركه واحد بعد واحد لان كل واحد ساواه في نصيبه
فاستحق نصفه. ولو اشرك احد الرجلين في نصيبه ونصيب صاحبه فاجاز شريكه ذلك كان للرجل النصف
وللاولين النصف وذلك لان الاشتراك في النصيبين لما انفرد به كل واحد منهما هذا العقد هذا بالاجازة صار
كما لو اشتركاه منفردين. ولو اشركه احدهما في نصيبه ولم يبين في ما اشركه ثم اشركه الآخر ايضا في نصيبه
كان للرجل نصف العبد ولكل واحد من الاولين الربع وذلك لان الشركة لما اقتضت المساواة لم تفتقر
الى ذكر النصيب الذي اشركه فيه وحملت على الاطلاق للتساوي. وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في
نوادره في رجلين اشتريا عبدا ثم ان احدهما قال لرجل قد اشركتك في العبد فقبل فاجاز شريكه الشركة
قال يكون للمشترك ثلث نصف هذا او ثلث نصف هذا فيكون العبد بينهم اثلاثا فان ابى صاحبه ان يجيز ذلك كان
يكون للمشترك ثلث ما بقي في يد المشترك وهو سدس العبد وهذا خلاف رواية الاصل لانه سوى بين ان
يشركاه معا او يشركه احدهما ويجيز الآخر لان الاجازة تستند الى العقد فكان العاقد اشركه بوكالة
صاحبه. ولو قال اشركني في نصف هذا العبد فاشركه فاجاز ذلك شريكه فان له نصف ما في يد هذا
ونصف ما في يد هذا فان لم يجز صاحبه كان نصف ما في يد المشترك للمشترك لان قوله اشركني في نصفه
فكانه قال اشركني في نصف رقبته فاذا اجاز الشريك كان على النصف من النصيبين وان لم يجز كان على نصف
احدهما. قال ابو يوسف الا ترى ان رجلا لو اشترى عبدا فقال لرجل قد اشركتك في نصفه فان له
النصف وكذلك لو قال اشركني في هذا العبد كان له النصف فقد جعل قوله اشركتك في نصف هذا العبد
كقوله في نصف هذا العبد. ولو قال احدهما قد اشركتك في نصفي فان له نصف ما في يده وهو الربع لان في
ها هنا لا يحتمل معنى الباء فحملت على المساواة في النصف. وقال محمد اذا اشترى رجل عبدا فقال له رجل اشركني
فيه فقال قد اشركتك ثم لقيه آخر فقال اشركني فقال اشركتك فان كان يعلم بمشاركة الاول فله نصف
نصيب الذي اشركه وهو الربع من جميع العبد وان كان لا يعلم فله نصيب الذي اشركه كله فيكون نصفه
للاول ونصفه للباقي وذلك لانه اذا علم بمشاركة الاول فقوله اشركني في هذا العبد ينصرف الى ما يملكه
وهو النصف واذا لم يعلم فقوله اشركني في هذا العبد يقتضي الشركة في جميع العبد وذلك لا يكون الا بتمليك
جميع ما بقي. قال واذا قال الرجل لآخر اشتر جارية فلان بيني وبينك فقال نعم ثم لقي المامور آخر فقال اشتر
جارية فلان بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراها المامور فهي بين الآمرين ولا شيء للمامور في الجارية من ذلك

لان الاول وكله يشتري نصف الجاريه فلما قبل الوكاله الثاني في النصف انصرف ذلك الى النصف الاخر لانه
لا يملك عزل نفسه عن الوكاله بغير محضر من الموكل فصارت الجاريه للآمرين ه قال ولو لقيه الثالث فقال اشتر
جاريه فلان بيني وبينك فاشتراها بعد امر الثلثه كانت الجاريه بين الاولين نصفين ولا شي للثالث لان قبوله
الوكاله من الثالث عزل لنفسه في حق الاولين وهو لا يملك ذلك فسقطت الوكاله الثالثه ه وقد روي ابن سماعه
عن ابي يوسف في شريكين شركة عنان في الرقيق فامر احدهما صاحبه ان يشتري عبد فلان بيني وبينك فقال نعم
فاشتراه قال فالنصف للآمر والنصف للشريكين وذلك لان الشريك اذا وكله اجنبي ان يشتري له شيئا
صحت الوكاله لان الشركه لم تقتض الوكاله في شي بعينه واذا امر احدهما الاخر يشتري شي بعينه فهذا الامر لغو
لانه مستفاد بالشركه فاذا امر اجنبي بابتياعه فكانه امره ولم يامره شريكه بشي فيكون المشتري على ما شرطا ه

باب الدين يكون بين رجلين فيقبض احدهما نصيبه هل لشريكه الاخر ام لا ه

قال ابو الحسن واذا كان دين بين رجلين على رجل من ثمن بيع عبد بينهما باعاه او الف مينهما اورثاها
او استهلك لهما ثوبا او دنانير الرجل واحد عليهم فقبض احدهما نصيبه او بعضه فللاخر ان يشركه فياخذ منه نصف
ما قبضه بعينه كان اجود من الدين او مثله او اردي منه وليس للقابض ان يمنعه نصف العين بان يقول
انا اعطيك مثل نصف الدين ه قال الرضي سعهذا الاصل في هذا ان الدين المشترك هو الثابت للشريكين
بسبب واحد فاذا قبض احدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من احدهما قسمنا الدين حال
كونه في الذمه وقسمه الدين لا يجوز ه واذا كان المقبوض عن الحقين كان للشريك ان ياخذ نصف المقبوض
بعينه فان كان اجود من حقه فالجوده لا يعتد بها في الجنس الواحد الاترى ان من عليه الدين الردي اذا اعطاه
الجيد اجبر صاحب الدين على قبضه فصار كانه قبض نفس الحق فليس له ان يعطيه غيره وان كان المقبوض
اردي فلم يسلم له من دينه الا هذا القدر فلم يلزمه ضمان غيره والدليل على ان قسمه الدين لا يصح لان القسمه
تمييز الحقوق وذلك لا يتاتى فيما في الذمه ولا تعالوا اقتسما الاعيان من غير تمييز لا يصح الاترى ان صبره
طعام بين شريكين لو قال احدهما للاخر خذ هذا الجانب ولي هذا الجانب الاخر لم يصح القسمه لعدم التمييز فكذلك
القسمه فيما في الذمه لانه لم يتميز ه ولان القسمه فيها معني التمليك لا نحل واحد من المقتسمين ياخذ
نصف حقه وياخذ الباقي عوضا عما في يد الاخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز ه قال ولو اخرج القابض
ما قبض من يده بان وهبه او قضاه من دين عليه او استهلكه على وجه من الوجوه فللشريك ان يضمنه مثل نصف
ما قبض وليس له ان ياخذ من الذي هو في يده اذا كان موجودا لان الشريك قبضه اقتضا من حقه فلشريكه فسخ
قبضه على ما بينا فاذا اخرجه من ملكه سقط الفسخ فيه كالمقبوض على وجه بيع فاسد اذا اخرج من ملك القابض ه
ويضمن مثل نصفه لانه استهلكه مع تعلق حق الغير به فكان عليه ضمانه ه وما قبض الشريك من شريكه
فانه يكون للقابض قدر ذلك دينا على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك ه فان كان الدين الف درهم
بينهما فقبض احدهما خمسمايه فجا الشريك واخذ نصفها يكون للقابض مما بقي على الغريم مايتان وخمسون وتكون
الشركه باقيه في الدين كما كانت لانه لما قبض النصف قضا من حقه فشاركه شريكه فيه استحق قبضه في نصف
ما قبض فيبقى دينه بحاله ه قال ولو ان احد الشريكين لم يقبض شيئا ولكن ابرا من حصته كانت البراءه جايزه ولم يلزم لشريكه
شي ولا يضمن احدهما شيئا الا ان يستهلكه بعد ان يقبضه وذلك لان البراءه اتلاف لحقه من الدين والمتلف لنصيبه
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
على الدم ه قال وان شا الشريك الذي لم يقبض في هذه الوجوه كلها ان يسلم للشريك ما قبض ويرجع بدينه

على الذي عليه الدين وذلك لانه يقول ان ديني ثابت عليك بعقد المداينه فتسليمي الى غيري لا يسقط ما لي في ذمتك
قال فان سلم له ذلك ثم توي الدين على الغريم فله ان يرجع على الشريك فيكون الحكم بينهما في كل وجه من هذه الوجوه
كما ذكرت لك اذا لم يسلم الا وجها واحدا اذا اراد ان ياخذ من يد صاحبه نصف ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك
وكان له ان يعطيه مثلها ه وذلك لان المقبوض في الاصل كان حق مشترك وانما سلم المقبوض ليسلم له ما في
الذمه فاذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض بحاله الا انه ليس له ان يرجع في عين الدراهم لانه اجاز تمليك القابض بها
فسقط حقه عن عينها ولم يجز ان ياخذ حقه من اخذ لتويها ما فيلسد ذلك الضمان في ذمه القابض كسائر الديون ه فان
اخر احدهما نصيبه لم يجز تاخيره في قول ابي حنيفه وجاز في قولهما وقد بينا هذه المسله ه وقد فرع على قولهما
فقال اذا قبض الشريك الذي لم يوخر نصيبه لم يكن للذي اخر ان يشركه فيه حتى يحل دينه فان حل فله ان يشركه
في قولهم جميعا ان كان قايما وان كان مستهلكا ضمن حصته منه وذلك لان الاجل يمنع ثبوت المطالبه فلا يكون
له حق في المقبوض فاذا حل صار كانه لم يزل حالا فيثبت له الشركه ه فان لم يقبض الاخر شيا حتى حل دين الذي
اخر عاد الامر كما كان وما قبض احدهما من شي شركه الاخر لان الدين لما حل سقط الاجل فصار كما كان ه وقال
محمد تفريعا على اصله في هذه المسله ان الغريم لو لم يعجل الذي لم يوخر شيا ولكن عجل الذي اخر مايه درهم كان للشريك
ان يقاسمه فيكون بينهما نصفين لان الدين عندهما لم يتغير بالتاخير فصار المعجل من حق الذي اخر خاصه فيضرب
فيه بجميع حقه وشريكه بجميع حقه فيقتسمانها نصفين ه ثم يرجع هذا القابض للمايه على الغريم بخمسين
لانه عجل له مايه واستحقها بالقبض فاستحق عليه شريكه نصفها فصار كاستحقاق الاجنبي فاذا اخذها
قسمها وشريكه عشره اسهم لشريكه منها تسعه وله سهم واحد لان هذه الخمسين ماخوذه من نصيب شريكه
لان نصيبه الاخر انها بدل ما استوفاه للشريك فيتضاربان فيها بقدر الحق المعجل دون الموجل وقد بقي لشريكه
اربعمايه وخمسون وبقي له من جمله ما عجل له خمسون فاجعل كل خمسين سهما فيكون ذلك عشره اسهم ه واختلفت
الروايه عن ابي يوسف في دين بين شريكين على امراه تزوجها احدهما على نصيبه من الدين فروي بشر بن الوليد عنه
ان شريكه يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروي بشر عنه ايضا انه لا يرجع وهي روايه محمد عنه وهو قول
محمد وجه الروايه الاولي ان المهر صار مضمونا في ذمته بالعقد ثم صار قصاصا بدينه كالبدل في البيع وجه
الروايه الاخري ان المهر ليس في مقابلته بدل مضمون ولا يسلم للشريك ما يمكن المشاركه فيه فلم يضمن لشريكه
كالجنايه ه واما اذا استاجر احد الشريكين بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم لان الاجره في مقابلتها
بدل مضمون بالعقد كالبيع ه قال الشيخ رحمه الله فان شج الطالب المطلوب موضحه فصالحه على حصته لم يلزم
لشريكه شي لان الصلح عن الجنايه ليس في مقابلته بدل مضمون ولا سلم له ما يصح المشاركه فيه ه واما اذا استهلك
الطالب على المطلوب ما لا فصارت قيمته قصاصا بدينه او اقرض منه شيئا فلشريكه ان يرجع عليه لان هذا اقتضا للدين
فصار كالقبض بالمباشره ه وكل دين وجب للمطلوب على احد الطالبين قبل ان يكون عليه الدين لم يصر عليه الدين الذي
فيكون ما عليه قصاصا بما لاحد الطالبين عليه فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه قضي دينه ولم يقبض والضمان
يتعلق بالاقتضا ه قال ابن سماعه عن محمد في نوادره ولو ان احد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبدا للمطلوب فوجب
القصاص فصالح المطلوب على خمسمايه درهم كانت له جايزا وبري من حصه القاتل من الدين وكان لشريك القاتل ان
لشريكه فياخذ منه نصف الخمسمايه وكذلك لو تزوج على خمسمايه مرسله او استاجر بخمسمايه مرسله لانه اذا صالح على
مال في ذمته او تزوج على مال في ذمته صار الدين قصاصا به فهو في حكم المقتضي فيضمن ه وليس كذلك اذا صالح على
نفس الدين او تزوج به لان العقد لم يقع على مال في الذمه ولم يسلم له ما يصح فيه الاشتراك ه وقال علي بن الجعد
عن ابي يوسف لو مات المطلوب واحد الشريكين وارثه وترك ما لا ليس غيره وفي اشتراكه المخصص لان الدين يمنع
من انتقال الملك الى الورثه فلا يسقط دين الوارث فيضرب بدينه كالاجنبي ه ولو اعطي المطلوب احدهما
رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه ان يضمنه لان هلاك الرهن استيفا للحق من طريق الحكم فصار كالاستيفا
بمباشرته ه ولو غصب احد الشريكين من المطلوب عبدا فمات عنده فلشريكه ان يضمنه لانه صار ضامنا للقيمه
العبد بهلاكه ه ولو ذهبت احدي عيني العبد ما في من السما ضمان الغاصب لم يرجع شريكه عليه بشي وليس
كذلك الرهن اذا ذهبت عينه ما في من السما لانه رد المقبوض فلم يلزمه ضمان القبض ولا يسلم له ما يمكن المشاركه
فيه فلم يضمنه شريكه ه وقالوا اذا قبض عبدا ببيع فاسد فمات في قبضه او باعه او اعتقه ضمن لشريكه
كما يضمن في الغصب فان ذهب عينه فرده لم يضمن لشريكه شيا وحسب ذلك عليه من حصته من الدين
فضمنه اذا اوجب الضمان بالقبض فاذا رد المقبوض ناقصا لم يلزمه شي لشريكه ه

تم كتاب الشركه ولله الحمد والمنه والصلوه على محمد واله
يتلوه كتاب المضاربه

كتاب المضاربة

قال رضي الله عنه المضاربة مشتقة من الضرب في الارض ومنه سمي المضارب لانه يستحق الربح بالعمل والسعي
واهل المدينة يسمونها مقارضة والاصل في جوازها ان النبي صلى الله عليه بعث والناس يعقدونها ولم ينكر
ذلك كما لم ينكر ساير العقود . وروي عن عبد الله بن عباس قال كان العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه اذا دفع
المال مضاربة اشترط على صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة
وان فعل شيا من ذلك ضمن قال فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه فاجاز شرطه . وروي عن حكيم بن حزام
انه كان اذا دفع مالا مضاربة اشترط هذا . وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه دفع مال اليتيم مضاربة . وروي
ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر قدما العراق وابو موسى اميرها فقال لو كان عندي فضل اكرمتكما ولكن عندي
مال لبيت المال ادفعه اليكما فابتاعا به متاعا واحملاه الى المدينة فبيعاه وادفعا ثمنه الى امير المومنين
فلما قدما المدينة قال لهما عمر هذا مال المومنين فاجعلا ربحه لهم فسكت عبد الله فقال عبيد الله ليس
لك ذلك لو هلك منا لضمناه فقال بعض الصحابة يا امير المومنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما نصف
الربح ولبيت المال النصف فرضي عمر وهذا يدل على جواز المضاربة عندهم . وروي ان عبد الله بن مسعود دفع
مالا مضاربة الى عتريس بن عرقوب وقال لا تسلف مالنا في الحيوان . وعن عثمان رضي الله عنه انه كان يعطي
مال اليتيم مقارضة . وروي نافع عن ابن عمر انه دفع مال يتيم مضاربة . وعن القسم بن محمد قال كنا في حجر عايشة رضي الله عنها
وكان لنا عندها مال فدفعته مضاربة فبارك الله لنا فيه . وعن الشعبي ان الحسن بن علي رضي الله عنهما دفع مال
اليتيم مضاربة . وعن الشعبي عن علي رضي الله عنه انه قال الربح على ما اصطلحوا عليه والوضيعة على المال .
وهذا اجماع من الصحابة على جوازها ولا خلاف في ذلك . ومن اصحابنا من قال ان القياس يقتضي فسادها
لانه استيجار باجر مجهول وانما تركنا القياس للسنة والاجماع . وابو بكر الرازي كان ينكر هذه الطريقة
ويقول ان هذا اصل من الاصول فلا يقال انه يخالف القياس وانما يقال هذا في مسايل الاجتهاد .
والمضاربة تشتمل على احكام مختلفة فاذا دفع المال فهو امانة في حكم الوديعة لانه قبضه باذن المالك
لا على طريق البدل والوثيقة . واذا اشترى به فهو وكيل لانه تصرف في مال الغير بامره . فان ربح صار
شريكه لانه ملك جزءا من المال . واذا فسدت المضاربة صارت اجارة لان الواجب فيها اجر المثل
وذلك يجب في الاجارات . فان خالف المضارب صار غاصبا لانه تعدى في ملك غيره . قال
ابو الحسن المضاربة جايزة عند المسلمين جميعا بالدراهم والدنانير . واختلفوا في غيرهما من ساير الاموال
هل تجوز بها عقد المضاربة ام لا فقال ابو حنيفة ومحمد والحسن بن زياد هي جايزة بالفلوس اذا كانت نافقة
بين الناس يتعاملون بها في تجاراتهم وقال ابو يوسف لا تجوز المضاربة بالفلوس على حال وهو المعمول عليه
من قوله رواه اصحاب الاملا عنه ومحمد في املايه وروي عنه محمد في كتاب المضاربة الكبير خلاف ذلك
وقد بينا هذه المسالة في كتاب الشركة وذكرنا ان احدى الروايتين عن ابي حنيفة انها لا تجوز لان محمدا ذكر في المضاربة
الكبير وفي الجامع الصغير قال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند ابي حنيفة وروي الحسن عنه جوازها
وقال العمروسي عن ابي عمرو سالت محمدا عن قول ابي حنيفة قال لا احفظه فاما الرواية التي قال ابو حنيفة
ان المضاربة بها لا تجوز فعلى اصله انها تتعين كالعروض والرواية التي قال تجوز المضاربة لانها لا تتعين
في الشرى والبيع اذا لم تقابل جنسها فصارت كالدراهم والدنانير والصحيح من قول ابي يوسف ان المضاربة لا تجوز
لان من مذهبه انها تتعين بكل حال . قال فاما محمد فعنده انها لا تتعين كالدراهم . واما ما عدا هذا من ساير
الاموال مما يكال او يوزن او الامتعة او الرقيق او ساير الحيوان فان ذلك لا يجوز وكذلك في التبر الذهب والفضة وتبر
كل شي فان المضاربة لا تجوز . قال رضي الله عنه فقد ذكر في المضاربة لا تجوز واجراه في الصرف مجرى الدراهم وهو
مبني على وقوع التعامل به . فاما الزيوف والنبهرجة فتجوز المضاربة بها ذكره محمد لانها لا تتعين بالعقد كالجياد
فاما الستوقة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس وقد ذكر ابن سماعة عن
ابي يوسف ان المضاربة لا تجوز بالدراهم البخارية يعني الغطريفية لانها ربما تكسد عندهم قال ولو اجزت
المضاربة بها لاجزتها بالطعام لانهم ربما يتعاملون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس . واما المضاربة
بالعروض فلا تجوز عندنا وقال مالك تجوز لنا نهيه عليه السلام عن ربح ما لم يضمن ومعلوم ان المضارب اذا
باع العروض لم تكن مضمونة عليه بالبيع الا ترى انها لو هلكت لم يضمنها ولان قيمة العروض تختلف واختلافها
يودي الى جهالة الربح وذلك لا يجوز ولانه لو قال بع ثيابي على ان ثمنها لك لا يجوز كذلك اذا جعل له جزءا
من الثمن وليس كذلك الدراهم والدنانير لانه لو قال اشتر بها على ان جميع ما تشتري به لك جاز كذلك
اذا جعل له جزءا منه . وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضا فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم او
دنانير وتصرف فيها جاز لانه لم يضف المضاربة الى العروض وانما اضافها الى الثمن والثمن يصح به المضاربة .
فان باعها بمكيل او موزون جاز البيع عند ابي حنيفة على اصله ان الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بالاثمان وغيرها
الا ان المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى الحنطة والشعير . فاما على اصل ابي يوسف ومحمد فالبيع لا يجوز

لان من اصلهما ان الوكيل بالبيع لا يبيع بغير الاثمان . ولا تجوز المضاربة عند اصحابنا جميعا بدين وهذا على وجهين
احدهما ان يكون الدين لرب المال على رجل فيقول له اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف فان اشترى هذا
المضارب وباع فجميع ما اشتراه وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحاله عند ابي حنيفة وهذا على
اصله فيمن وكل رجلا يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يجز لانه لا يبرا ان يبري الانسان مما في ذمته
بفعله فاما على اصل ابي يوسف ومحمد فان ما اشتراه وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته والمضاربة
فاسدة ذكر ذلك محمد . اما جواز الشرى والبيع على اصلهما ان من وكل رجلا يشتري له بدين في ذمته جاز
الشرى ويبرا من الدين واما بطلان المضاربة فلان الشرى وقع للموكل فصارت المضاربة بعد ذلك مضاربة
بالعروض فلا تصح . واما اذا قال اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز وذلك لانه اضاف
المضاربة الى المقبوض وذلك يصير امانة في يده وهذا مقصود مقتضى المضاربة . واما اذا قال رب المال
للغاصب او للمودع او المبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند ابي يوسف والحسن وقال زفر
لا يجوز ذلك في الغصب لانه مضمون في يده . وجه قول ابي يوسف انه اضاف المضاربة الى الاثمان وذلك
يجوز الوكالة به فكذلك المضاربة . وجه قول زفر ان المضاربة تقتضي كون المال امانة في يد المضارب
والغصب مضمون عليه فلم يوجد فيه معنى المضاربة فلا تصح . قال ابو الحسن لا تصح المضاربة الا بمال عين يكون
مقبوضا في يد المضارب لا يد لدافعه عليه مالكا كان الدافع او غير مالك اذا كان ممن يجوز عقد مضاربته في المال
وانما اعتبر في صحة المضاربة قبض المضارب للمال لانها امانة فلا تتم الا بالتسليم كالوديعة . وانما لم تصح مع
بقا يد رب المال لان المضاربة فارقت الشركة في الاسم فلا بد ان يفارقها في المعنى والشركة تصح مع بقا
يد الشريكين فاختصت المضاربة بان شرطها زوال يد رب المال . وقد قالوا ان يد المالك اذا شرط
بقاوها في المال فسدت المضاربة عاقدا كان المالك او غير عاقد مثل الاب والوصي اذا دفع مال الصغير مضاربة
وشرط عمل الصغير وذلك لان الصغير مالك للمال فبقاء يده فيه يمنع من صحة المضاربة كالكبير . وكذلك من
يستحق الربح بماله اذا شرط عمله مع المضارب كاحد المتفاوضين او شريكي العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط
عمل شريكه مع المضارب لان الشريك يستحق الربح بماله كالدافع . فاما العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط
ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان ممن يجوز ان ياخذ المال مضاربة لم تفسد المضاربة بذلك كالاب اذا
دفع مال الصغير وشرط ان يعمل مع المضارب بجزء من الربح لانه لو اخذ مال الصغير مضاربة جاز فصار
كالاجنبي . وان كان العاقد ممن لا يجوز ان ياخذ المال مضاربة فشرط عمله فسد العقد مثل الماذون يدفع
المال مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لان الماذون وان لم يكن مالكا للمال فلا يصح ان ياخذه مضاربة فصار
كالمالك له . فاما اذا شرط الماذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى يستحق
الربح بالمال . فان كان عليه دين فالمضاربة جايزة لان المولى على قول ابي حنيفة لا يملك هذا المال فصار كالاجنبي
فاما المكاتب اذا اشترط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه فهو كالاجنبي .
وعلى هذا اذا دفع الى رجل مالا مضاربة وامره ان يعمل المضارب معه او يعمل معه رب المال فالمضاربة
فاسدة لان المضارب ولي العقد وهو ممن لا يجوز ان ياخذه مضاربة ورب المال يستحق الربح بالمال . وقالوا
في المضارب اذا دفع المال الى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة وما كان من الربح فهو
بين رب المال والمضارب على ما شرطا في المضاربة الاولى ولا اجر لرب المال لان رب المال لا يجوز ان ياخذ
مال نفسه مضاربة فصار كانه تصرف بامر المضارب لا على وجه المضاربة فيكون معينا للمضارب . ولا
اجر له لانه عمل في ملك نفسه . قال ابو الحسن فان وقع عقد المضاربة على الوجه الذي لا يجوز فعمل المضارب
وربح كان الربح كله لرب المال مع راس المال وللمضارب اجر مثله فيما عمل . لان التسمية انما تجب مع
صحة العقد فاذا فسد العقد سقط المسمى كالبيع الفاسد والنكاح الفاسد اذا سقطت التسمية ورب المال
يستحق الربح لانه نما ماله وانما يستحق المضارب بعضه بالشرط وقد بطل الشرط . وللمضارب اجر
مثله لانه استوفي منافعه بعقد فاسد . قال ابو يوسف لا يجاوز به القدر الذي شرط للمضارب وقال
محمد له اجر المثل بالغا ما بلغ وقد بينا في الشركة الاحتطاب . وقال ابو يوسف لا اجر له اذا لم يربح رواه
عنه محمد ورواه ابن سماعة عنه في نوادره وهو خلاف ما في الاصل ان المضاربة اذا فسدت صارت اجارة والاجارة
يجب فيها الاجر ربح المستاجر او لم يربح وجه قول ابي يوسف ان المضاربة الفاسدة لا تكون اقوى من
الصحيحة ومعلوم ان المضارب اذا لم يربح لم يستحق شيا مع صحة المضاربة فمع فسادها اولى .
وكل مضاربة صحيحة فللمضارب ما شرط له فان لم يربح شيا فلا شي له لان التسمية صحت والمستحق من
المال معتبر وهو الربح فاذا لم يحصل لم يجب شي . وذكر في كتاب المضاربة ان المضاربة الفاسدة اذا هلك
المال في يد المضارب لم يضمن وروي ابن سماعة عن محمد انه قال يضمن وما ذكره في المضاربة قول ابي حنيفة
على اصله ان الاجير المشترك لا يضمن وما رواه ابن سماعة على اصل ابي يوسف ومحمد في ضمان الاجير والمضاربة
الفاسدة قد صارت اجارة بدلالة وجوب اجر المثل والمضارب فيها على حكم الاجير المشترك لانه لا يستحق الاجر

ويجوز ان يكون ماية في الاصل قولهم وتكون المضاربة فاسدة وان صارت في حكم الاجارة من وجه فهي معتبرة
بالمضاربة الصحيحة فاذا لم يضمن المضارب في الصحيحة لم يضمن في الفاسدة الا ترى ان البيع الصحيح لما تعلق به الضمان تعلق بالفاسد ٭

باب ما يجوز ان يشترط من الربح وما لا يجوز

قال ابو الحسن ولا يجوز ان يشترط في المضاربة لرب المال ولا للمضارب الا قدر معلوم مشاع في جميع الربح على الاجزاء فيشترط من ذلك
نصفا او ثلثا او ربعا او اقل من ذلك او اكثر والاصل في هذا ان الربح في المضاربة لا يصح الا ان يكون مشاعا
بين رب المال والمضارب لانها نوع من الشركة والربح في الشركة لا يكون الا مشاعا ٭ فان كان شرط قدرا
معلوما على غير الاجزاء مثل ان يشترط لاحدهما ماية درهم من الربح او اقل او اكثر والباقي للآخر فان ذلك لا يجوز
والمضاربة فاسدة في قولهم والاصل في هذا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن المزارعة اذا اشترط لاحدهما ما
على الربيع الساقي او على الماذيانات فابطل المزارعة وكان المعنى فيه انها قطعا الشركة عن جزء النماء ولان هذا يؤدي
الى قطع الشركة في الربح الا ترى انهما اذا اشترطا النصف ومائة جاز ان يكون الربح ما يبقى فيستحق المشروط له كل
الربح واذا اشترط له النصف الا مائة جاز ان يكون النصف مائة فلا يستحق منه شيئا واما اذا اشترط دراهم مسماة
فهذه اجارة لان العمل بمال معلوم اجارة والاجارة لا تصح مع جهالة العمل والمدة ٭ واما فساد المضاربة
بالشروط فهي على ضربين اذا ادت الى جهالة الربح فسدت لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب
فساد العقد واذا لم تؤد الى جهالة الربح صحت المضاربة وبطل الشرط مثل ان يشترط الوضيعة عليهما وذلك
لان الوضيعة جزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم غير رب المال الا انه لا يؤدي الى جهالة الربح فلم تفسد
المضاربة ٭ والدليل على انها لا تفسد بالشرط اذا لم يكن في المعقود عليه ان صحتها تقف على القبض فلم
تبطل بالشرط كالهبة والرهن ولانها وكالة والوكالة لا تبطلها الشروط فاذا ثبت هذا فشرطهما ان يكون
الوضيعة عليهما شرط لا يؤدي الى جهالة الربح فلا يفسد المضاربة ٭ وقد ذكر محمد في المضاربة اذا قال رب المال
للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة صحت المضاربة بالثلث وبطل الشرط ٭
وقال في المزارعة اذا دفع اليه ارضا بثلث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمزارعة باطلة فمن اصحابنا
من قال المسألة على روايتين رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهرة
معقود عليه وقد خلط عنه الشرط ورواية المضاربة تقتضي ان يصح المزارعة والوجه فيه انه عقد على ربح معلوم
وجزء من الخارج معلوم ثم الحق به شرطا فاسدا فبطل كسائر الشروط ٭ والصحيح الفرق بين المسألتين
لان المزارعة اجارة بدلالة انها لا تصح الا بمدة معلومة فالشروط الفاسدة في البدل تفسدها والمضاربة ليست باجارة
بدلالة انها لا تفتقر الى ذكر المدة فلذلك لم يفسدها الشرط ٭ وعلى هذا الاصل قال محمد في رجل دفع اليه
مالا مضاربة على ان الربح بينهما نصفين وعلى ان يدفع اليه رب المال ارضه يزرعها سنة او على ان يسكنه
داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه الحق بها شرطا لا تقتضيه ٭ ولو كان المضارب هو الذي شرط
عليه ان يدفع ارضه يزرعها رب المال سنة او يدفع داره الى رب المال يسكنها سنة فسدت المضاربة وذلك
لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة الدار والارض فصار حصة العمل مجهولا بالعقد فلم يصح العقد ٭
وقال المعلى عن ابي يوسف في رجل دفع مالا مضاربة الى رجل على ان يبيع في دار رب المال او على ان يبيع في
دار المضارب فهذا لا يجوز وذلك لانه اذا شرط البيع في احدى الدارين فانما خص البيع بمكان
دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط المضارب السكنى فقد جعل في ذلك منفعة له ولم يتعرض
ابو يوسف للفساد في المضاربة وانما ذكر الفساد وينبغي ان يكون في الشرط ٭

باب المضاربة يشترط الربح فيها لاحدهما ويسكت عن الآخر

قال اصل هذا الباب ما قدمنا ان رب المال يستحق الربح لانه نماء ماله فلا يفتقر في استحقاقه الى الشرط
ولهذا اذا فسد الشرط كان جميع الربح له ٭ والمضارب لا يستحق الا بالشرط ولهذا اذا فسد الشرط لم يستحق
شيئا من الربح لان الربح نماء مال غيره وانما يستحقه في مقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد ٭ اذا
ثبت هذا الاصل قال ابو الحسن اذا قال الرجل لرجل خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح او ثلثه
ولم يزد على هذا فالمضاربة جائزة وللمضارب ما شرط له وما بقي لرب المال لان المضارب هو الذي يفتقر الى
التسمية ليستحق بها وقد سمي له وما بعد ذلك مسكوت عنه فيستحقه رب المال بماله ٭ فان قال
خذ هذا المال مضاربة على ان لي نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة ولكنها تجوز
استحسانا ويكون للمضارب النصف ووجه القياس ان رب المال سمى لنفسه النصف وسكت عن ذكر
النصف وما سكت عنه فهو لرب المال فلم يجعل للمضارب قدرا معلوما من الربح فلم تصح المضاربة ووجه
الاستحسان ان الربح في المضاربة من حكمه ان يكون بينهما فاذا سمى نصيب نفسه وسكت عن الباقي فكانه
سمى الباقي للمضارب الا ترى ان الله تعالى لما جعل المال للابوين فبين نصيب الام علم ان الباقي للاب ٭

فان قال على ان لي النصف من الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لانه
سمى للمضارب مقدارا معلوما ولنفسه قدرا معلوما وسكت عن سدس الربح وقد بينا ان المسكوت عنه
لرب المال لا بد منه لا استحسان ٭ وقد قالوا في المضاربة اذا قال رب المال على ان ما رزق
الله من شي فهو بيننا جاز وذلك لان بين كلمة القسمة وهي تقتضي المساواة اذا لم يبين فيها مقدارا قال الله تعالى
ونبئهم ان الماء قسمة بينهم فقضى ذلك التساوي بدلالة قوله تعالى في آية اخرى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ٭

باب الربح يشترط فيه لثالث غير رب المال والمضارب

قال ومن هذا النوع ما لم يذكره ابو الحسن ان يشترط جزء من الربح لعبد المضارب ورب المال والاصل فيه ان ينظر الى ما
شرط للثالث فان كان لو صح استحقه الثالث دونهما كان الشرط باطلا وان كان ما شرط للثالث لو صح كان ذلك للمضارب
جاز ذلك ٭ فقالوا اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضاربة على ان ما رزق الله تعالى من ذلك من شي فللمضارب
ثلثه ولعبد المضارب ثلثه ولرب المال ثلثه فهذا جائز وما ربح فالثلثان للمضارب والثلث لرب المال وذلك
لان عبد المضارب اذا لم يكن عليه دين فالمشروط له مشروط للمضارب لانه هو الذي يملكه فكانه شرط للمضارب الثلثين ٭
قالوا وكذلك لو شرط للمضارب الثلث ولرب المال الثلث ولعبد رب المال الثلث جاز لان ما شرط لعبد رب
المال اذا لم يكن عليه دين مشروط لمولاه فكان رب المال شرط لنفسه الثلثين ولهذا قالوا لو شرط ثلث الربح لقضاء
دين المضارب او لقضاء دين رب المال جاز لان المشروط في قضاء دين احدهما مشروط له ٭ واما اذا شرط الثلث
لابن المضارب او لزوجته فالمضاربة جائزة وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال وذلك لان ابن المضارب لا يجوز
ان يستحق الربح من غير مال ولا عمل فصار المشروط له مسكوتا عنه وما سكت عنه من الربح فهو لرب المال ٭
واما اذا شرط ثلث الربح لعبد رب المال وعليه دين فلا يخلو اما ان يشترط عمله او لا يشترط فان شرط عمله فهو عند
ابي حنيفة كالاجنبي لان المولى لا يملك عنده اكسابه ٭ وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لانه لا يجوز
ان يستحق ربح المضاربة من غير عمل ولا مال فصار المشروط كالمسكوت عنه ٭ وعلى قولهما اذا كان عليه
دين فما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل او لم يعمل ٭ واما اذا شرط لعبد المضارب الثلث وعليه دين فان شرط
عمله جاز عند ابي حنيفة لان المضارب لا يملك كسبه فصار كالاجنبي وان لم يشترط عمله فلرب المال لانه مسكوت
عنه وقال ابو يوسف ومحمد للمضارب لانه يملك كسبه كما يملك لو لم يكن عليه دين ٭

باب ما يكون مضاربة بغير لفظها

قال رضي الله عنه اصل هذا الباب ان العقود لا يقف انعقادها على عبارة بعينها وانما يقف على ذكر معانيها ولهذا
انعقد البيع بلفظ التمليك والنكاح بلفظ الهبة فكذلك المضاربة لا يقف عقدها على لفظها اذا اتى بمعناها وقد
بينا ان المفاوضة تنعقد بالمعنى والذي روي عن الحسن انها لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة فلان العادة ان العامة لا
تستوفي معانيها ٭ قال ابو الحسن واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة او مقارضة او معاملة فهو مضاربة
لان المضاربة صريح اللفظ والمقارضة صريح بلغة اهل المدينة والمعاملة عامة في البيع والشرى وهذا معنى المضاربة
وكذلك اذا قال خذها واعمل بها على ان ما رزق الله تعالى من شي فهو بيننا نصفان او على ان لك ثلثه او عشره
ولم يزد على هذا فهو جائز وهي مضاربة لان قوله فاعمل بها عام في البيع والشرى فاذا قال خذ هذه الالف
وابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا القول شيئا فهو جائز والمال مضاربة وذلك
لان الفضل لا يحصل الا بالبيع والشرى وهذا معنى المضاربة ٭ فان قال خذ هذا المال فاشتر به هرويا بالنصف
او رقيقا بالنصف ولم يزد على هذا فاشترى كما امر فهذا فاسد وللمشتري اجر مثله فيما اشترى وليس
له ان يبيع ما اشترى الا بامر رب المال لان قوله اشتر بالنصف استيجار على الشرى باجر مجهول وذلك لا
يصح ولا يكون مضاربة لانه ذكر الشرى ولم يذكر البيع فلم يات بمعنى المضاربة وقوله هذا فاسد يعني الشرط
فاما الوكالة فهي جائزة والمشترى للآمر وللوكيل اجر مثله لان الموكل استوفى منافعه بعقد فاسد ٭ وليس له
ان يبيع ما اشترى لانه وكاله بالشرى دون البيع فصار المشترى للموكل ولا يجوز بيع غيره فيه الا باذنه ٭ فان باع
منه شيئا بغير امره فبيعه باطل وهو ضامن لقيمته ان لم يقدر عليه لانه تعدى في ملك الغير فان اجاز رب
المال البيع والمتاع قائم او لا يدري ما حاله فالبيع جائز والثمن لرب المال لان البيع في المتاع لم ينعقد في حقه فاذا
اجازه جاز ٭ وانما شرط قيام المبيع لان المتلف لا يجوز ابتداء العقد عليه فلا يلحقه الاجازة ٭ وان كان لا يعلم حاله جاز
العقد لان الاصل بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه ٭ فان علم انه هالك فالاجازة باطلة لان المبيع الهالك لا يجوز نقل
الملك فيه فلا يلحقه الاجازة ٭ وقال بشر عن ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم على ان يشتري
بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف وهذا على ما بينا انه
لما ذكر الشرى والبيع فقد اتى بمعنى المضاربة ٭ وكذلك لو شرط عليه ان الوضيعة علي وعليك فهذه مضاربة

والربح بينهما والوضيعة على المال لما بينا ان شرط الوضيعة شرط فاسد فلا يفسد المضاربه ۞ وقال علي بن الجعد عن ابي يوسف لو ان رجلا دفع الى رجل الف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضا ولا شركة وقال فما ربحت فيها فبيننا فهذه مضاربه لان الربح لما لم يحصل الا بالشرى والبيع صار التماس الربح اذنا فيهما وهذا معنى المضاربه وقد قال محمد في الاصل اذا قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان فيه من فضل فلك النصف انها مضاربه استحسانا ووجه القياس انه ذكر الشرى ولم يذكر البيع فلم يوجد معنى المضاربه ووجه الاستحسان ان الفضل لا يكون الا بالبيع فكانه اذن فيه ۞ ولو قال خذ هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانا ووجه القياس انه لم يذكر الشرى والبيع ووجه الاستحسان ان الاخذ لا يستحق عليه العوض فلم يبق الا ان يكون شرط العوض على عمل ولا يصح استحقاق النصف الا بالشرى والبيع فحمل عليه ۞ وليس كذلك اذا قال ابتغ هو وانا بالنصف لانه ذكر عملا يجوز ان يشترط عليه اجرا فلذلك حمل على الاجاره ولم يحمل على المضاربه ۞ وقال محمد اذا دفع مالا مضاربه على ان جميع الربح لرب المال فهو بضاعه لان التصرف في المال على ان ربحه لرب المال انما يكون في البضاعه فهذه بضاعه عبر عنها بالمضاربه ۞ ولو قال على ان كل الربح لك فهو جائز وهو قرض لان المضارب لا يستحق جميع الربح فلما شرط له ذلك علم انه اقرضه المال ليصح استحقاق ربحه ۞

باب ما للمضارب ان يعمله في المضاربه

قال ابو الحسن واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة على ان الربح بينهما نصفان ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله ان يشتري به ما شاء من سائر التجارات وذلك لان مقتضى المضاربه العموم الا ترى انها عقد على الربح وذلك لا يحصل الا بالشرى فكانه امره بذلك ولو امره كان امره عاما ۞ ولان المضاربه لو لم تقتض العموم لبطلت فما لم يصح الا خاصة كالوكالة ۞ وله ان يدفع بضاعه لان العقد وقع على عادة التجار ومن عادتهم ان يبضعوا ولان المضارب يملك ان يستاجر من يتجر في المال بعوض فاذا ابضع فقد حصل العمل بغير عوض فهو اولى ۞ وله ان يودع لان هذا من عادة التجار ولان تصرفه عام كالاب والوصي ۞ وله ان يستاجر الاجرا لانه لا يتوصل الى الربح الا بالعمل وقد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فلا بد له من الاجرا ولان هذا من عادة التجار وله ان يستاجر البيوت ليجعله فيها لانه لا يقدر على حفظ المال الا بذلك وهو مأذون في حفظ المال ۞ ويستاجر السفن والدواب والرجال لحمله لان الربح يحصل بنقل المال من موضع الى موضع ولا يمكنه نقله بنفسه ۞ وله ان يبيع بالنقد والنسيه لان الامر بالبيع عام ولان الوكيل يملك ذلك وتصرف المضارب اعم ۞ وله ان يوكل بالبيع والشرى لان الاذن على عادة التجار ولان الوكالة اخص من المضاربه فجاز ان يستفاد من مقتضاها ۞ وكل ما جاز للمضارب ان يفعله فله ان يوكل بذلك لانه يملك التصرف بامر عام فملك ان يوكل به كالشريك ۞ وكل ما كان للمضارب ان يفعله بعد نهي رب المال او بعد موته فله ان يوكل به وذلك لانه قد استفاد بمقتضى المضاربه وصار حقا من حقوقه حتى لم ينعزل عنه بالعزل فجاز ان يوكل فيه كحقوق نفسه ۞ وما لم يجز فعله للمضارب لم يجز وكالته على رب المال لانه لا يملك فعله بنفسه فلان لا يملك توكيله اولى ۞ وله ان يرهن بدين عليه في المضاربه من مال المضاربه وان يرتهن بدين له منها على رجل لان الرهن للايفا والارتهان للاستيفا وهو يملك ذلك بعقد عام ۞ وان استدان على المضاربه لم يجز على رب المال لان ما يبتاعه المضارب قيمته مضمون على رب المال الا ترى اذا اشترى براس المال فهلك قبل التسليم رجع عليه المضارب بمثله ولم يرض ان يضمن الا مقدار راس المال فلو جوزنا الاستدانة لزمه ضمان لم يرض بضمانه وهذا لا يصح ۞ فان رهن شيئا من متاع المضاربه شيئا ضمنه لانه لما لم يجز ان يستدين على رب المال صار مستدينا على نفسه والدين عليه وهذا لا يجوز ان يرهن به مال المضاربه كما لا يملك ايفاه منه ۞ قال فان كان رب المال اذن له ان يستدين كان الدين عليهما نصفين فان اذن له ان يرهن فرهن رهنا فهلك وقيمته والدين سوا كان على المضارب نصف قيمته ۞ قال رضي الله عنه الاصل في هذا الباب ان رب المال اذا اذن للمضارب ان يستدين على المال فما يستدينه فهما شريكان فيه شركة الوجوه فاذا اطلق الاستدانة كان ما اشترى بينهما نصفين الا ترى ان المشتري بالدين لا يجوز ان يكون مضاربة لانها لا تصح الا في مال العين فلم يبق الا ان يكون شركة وجوه واطلاق الشركة يقتضي التساوي فلا فرق بين ان يكون الربح بينهما في المضاربه نصفين او اثلاثا لان هذه شركة على حيالها فلا تبنى على حكم المضاربه وقد بينا ان شركة الوجوه لا يتفاضلان في ربحها الا ان يشترطا التفاضل في الضمان فان شرطا ان المشترى اثلاثا كان الربح كذلك وان اطلقا فالمشترى نصفين ولا يجوز ان يتفاضلا في الربح واذا ثبت ان هذه شركة وجوه فقد صار الثمن دينا عليهما من غير المضاربه فلا يملك المضارب ان يرهن به مال المضاربه الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد اعاره نصف الرهن ليرهنه بدينه فاذا هلك كان مضمونا عليه ۞ قال وليس للمضارب ان يرهن بعد نهي رب المال

او العامل المضاربه ولا بعد موته لان النهي والموت يبطلان المضاربه الا في التصرف الذي يؤدي الى ان ينض راس المال لان رب المال لا يملك عزل الوكيل عن ذلك ولهذا قالوا ان المضارب بعد النهي او الموت يملك ان يبيع ما في يده من العروض لان بالبيع ينض راس المال ۞ ولا يملك ان يشتري لان بالشرى لا ينض وانما هو تصرف على المضاربه وقد انعزل عنه لذلك اذا ثبت هذا فالرهن تصرف لا ينض به راس المال فلا يملكه ۞ قال واذا باع شيئا فاخر عن المشتري الثمن جاز وهذا ظاهر على قول ابي حنيفه ومحمد لان الوكيل بالبيع عندهما يملك ذلك فالمضارب اولى الا انهما قالا في الوكيل اذا اخر ضمن والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك ان يستقيل ثم يبيع نسا فكذلك يملك ان يؤخر ابتدا ولا يضمن والوكيل لا يملك ان يقايل ثم يبيع بالنسا فاذا اخر ضمن فاما ابو يوسف فقال لا يجوز تاخير الوكيل ويجوز تاخير المضارب لان المضارب يملك ان يشتري الجاريه ويستقيل فيها ثم يبيعها نسا فلذلك يملك ان يؤخر ثمنها والوكيل لا يملك ذلك ۞ قال فان احتال بالثمن على رجل والمحتال عليه ايسر او اعسر فهو جائز وذلك لان الحواله من عادة التجار لانهم ربما يحتاجون الى اقتضا المحتال عليه اكثر مما يمكن اقتضا المحيل وليس هذا كالوصي اذا احتال بمال اليتيم لان ذلك ان كان اصلح جاز والا لم يجز لان تصرف الوصي لليتيم على وجه الاحتياط فما لا احتياط فيه لا يجوز وتصرف المضارب على عادة التجار فما اعتادوه جاز ۞ قال محمد وله ان يستاجر ارضا بيضا ويشتري ببعض المال طعاما فيزرعه فيها وكذلك له ان يقلبها ليغرس فيها نخلا او شجرا او رطابا فذلك جائز والربح على ما اشترطا لان الاجاره من التجاره وهو مالك للتجارة ۞ ولان الاستنما من عادة التجار فجاز للمضارب ۞ قال ولو اخذ المضارب نخلا او شجرا او رطابا معامله على ان ينفق على ذلك من المال لم يجز على رب المال وان كان قال اعمل في ذلك برايك حتى دفع اليه المال وذلك لان هذا عقد على منافع المضارب فصار كالو اجر نفسه للخدمه ۞ ولا يعتبر ما شرط من الانفاق لان ذلك تابع للعمل ليس بمعقود عليه كالخيوط في اجارة الخياطه والصبغ في الصباغه ۞ قال وكذلك اذا قال له اعمل في ذلك برايك حتى دفع اليه المال لان هذا يفيد تفويض الراي في المضاربه والمضاربه تصرف في المال فاما منافع المضارب فلا يجوز ان يستحق بها رب المال ۞ قال ولو اخذ ارضا مزارعة على ان يزرعها فما خرج فذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المضاربه وانفق بقيتها عليه قال محمد فان هذا يجوز ان كان قال له اعمل برايك وان لم يكن قال له اعمل برايك لم يجز وذلك لانه لا يوجب حقا لرب الارض في مال رب المال فصار كانه شارك بمال المضاربه والمضارب لا يملك الشركة بالاطلاق فان قال اعمل برايك ملك ذلك هذا ۞ وقال ابو الحسن ان كان الارض والبقر والبذر من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يجز ذلك على المضاربه وكان للمضارب خاصه وهذا على ما بينا انه عقد على منافع نفسه ومنافع المنافع لا يدخل في المضاربه ۞ وكذلك لو شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعته والالة تبع لم يقع عليها العقد ۞ واذا دفع المضارب ارضا بيضا وبذرا مزارعة جاز سوا قال له اعمل برايك او لم يقل وذلك لانه لم يوجب شركة في مال رب المال وانما هو بحكم المواجر لارضه ولهذا قالوا لو استاجر ارضا ليزرعها ببذره فدفعها الى غيره مزارعة جاز وان لم يقل له رب الارض اعمل فيها برايك ۞ قال ابو الحسن وللمضارب ان يبيع عبيد المضاربه اذا جنوا جناية كان المولى حاضرا او غايبا وذلك لان البيع في الدين ملحق من مال بيع العبيد ورب المال لا يملك البيع وانما يملكه المضارب ولا معنى لاعتبار حضور رب المال ۞ وليس للمضارب في قول ابي حنيفه ومحمد ان يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربه وهذه المسالة قد بيناها في موضعها وذكرنا قول ابي يوسف انه يزوج الامة ولا يزوج العبد ۞ وقال ابن رستم عن محمد ليس للمضارب ان يتزوج بامة من المضاربه ولا يزوجها وذلك لانه لا يملك ان يعقد على مال المضاربه لنفسه كما لا يملك ان يشتري به شيئا منها لنفسه فان تزوج امة من المضاربه باذن رب المال فهو جائز وقد خرجت من المضاربه وذلك لان مال المضاربه اذا لم يكن فيه ربح لا ملك للمضارب فيه فجاز ان يتزوج باذن رب المال كما يتزوج بسائر جواريه ۞ واما خروج الجاريه من المضاربه فلان العادة ان من تزوج امراة حفظها وسترها فالمضارب يمتنع من العرض على البيع وابرازها للمشتري فلما اتفقا على التزويج كان ذلك رضا منهما بفسخ المضاربه فيها ۞ قال ويلزم رب المال مقدار قيمتها من المال قال رضي الله عنه معنى هذا ان يحتسب عليه ذلك القدر ويحتسب عليه من راس المال لانه لما اخرجه من المضاربه صار كانه استرجعه ۞ فقد قال الحسن عن ابي حنيفه ان المضارب لا يملك ان يزوج امة من المضاربه لعبد من المضاربه وذلك لان التزويج ليس من التجارة وتصرفه خاص في التجاره وينبغي ان يكون هذا قولهم لان عند ابي يوسف وان جاز له تزويج الامة ليس له تزويج العبد ۞ وليس للمضارب اذا لم يقل له اعمل برايك ان يدفع المال الى غيره مضاربه ولا يشارك به ولا يخلطه بماله ولا مال غيره في قولهم لان العقد المطلق لا يستفاد به الا مثله او ما هو دونه والمضاربه مثل المضاربه فلم يستفد بمقتضاها كما لا يملك الوكيل ان يوكل واما الشركة فهي اعم من المضاربه فلا يستفاد بمقتضاها [illegible]

فاما خلط المال فانه يثبت في مال رب المال حقا لغيره وذلك لا يجوز الا باذنه ۞ واما اذا قال له اعمل برايك فقد
فوض اليه الراي في التصرف الذي يفعله التجار فجاز ان يفعل ذلك لانهم قد يفعلونه ۞ وقد قالوا في الرواية المشهورة
ان للمضارب ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة وذلك لانه من عادة التجار وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك
باطلاق العقد لان الاذن في التجارة اعم من المضاربة فلا يجوز ان يستفاد باطلاق العقد ما هو اكثر منه ۞ وليس له
ان يعتق على مال لان العتق صريح التبرع فلا يملكه الانسان في ملك غيره الا باذنه ۞ وليس له ان يكاتب لان الكتابة
ليست من التجارة وتصرفه خاص في التجارة ۞ ولا يقرض لان القرض تبرع روي عن النبي صلى الله عليه انه قال القرض مرتين
صدقة مرة والتبرع لا يجوز في ملك الغير ۞ قال ولا ياخذ سفتجة لان السفتجة استدانة وهو لا يملك الاستدانة
وكذلك لا يعطي سفتجة لانه قرض وهو لا يملك القرض ۞ وقال محمد عن ابي حنيفة ليس له ان يقرض ولا
ياخذ سفتجة حتى يامره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج واقرض ان احببت فاما اذا قال اعمل في ذلك برايك
فانما هذا على البيع والشرى والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول ابي يوسف وقولنا ذلك لان قوله اعمل في
ذلك برايك يستفاد به عموم التصرف في التجارة ولا يملك به التبرع ولا الاستدانة لان التبرع ليس من عمل المضاربة
وانما فوض الراي اليه في عمل المضاربة واما الاستدانة فقد بينا انها شركة وجوه وهو انما فوض الراي اليه في
المضاربة خاصة فاما ما فيه عقد اخر لا تعلق له بها فلا يدخل في ذلك ۞ قال وللمضارب ان يسافر بالمال وان لم يقل له
اعمل فيه برايك في قول ابي حنيفة في رواية محمد والحسن بن زياد وهو قولهما ۞ وكذلك روى محمد عن ابي يوسف
وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر بالمال وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا دفع اليه
المال بالكوفة وهما من اهلها فان ابا حنيفة قال ليس له ان يسافر بالمال وان كان الدفع في غير مصر في غير
الكوفة فللمضارب ان يخرج حيث شاء اما وجه الرواية المشهورة فلان المضاربة مشتقة من الضرب في
الارض وذلك بمعنى السفر ولانها اذن عام في التصرف فلا يختص بمكان دون مكان ۞ واما وجه
رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة فلان السفر بالمال خطر فلا يجوز الا باذن المالك او ما يدل على الاذن فاذا دفع اليه
المال في بلدهما ولم ياذن له في السفر ولا وجد ما يدل على الاذن واما اذا دفع اليه في غير بلدهما فالعادة ان
الانسان لا ياخذ المضاربة ويلتزم تركه وطنه فصار دفع المال رضا بالرجوع الى الوطن فتضمنت المضاربة السفر
فجاز ان يسافر حيث شاء وقد بينا الرواية التي فرق فيها بين ما له حمل ومؤنة وبين ما لا حمل له في السفر
بالمضاربة على ذلك ۞ قال واذا اشترى المضارب بالمال متاعا او لم يشتر ثم نهاه رب المال ان
يخرجه من المصر الذي اشتراه فيه فليس له ان يخرجه من ذلك البلد فان اخرجه فهو ضامن وكذلك
ان مات رب المال فسافر بالمال وهو عين او متاع وقد علم بالموت او لم يعلم فهو سواء وهو بمنزلة نهي رب
المال وعلم المضارب بالنهي وجملة هذا ان المضاربة المطلقة اذا خصها رب المال بعد العقد ان
كان المال بحاله لم يشتر المضارب به شيئا او كان مالا عينا قد باع ما اشتراه فتخصيصه جائز كما لو خصص المضاربة
في الابتداء لانه يملك العزل في هذه الحالة فجاز ان يملك النهي عن بعض مقتضى العقد لان ذلك عزل عن
بعض ما جعل اليه ۞ واما اذا اشترى المضارب بالمال متاعا فكل شيء استفاده المضارب باطلاق
المضاربة ليس لرب المال ان ينهاه عنه فان نهاه لم يتعلق بنهيه حكم في هذا المتاع حتى ينض ثمنه وهذا
مثل ان يقول لا تبع بالنسيئة وذلك لان المضاربة تمت بالشرى ولو اراد العزل عن البيع لم يجز فكذلك اذا اراد العزل
عن مقتضى البيع لم يجز ۞ فاما السفر فعلى الرواية التي قال انه يسافر باطلاق العقد اذا نهاه عن السفر بعدما
اشترى المتاع لم يعمل نهيه لان ذلك قد ملكه بحكم العقد فلا يملك عزله عنه بعد تمام العقد وعلى الرواية
التي قال لا يملك السفر باطلاق العقد انما يملك بتفويض الراي اذا عزله عنه جاز لان هذا ليس بمقتضى العقد
وانما استفاد بامر اخر ضم الى العقد فجاز عزله عنه ۞ وعلى هذا اذا كان قال له اعمل برايك ثم نهاه عن الشركة
وخلط المال جاز نهيه لان ذلك لم يستفده باطلاق المضاربة ۞ فاما اذا مات رب المال فقد انعزل المضارب
من طريق الحكم فهو كالعزل بالقول فلا يملك الشرى المبتدا ويملك بيع ما اشترى لينض راس المال كما
يملك بيعه بعد العزل ۞ واذا مات رب المال ليس له ان يسافر لان الامر الذي استفاد به التصرف بطل
وليس هذا كالنهي عن السفر لان النهي لا يبطل امر رب المال وانما رب المال يبطل به تصرف المضارب ولا
يملك ذلك فيما تم العقد فيه ۞ وقد قالوا ان المضارب اذا خرج بالمال بعد الموت الى مصر رب المال لم يضمن
استحسانا وذلك لان راس المال يجب تسليمه الى الورثة فلا بد من رده الى مصرهم ۞ وانما استوى في الموت
العلم والجهل لانه عزل من طريق الحكم ۞ وقال بشر وعلي بن الجعد عن ابي يوسف اذا كان المال قائما بعينه
يعني مال المضاربة فله ان يمنع من البيع نسيئة وكذلك لو نهاه ان يعامل فيه وكل ما نهاه ان يعمل بالمال او يشتري
به متاعا فنهيه جائز وهذا يدل على ما قدمنا ان العقد لم يتم فجاز له التخصيص كما يجوز له العزل ۞ واذا
اشترى به متاعا قال ابو يوسف فلرب المال ان يمنع المضارب من بيع بنسيئة ومن يشخص بالمتاع الى بلد ولا ان
يلخذ على يديه من شيء ينقض ما كان في اصل المضاربة ولان يمنعه عن البيع يكون الفضل فيها ارايت مضاربا

اخذ مضاربة على ان يبيع بالنقود والنسيئة ويتجر في انواع التجارات وفي البلدان فاشترى طعاما ما يبلغه فلما قبض
ونقد اراد ان يحمله الى مدينة السلم لما بلغه من غلا السعر فقال رب المال لا تحمله فقد احتجت الى مالي فبعه واعطنيه
فليس ذلك لرب المال وللمضارب الامر العام المعروف بين الناس ليس له في ذلك السفر ولو ما لا يعمل التجار في
مثل ذلك ولا ان يبيع الى اجل لا يبيع التجار اليه ولا ان يحمله في السفر المخوف الذي يتحاماه التجار انما هذا
على ما يعمل التجار ويعرفه الناس وعلى ما قدمنا ان ما استفاد باطلاق المضاربة لا يملك رب المال نهيه عنه
بعد شرائه فاما الاجل الذي لا يبيع الناس اليه والسفر في الطريق المخوف فلان ذلك لا يملك باطلاق العقد
فلذلك لم يجز له ۞ وقال الحسن بن زياد واذا دفع اليه مالا مضاربة وقال اعمل فيه برايك ثم قال لا تعمل برايك
فنهيه صحيح ۞ واذا كانت المضاربة مطلقة ثم قال بعد ذلك لا تبع بنسيئة او قال لا تخرج به من المصر او قال لا تبع
منه شيئا من فلان او قال لا تشتر به البز او لا تشتر الدقيق او لا تشتر جارية ولا دارا لم يكن نهيه نهيا وكان
للمضارب ان يفعل ذلك لان قوله اعمل فيه برايك قد بينا انه امر اخر انضم الى المضاربة فجاز العزل عنه واما
البيع بالنسيئة والبيع ممن شاء وابتياع ما شاء فمستفاد باطلاق المضاربة فلا يملك العزل عنه بعد تمامها وهذا
محمول على انه نهاه بعد الشرى ۞ قال واذا دفع الرجل الى رجلين مالا مضاربة وقال لهما اعملا في ذلك
برايكما او لم يقل فليس لاحدهما ان يبيع ولا يشتري بغير اذن صاحبه ولا يعمل احدهما شيئا مما للمضارب الواحد
ان يعمل لان المالك رضي برايهما ولم يرض براي احدهما فصارا كالوكيلين ۞ ولانه وان فوض الراي والاختيار
اليهما فانما فوضه على الاجتماع ولم يفوضه على الانفراد ۞ فان اذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قولهم
رواه محمد في المضاربة الكبير لانه فوض الراي اليهما وقد نفذ العقد برايهما فكانا تم اعتقاده ۞ واذا دفع الرجل
الى رجل مالا مضاربة واجاز ما صنع في ذلك فاشترى به خمرا او خنزيرا او ميتة او مدبرا او ام ولد او مكاتبا
وهو يعلم او لا يعلم فقبض ذلك ودفع الدراهم فهو ضامن للدراهم التي دفع وذلك لان الاذن في الشرى على
المضاربة يقتضي شرى ما يمكن بيعه لان الربح لا يحصل الا بالبيع وهذه الاشيا لا يجوز بيعها فلم يتضمنها الاذن فاذا
اشتراها المضارب كان مشتريا لنفسه ۞ واذا اشترى بيعا فاسدا مما يملك اذا قبض فليس بمخالف
وما اشترى على المضاربة لان الاذن في الشرى عام في الصحيح والفاسد فيما امكن بيعه بعد ابتياعه فقد
دخل تحت الامر فلا يكون مخالفا ۞ واذا اشترى عبدا بما لا يتغابن في مثله فهو مخالف قال له اعمل برايك او لم
يقل لان المضارب وكيل بالشرى فلا يجوز شراؤه بما لا يتغابن في مثله لانه يتصرف من طريق الحكم كالوصي وقوله
اعمل برايك قد بينا انه ينصرف الى عموم الراي فيما يدخل في المضاربة ولا ينصرف الى التبرع والمحاباة ۞ واذا باع بما
لا يتغابن فيه فهو جائز في قياس قول ابي حنيفة ولا يجوز في قول ابي يوسف ومحمد وهذا فرع على مسئلة الوكالة
[illegible]

باب المضاربة الخاصة

[illegible]

واذا قال خذ هذا المال لتعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها لان في حرف ظرف وقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن فيه فلا يجوز في غيرها ۞ وكذلك اذا قال فاعمل بها في الكوفة لان الفا تعلق ما بعدها بما قبلها فصار العمل في الكوفة هو المأذون فيه ۞ وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالنصف بالكوفة لان البا تلحق الصفة بالموصوف فلم يجز ان يتصرف على غير الصفة المأذون فيها ۞ ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة فله ان يعمل بها في الكوفة وحيث ما بدا له لان الواو للاستيناف فقد اذن اذنا مطلقا وشاوره فيما يعمل في المال فلم يختص الاذن به ۞ واذا قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف على ان تشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال في الطعام فذلك كله سوا والطعام هو الحنطة والدقيق فليس له ان يشتري غير ذلك لما بينا ان على حرف شرط والامر اذا تعلق بشرط وجب اعتباره والفا تعلق ما بعدها بما قبلها ۞ واذا قال تشتري به الطعام فهذا تفسير للاذن فيختص به ۞ واذا قال في الطعام ففي حرف ظرف فاذا دخلت على ما يكون ظرفا صار شرطا ۞ وانما قلنا ان الطعام الحنطة ودقيقها لان في العادة لا يراد بالطعام كل ما يطعم وانما يراد ما يطلق عليه الاسم وذلك هو الحنطة دون غيرها فاما دقيقها فالمقصود فيه ما يقصد بها ۞ ولانه كان يسمى طعاما عندهم على الاطلاق والمعتبر فيه ما يتناوله الاسم في كل بلد ۞ وكذلك كل جنس يذكره في التجارات على هذا اللفظ لما بينا ان اللفظ يفيد التخصيص فاذا اختص الاذن فاذا اشترى غيره كان ما اشترى له فكانه ابتدأ التصرف بغير امره ۞ قال وله ان يشتري ذلك الصنف في المصر وغيره وان يبضع فيه ويعمل في ذلك الضرب خاصة جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة وذلك لان اللفظ يفيد العموم فاذا دخله التخصيص من وجه بقي العموم فيما فيه على ما كان عليه ۞ واذا عطف بالواو في هذا كله فقال له اعمل به كذا وكذا فهي مطلقة وهذا القول منه مشورة وقد بينا ۞ واذا قال له على ان تشتري من فلان وتبيع منه فهو على فلان خاصة لا يتعداه لان هذا التخصيص فيه فائدة وهي الثقة بفلان وكل تخصيص فيه فائدة يثبت حكمه ۞ واذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة وتبيع فاشترى وباع من رجل بالكوفة من غير اهلها فهو جائز لان هذا التخصيص لا فائدة فيه الا ترك السفر فكانه قال على ان تشتري ممن بالكوفة ۞ وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة في الصرف على ان تشتري من الصيارفة وتبيع فله ان يشتري من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف لان التخصيص بالصيارفة لا فائدة فيه الا تخصيص البلد او النوع فاذا حصل ذلك من صيرفي او غيره فهو سوا ۞ قال واذا دفع اليه مالا مضاربة ثم قال له بعد ذلك اشتر به البز وبع فله ان يشتري البز وغيره وهذا محمول على انه نهاه بعد الشرى وقد بينا ان ما استفاده باطلاق المضاربة اذا خصه بعد العقد ان كان المال عينا جاز تخصيصه وان كان قد اشترى به لم يعمل تخصيصه الا ان يبيعه بمال عين فيثبت التخصيص عند ذلك ولا يجوز ان يشتري به الا ما قال ۞ واذا دفع اليه مالا مضاربة على ان يشتري ويبيع بالنقد فليس له ان يشتري ويبيع الا بالنقد لان هذا التخصيص فيه فائدة فيتعلق به الامر ۞ فان قال بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لان هذا انفع من النسيئة والتخصيص الذي لا فائدة فيه لا يثبت وهذا كالوكيل بع بعشرة فباع باكثر من ذلك ۞

باب اختلاف رب المال والمضارب في

قال رضي الله عنه اصل هذا الباب ان مقتضى المضاربة العموم على ما بينا فاذا اختلفا فالقول قول من يدعي العموم منهما لانه يدعي مقتضى العقد والمدعي للخصوص يدعي زيادة شرط فلا يقبل دعواه ۞ واذا اتفقا على ان العقد وقع خاصا فالقول قول رب المال لانهما اتفقا على العدول عن ظاهر العقد وانه وقع على الخصوص فصار كالوكالة الخاصة اذا اختلفا فيها ان القول قول الموكل ۞ قال ابن سماعة وعلي بن الجعد عن ابي يوسف اذا اختلف المضارب ورب المال في التجارة فقال رب المال امرتك ان تتجر في الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فان ابا حنيفة وابا يوسف قالا القول قول المضارب مع يمينه وذلك لانه ادعى مقتضى العقد وادعى رب المال العدول عن مقتضاه فلم يقبل قوله ۞ وعلى المضارب اليمين لان القول قوله فيلزمه فيه الخصومة وهو مما يصح بذله ۞ وقال الحسن القول قول رب المال وعن اصحابنا من قال انه قول زفر لان الامر مستفاد من جهة رب المال فالقول قوله كيف امره ۞ فان قامت لهما بينة على ما قالا فالبينة بينة المضارب اذا ادوا في الشهادة حرفا واحدا فقالوا نشهد انه اعطاه اياه مضاربة في كل تجارة وان لم يشهدوا بهذا الحرف فقالوا اعطاه مضاربة فالبينة بينة رب المال وذلك لانهم اذا شهدوا باطلاق المضاربة فشهود رب المال شهدوا باشتراط زائد فشهادتهم اولى ۞ واذا شهد شهود المضارب انه دفع اليه في كل تجارة فقد شهدوا بزيادة لفظ لم يشهد بها الآخرون ۞ قال والشهادة في هذه الوجوه على زيادة الحرف والمعاني وهذا يدل على ان الاخبار المتعارضة ترجح بالزيادة في اللفظ ۞ قال فان لم يختلفا في انواع التجارة واختلفا في المكان دون ما سواها فهو كذلك يعني في المنع من السفر ۞ لان المضاربة تقتضي الاطلاق في الرواية المشهورة ۞ واذا ادعى رب المال انه نهاه عن السفر فقد عدل عن اطلاق اللفظ فلا يقبل قوله ۞

فاما على قول زفر وهو قال اذا المضارب لا يسافر والقول قول رب المال لانه يدعي تقييد اطلاق العقد والمدعي يدعي زيادة شرط فيه ۞ فان قال رب المال دفعت اليك المال مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم وذلك لانهم اتفقوا على خصوص العقد وزوال الاطلاق فليس الرجوع الى ما تقتضيه الاطلاق فكان القول قول من استفيد الاذن من جهته ۞ فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب وذلك لانه يثبت شرطا بتعيينه رب المال والبينة المثبتة اولى ۞ وقيل الرواية والبينتان اذا تعارضتا في صفة الاذن وقد وقتا فالوقت الاخير اولى لان الشرط الثاني ينقض الاول والرجوع اليه اولى ۞

باب نفقة المضارب على نفسه من مال المضاربة

قال ابو الحسن قال اصحابنا جميعا لا ينفق المضارب في المال اذا عمل به في المصر فان انفق من مال المضاربة شيئا على نفسه فهو ضامن له وذلك لان القياس النفقة قابلا ان امكن قال لا يجوز ان ينفق بحال الا باذن رب المال او من قال ينفق في السفر دون الحضر فصار الحضر اجماعا فاذا انفق ضمن لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله صلى الله عليه لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه ۞ قال وان سافر بالمال انفق بعد نفقته في طعامه وادمه ونفقته على نفسه من كسوة او طعام او يأكله او يجيء بخدمه او ثوب يلبسه او فراش ينام عليه او ما يشربه او علف الدابة التي يركبها في سفره وتنصرف في حوائجه او غسل ثيابه في المال وكذلك شراء دابة ليركبها روى بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وليس عن اصحابنا خلاف في هذه الجملة والاصل في جواز النفقة من المال ان العادة ان الانسان لا يسافر بمال غيره طلبا للفائدة فيتحمل النفقة من ماله لانه يجوز ان تكون ويجوز ان لا يكون وانما ينفق من المال فصار المعتاد كالمأذون فيه بالنطق ۞ ولان سفره لاجل المال لا على وجه التبرع من غير بدل مضمون عليه فكانت نفقته عليه ۞ وليس كذلك الحضر لان اقامته ليست لاجل المضاربة اذا كان مقيما قبلها فلم يكن نفقته في المال وليس هذا كالاجير لانه يعمل ببدل مضمون فيحصل له العوض وقد لا يحصل فجعلت نفقته في المال حتى لا يستضر بالانفاق على نفسه من مال نفسه ۞ وليس هذا كالمستبضع لانه يتبرع بالعمل من غير منفعة فلم يثبت له النفقة مع اسقاطه حقه ۞ وقد روى ابن سماعة عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال انه ينفق من المال وهذا صحيح على ما بينا في المضارب ۞ واذا ثبت ان النفقة في المال انفق ما لا بد له منه في سفره لان الاذن مستفاد بالعادة فيثبت منه مقدار ما جرت العادة به دون غيره ۞ قال فان كحل او اشترى به المضارب دواء او حجامة فهو ضامن له من ماله وكذلك النورة ۞ وقال الحسن كل ذلك في المال في قياس قول ابي حنيفة وجه ما ذكر في الكتاب ان النفقة اذا ثبتت بالعادة ثبت المعتاد منها دون غيره ولهذا اذا قضى القاضي بالنفقة قضى بالطعام والكسوة ولم يقض بالدواء والحجامة ۞ ولان كل ما كان باذن لا يجوز ان يثبت بالعادة وجه قول الحسن ان كل مال يثبت فيه نفقة الانسان كان فيه الدواء والحجامة كمال نفسه ۞ قال وكذلك الدهن في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد الدهن في المال لهما ان الدهن ليس بمعتاد ولا تدعو اليه الضرورة فصار كالطيب وجه قول محمد انه مستعمل لمنفعة في البدن غير نادر كالطعام والشراب ۞ وقال الحسن ينفق على نفسه في سفره في كسوته وادامه وان احتجم او اختضب او اطلى او اكل منه فاكهة مثل ما يصنع التجار كان له ذلك في قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف فيما يأخذ قال ابو الحسن في رواية الحسن في الحجامة والاطلاء خلاف ما رواه الآخرون وليس في الخضاب واكل الفاكهة رواية عن ابي يوسف ولا محمد علمناه والظاهر ان الخضاب كالحجامة لانه غير معتاد في الرجال فاما الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادم ۞ قال بشر عن ابي يوسف في نوادره سألت ابا يوسف عن اللحم فقال كما كان يأكل وذلك لانه من المأكول المعتاد ۞ قال ابو الحسن وسبيل النفقة عندهم جميعا ان تحتسب من الربح اذا كان في المال ربح فان لم يكن في المال ربح فهي في رأس المال لان النفقة جزء هالك من المال فان هلك المال بعد ذلك ربح كان منه كما لو هلك بسبب من الهلاك ۞ قال ابو الحسن وما ينفقه من ماله مما له ان ينفقه على نفسه من مال المضاربة فهو دين في المضاربة وذلك لان له الانفاق من المال وتدبيره اليه فاذا انفق من مال نفسه رجع فيه كالوصي اذا انفق على الصغير من مال نفسه ۞ فان هلك المال لم يرجع بشيء على رب المال فان لم يحصل ذلك في المضاربة وذلك لان النفقة واجبة على رب المال من مال مخصوص فاذا هلك لم يلزمه الضمان كالزكاة الواجبة اذا هلك المال وكجناية العبد اذا مات العبد ۞ قال وان خرج من المصر يوما او يومين فله النفقة من مال المضاربة قال محمد في كتاب المضاربة عن نفسه وعن ابي يوسف وذلك لان الخروج من المصر حصل لاجل المال فصار كالخروج في السفر ۞ قال واذا اخرج المضارب بالمال فسافر فاقام في مصر من الامصار للشرى والبيع ونوى الاقامة خمسة عشر يوما فله النفقة ما لم يتخذ الموضع الذي هو فيه دارا لاقامة ولا يبطل نفقة المضارب بعد السفر بالمال الا باقامته في مصره او مصر يتخذه دارا لاقامة وذلك لان اقامته في مصره ليس لاجل المال وكذلك اذا اتخذ وطنا آخر فاقامته فيه للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصلي ۞ واما اذا نوى الاقامة ولم يتخذ المصر دارا

فاقامته لاجل المال فجاز ان ينفق منه قال واذا اخذ المضارب دارا بالكوفة وهو من اهل البصرة وكان قدم
الكوفة مسافرا فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة فاذا خرج مسافرا فله النفقة حتى يأتي البصرة ثم لا ينفق من
المال ما دام بالبصرة فاذا خرج من البصرة انفق من المال حين يخرج الى ان يأتي الكوفة وكان مقيما بالكوفة حتى يعود الى
البصرة وذلك لانه كان مقيما بالكوفة قبل المضاربة فاذا خرج من الكوفة فخروجه لاجل المال فله ان ينفق منه
فاذا دخل البصرة وهي وطنه فاقامته لاجل وطنه لا للمال فاذا عاد الى الكوفة فوطنه كان بها وطن اقامة
فبطل بالسفر فقد عاد اليها وليست بوطن له فاقامته فيها لاجل المال فكانت نفقته فيه وكل من كان مع
المضارب يعينه على العمل في مال المضاربة حرا كان او عبدا او اجيرا اخدمه او يخدم دابته فنفقتهم في المال
وذلك لان نفقتهم كنفقته بنفسه الا ترى انه لا يتوصل الى السفر الا بهم قال الا ان يكون معه عبيد لرب المال
بعثهم معه يعينونه فلا نفقة لهم في المال ونفقتهم على رب المال خاصة وذلك لان عبيد رب المال يجري
مجراه ومعلوم ان رب المال اذا كان يعين المضارب في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة فكذلك عبيده
قال وكل ما اطلقناه للمضارب من النفقة على نفسه وما يحتاج اليه فهي نفقة بالمعروف على الامر المعروف
من التجار فان تجاوز ذلك ضمن الفضل لانه مأذون بالعادة فاعتبر المقدار المعتاد دون غيره قال وسواء
سافر برأس المال او بمتاع من المضاربة لان السفر في الوجهين لاجل المال وكذلك لو سافر فلم يتفق له
شراء متاع من حيث قصد فعاد بالمال فذلك سواء ونفقته ما دام مسافرا في مال المضاربة وذلك لان التجارة
تقع على هذا الوجه الا ترى ان الانسان قد يتفق له الشيء في وقت دون وقت وفي مكان دون مكان اذا كان
هذا عمل التجار لم يضمن النفقة قال فان سافر المضارب بماله وبمال رب المال او بمالين لرجلين فنفقته على
المالين بالحصص لان السفر لاجلهما فكانت النفقة فيهما فان كان احد المالين مضاربة لرجل ومال الآخر
بضاعة لرجل فنفقته في مال المضاربة لان البضاعة تبرع فلم يكن سفره لاجلها قال الا ان يتفرغ لعمل البضاعة
فينفق من مال نفسه لانه تارك للعمل في المضاربة قال وليس على رب البضاعة شيء الا ان يكون اذن
له في النفقة لانه متبرع باخذها فلم يكن له نفقة كالمودع قال ولو خلط مال المضاربة بماله وقد اذن له
في ذلك فالنفقة على الحصص لان السفر لاجل المالين قال واذا رجع المسافر الى مصره ومعه من الثياب
التي اشتراها للكسوة او غير ذلك من طعام او غيره رده في المضاربة لانه اذن له في النفقة من مال غيره
لاجل سفره فاذا انقطع السفر زال الاذن فما بقي يعود الى اصله قال واذا انفسخت المضاربة وفيها ديون
على الناس فان كان في المال ربح اجبر المضارب على التقاضي وان لم يكن فيه فضل لم يجبر المضارب على
التقاضي وقيل للمضارب احل بها رب المال على الغرماء وذلك لانه اذا كان هناك ربح فقد حصل له عوض عن
العمل فيلزمه اتمام العمل واذا لم يكن ربح فلم يحصل له عوض عن العمل فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل
ولانه اذا كان هناك ربح فالمضارب شريك في المال فلو قبض نصيب نفسه خاصة كان لرب المال اخذه منه
لان رأس المال مقدم على الربح ولا بد ان كل ما قبضه هذا اخذه الآخر منه حتى يستوفي رأس المال ثم كلما
اخذه اخذ حصته منه فيؤدي ذلك الى ان يلزمه قبض الجميع وهذا لا يوجد مع عدم الربح الا ان حقوق العقد
تتعلق بالعاقد دون المالك فلم يقدر رب المال على التقاضي الا بالحوالة فيلزمه ان يحيله حتى لا يتوى حقه
واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة فاسدة فسافر بها فلا نفقة له لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة
الا ترى ان الواجب فيها الاجر والاجير لا ينفق من المال

باب اختلاف رب المال والمضارب في رأس المال

قال ابو الحسن واذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح فقال رب المال رأس مالي الفان وشرطت
لك ثلث الربح وقال المضارب رأس مالك الف وشرطت لي نصف الربح وفي يد المضارب الفا درهم يقران انها
مال المضاربة فالقول قول المضارب في رأس المال انه الف والقول قول رب المال في انه شرط له ثلث الربح
وهذا قول ابي حنيفة الاخير وهو قول ابي يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال في
الامرين جميعا وهو قول زفر وانما جعلنا القول في مقدار رأس المال قول المضارب لانه اختلاف في
مقدار المقبوض فالقول قول القابض كالغاصب ولانه لو قال لم اقبض شيئا كان القول قوله فكذلك اذا
اعترف بشيء دون شيء وانما كان القول في شرط الربح قول رب المال لان شرط الربح يستفاد من جهته فالقول
قوله فيه ولانه لو قال لم اشرط لك ربحا وانما دفعته بضاعة كان القول قوله فكذلك اذا اقر بشيء دون شيء
ووجه قوله الاول ان الربح يستفاد من رأس المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة فادعى المضارب
استحقاقا فيها ونفاه المالك فالقول قوله وليس كذلك اذا قال المضارب بعض هذه الالفين لي خلطته
بها او هي بضاعة عندي لانهما لم يتفقا ان الجميع من مال المضاربة ومن كان في يده شيء فالقول قوله فيه
اذا ثبت هذا قلنا في مسألتنا يحكم ان رأس المال الف ويجعل للمضارب ثلث الالف الاخرى فلا يقبل قول
رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى قول زفر يأخذ رب المال

الالفين جميعا فان كان في يد المضارب ثلاثة آلاف والمسألة بحالها اخذ رب المال الف درهم واقتسما ما بقي
اثلاثا وقال زفر يأخذ رب المال الفي درهم ويأخذ ثلثي الالف الاخرى وقد بينا هذا قال واذا كان في يد
المضارب قدر ما ذكر انه قبض من رأس المال او اقل ولم يكن في يده اكثر مما اقر فالقول قول المضارب عندهم
جميعا لان زفر يقبل قول رب المال في استحقاق ما اعترف المضارب انه مال المضاربة فاما ان يقبل
قوله في ايجاب الضمان على المضارب فلا قال فان جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال الف رأس المال والف
ربح والف وديعة او مضاربة لآخر او بضاعة لآخر او شركة لآخر او علي الف درهم دين فالقول في الوديعة
والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الاقاويل كلها وذلك لان من في يده شيء فالظاهر انه له
الا ان يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الالف فكان القول قوله فيها قال ومن جعلنا القول
قوله في هذا الباب فهو مع يمينه لانا جعلنا القول قوله فيما لزمه فيه الخصومة ومن اقام منهما بينة على ما ادعى
من فضل فالبينة بينته لان رب المال اذا اقام البينة على زيادة رأس المال فقد اثبت ببينته زيادة شرطه
ونظير هذا ما قال محمد اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب
بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له
فيها الا فساد العقد فلم يقبل قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانه اثبت زيادة شرط
ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لانه
اقر له ببعض الثلث والمضارب يدعي تمام الثلث ولا يقبل قوله في زيادة شرط الربح فان اقاما بينة
فالبينة بينة المضارب لانه اثبت زيادة في الشرط ولو قال رب المال شرطت لك النصف من الربح
وقال المضارب شرطت لي مائة درهم او قال لم تشترط شيئا فلي اجر المثل فالقول قول رب المال لان
المضارب يدعي اجرا مضمونا في ذمته وهو ينفي ذلك فالقول قوله فان اقام رب المال البينة على
شرط النصف واقام المضارب بينة انه لم يشترط شيئا فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة للشرط
وبينة المضارب نافية ولو اقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فبينته اولى لانه اثبت
بها اجرا مضمونا واثبت شرطا في مقابلة الشرط الذي اثبته رب المال فكانت البينة الموجبة للضمان
مع تساوي البينتين في اثبات الشرط اولى وقد جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة الا
في هذا الفصل اذا اقام رب الارض والبذر البينة انه شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت
لي مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة
عقد لازم بدلالة ان من لا بذر من جهته لو امتنع من العمل اجبر واذا كان العقد لازما فالبينة المصححة له اولى
فاما المضاربة فليست بلازمة لان العامل لو امتنع من العمل لم يجبر فلم يترجح البينة بالتصحيح فرجحت
بايجاب الضمان ولو قال رب المال دفعته اليك بضاعة لان الربح يستفاد بشرطه فالقول قوله انه
لم يشترط ولان المضارب يدعي استحقاقا في مال غيره فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب
اقرضتني المال فالربح لي وقال رب المال دفعته اليك مضاربة او بضاعة فالقول قول رب المال لان
المضارب يدعي عليه التمليك فان اقاما بينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت التمليك ولانه لا تنافي
بين البينتين لجواز ان يكون اعطاه مضاربة او بضاعة ثم اقرضه ولو قال المضارب دفعته الي مضاربة
وقال رب المال اقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا ان الاخذ كان باذن المالك ورب المال يدعي
على المضارب الضمان فالقول قوله في نفيه فان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت الضمان

باب الاستدانة على المضاربة

قال ابو الحسن واذا دفع رجل الى رجل الف درهم مضاربة وامره ان يعمل في ذلك برأيه او لم يأمره فليس له ان
يشتري للمضاربة باكثر من الالف التي هي رأس المال في يده لان الفضل عنها يكون دينا وليس في يده من
مال المضاربة ما يؤديه فيه وهذا على ما قدمنا ان الاستدانة لا تجوز في المضاربة الا ان ينص عليها رب
المال فاما اذا قال اعمل برأيك فافاد هذا القول عموم الرأي في العقد المدفوع اليه دون غيره فاذا
اشترى باكثر من الالف صار مستدينا على المال وذلك لا يجوز فان اشترى سلعة باكثر من الالف
كانت حصة الالف من السلعة المشتراه للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة له ربحه
وعليه وضيعته والزيادة عليه دين في ماله وذلك لانه يملك الشرى بالف ولا يملك الشرى بما زاد عليها
للمضاربة ويملك الشرى لنفسه فاذا جمع بين الامرين كان ما اشتراه بمقدار الالف للمضاربة كما يجوز في حال
الانفراد وكان ما اشتراه من الزيادة له كما لو اشتراه في حال الانفراد وهو يملك بالمضاربة ان يشتري سلعة
ويملك ان يشتري بعضها ولا يقال هذا يوجب خلط مال المضاربة بماله وذلك لان هذا اختلاط من
طريق الحكم فلا يوجب الضمان كما لو اشترى نصف عبد ثم باعه هو والبائع لم يضمن باختلاط الثمن وان كان لو خلط
المال ابتداء لم يجز قال واذا قبض المضارب رأس المال وهو الف درهم فليس له ان يشتري للمضاربة

بغير الدراهم والدنانير والفلوس من سائر الاشياء مما يكال او يوزن او يعد ولا بثوب موصوف الى اجل لان الشرى بغير الاثمان استدانة على المال لانه ليس في يده من مال المضاربة ما يؤدي ولا يستدين انه لا يجوز واما اذا كان في يده دراهم فاشترى بدنانير او كان في يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه اشترى بجنس ليس في يده فلم يجز كالو اشترى بالعروض وانما استحسنوا فقالوا يجوز وذلك لان الدراهم والدنانير قد اجريا عند التجار مجرى الجنس الواحد الا ترى انهما الاثمان وبهما يقضى في النفقات والاروش وقيم المتلفات ولا يتميز نقل كل واحد منهما الى الاخر فصارا كالشيء الواحد فكانه اشترى بجنس ما في يده واما الفلوس فالقياس فيها ما ذكرنا والاستحسان ان تكون كالدراهم على قول من جوز المضاربة بها لانها ثمن كسائر الاثمان وعلى قول ابي يوسف لا يجوز المضاربة بها كالعروض ولا يجوز الشرى بها اذا لم تكن في يده وكذلك لو اشترى بخلاف صفة راس المال اشترى بدراهم بيض وراس المال سود او بصحاح وراس المال غلة فذلك جائز وكذلك ان كان راس المال بيضا فاشترى بسود او كان راس المال صحاحا فاشترى بغلة وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وذلك لانه اذا جاز ان يشتري بالدنانير وفي يده دراهم فاذا اشترى بالدراهم وفي يده دراهم بخلاف صفتها اولى وقال محمد اذا اشترى بما صفته انقص من صفة راس المال جاز قال ابو الحسن ولم اجد عنه اذا اشترى بازيد من صفته شيئا وقال زفر اذا اشترى بخلاف صفة راس المال لم يجز فان كان محمد شرط ان يشتري بما صفته انقص فان في يده ذلك القدر وزيادة واذا اشترى باجل فليس في يده القدر الذي اشترى به فلم يجز والظاهر من مذهبهم جواز ذلك لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس وان كان راس المال الف درهم فاشترى به سلعة بالف او بدنانير او بفلوس قيمة ذلك الف درهم بطل ان يشتري بعد ذلك على الف شيئا بالف اجرى او غيره لكن وقد خرجت الالف الاولى عن المضاربة لما صارت عينا من الدين وذلك لان الالف الاولى صارت مستحقة بالثمن الاول فاذا اشترى بعدها صار مستدينا على المال قال فان اشترى بها او لا عبدا بخمسمائة درهم فقد خرجت خمسمائة من المضاربة ولا يجوز ان يشتري بعد ذلك الا بقدر خمسمائة وكذلك كل دين يلحق براس المال لان الخمسمائة صارت مستحقة من راس المال ولو اشترى باكثر مما بقي كان مستدينا على المال وهذا لا يصح قال واذا باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده اموال من صنوف الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم تكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له ان يشتري متاعا بثمن ليس في يده مثله في جنسه وصفته وقدره وذلك مثل ان يشتري عبدا بكر حنطة موصوفة جيدة او وسط فان كان الشرى بوسط من الحنطة وفي يده وسط من الحنطة فالشرى جائز على المضاربة والا لم يكن للمضاربة وكان للمضارب وكذلك ان كان في يده حنطة اجود مما اشترى به او ادون وذلك لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستدينا على المال وهو لا يملك ذلك فان باع ما في يده بالف وحصل ذلك في يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لان الخلاف كان في حال الشرى فلزمه فيه الثمن وصارت السلعة له وذلك لانه لما لم يملك الشرى ابتداء وقع العقد له فلا يتغير بعد ذلك من ملكه الى المضاربة وفساد الحاصل في مسائل الاستدانة ان المضارب لا يملكها الا باذن رب المال بصريح الاذن فاذا اذن لم يكن ما يستدينه على المضاربة وكان شركة وجوه على ما قدمنا وقد قالوا على هذا لو قال له استقرض على الفا وابتع بها على المضاربة فاستقرض كان ما استقرضه على نفسه حتى لو هلك في يده قبل ان يدفعه الى رب المال لزمه ضمانه ولم يرجع به على رب المال فان اشترى به كان المشترى بينهما ورجع على رب المال بحصته فكانه قال استدن على مالك متاعا بيننا فاما اذا لم ياذن له في الاستدانة فليس له ان يشتري ما لم يكن من راس المال ولا بغير جنس الاثمان فان اشترى بثمن وليس في يده ثمن غيره جاز استحسانا واذا اشترى بقدر راس المال ثم لم يسلمه حتى اشترى شيئا اخر لم يكن على المضاربة لان راس المال اشتغل بالدين على ما يملك الشرى به فصار مستدينا ولا يجوز ان يشتري بعد ما اشترى براس المال الا ما السلعة التي اشتراها لا بها على المضاربة فاذا اشترى بها لم يكن مستدينا على المضاربة

باب الاستدانة على اصلاح مال المضاربة

قال اصحابنا اذا اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استاجر على حملها او على قصارتها او فتلها فهو متطوع في ذلك كله لانه ابتاع بجميع راس المال ما في يده ما يجوز عقده به فصار عاقدا لنفسه فيكون متطوعا به في حق الغير كمن حمل متاع الغير او قصره قال محمد وكذلك ان صبغها اسود من ماله فنقصها ذلك ولم يزد فيها شيئا فلا ضمان في شيء من ذلك اذا كان رب المال قال له اعمل في ذلك برايك او لم يقل وذلك لان اجرة الصبغ لو صار دينا في المال كان مستدينا عليه وقد بينا ان الاستدانة لا تجوز ولا يضمن نقصها بالسواد لانه لم يوجب زيادة في العين وانما نقصها ولا يضمن نقصه لانه ماذون فيه بعقد المضاربة الا ترى انه لو كان في يده فضل فصبغ به الثياب سودا فنقصها لم يضمن فكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر او زعفران او صبغ يزيد فيها وليس في يده من مال المضاربة شيء فان كان لم يقل له اعمل برايك فهو ضامن ورب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم له المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيضرب فيه رب المال بقيمته ابيض ويضرب المضارب بما زاد الصبغ فيه فما اصاب المتاع فهو مال المضاربة وما اصاب ما زاد الصبغ فهو للمضارب خاصة وذلك

لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ في غير المضاربة والمضارب خلط ملك نفسه بالمال ولم يقل له اعمل برايك فضمن وصار كالاجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب اجنبي كان المالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضاربا بثمنها فكذلك هذا واما اذا قال له اعمل برايك فلا ضمان عليه لان له ان يخلط ماله بالمال وقد بينا ان الصبغ على ملكه فلم يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما اذا باعه قسم الثمن على قيمة الثوب ابيض فما اصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب

باب ما يلحق بالمضاربة مما يخرج بالحكم من المضاربة

روى معلى عن ابي يوسف اذا كان مع الرجل الف درهم مضاربة فاشترى عبدا بالفين فانفق عليه فهو متطوع بالنفقة وذلك لانه لم يبق في يده شيء من راس المال فالنفقة استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا انفق على عبد غيره قال الا ان يكون القاضي امره بذلك فان رفع الى القاضي فامره بالنفقة عليه فما انفق فهو عليهما على قدر رؤوس اموالهما قال ابو يوسف وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال اذا حكم بالنفقة وانما صارت النفقة دينا بامر القاضي لان له ولاية على الغائب في حفظ ماله فملك ان يامره بالاستدانة عليه وانما صار الحكم بالنفقة قسمة لان كل ضمان وجب على رب المال له على المضارب نقض المضاربة لم يكن قسمة ولم يبطل به المضاربة اصله وجوب الثمن على المضارب بالعقد ورجوع المضارب بالثمن على رب المال اذا هلك المال بعد الشرى به وكل ضمان وجب عليهما او على احدهما لا يوجب المضاربة فهو قسمة الا ترى ان القاضي لا يلزم المضارب ضمانا لاجل نصيبه الا وقد عينه وتعيين نصيب المضارب لا يصح الا بعد تعيين راس المال وهذا قسمة وقال ابن رستم عن محمد في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها الفان قال محمد النفقة على رب المال ويحتسب فيها في راس المال وقال ابن رستم عنه في موضع اخر يقال لرب المال انفق ان شئت واحتسب في راس المال وقال ابن رستم وروى لي عن ابي يوسف واللؤلؤي انهما قالا على قدر حصصهما وتخرج النفقة من المضاربة وقال في الزيادات في هذه المسالة ان رب المال يجبر على ان ينفق عليها من ماله النفقة كلها فيكون ذلك في راس المال وقال الحسن في النوادر عن ابي حنيفة انهما يجبران على الكسوة ويكون هذا بمنزلة القسمة تخصا من مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ان النفقة عليهما وقال محمد النفقة على رب المال وحجة قولهما ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدلالة ان عتقه ينفذ فيه فلا يجوز ان يلزم رب المال النفقة على ملك غيره فاذا اقضى القاضي على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعين الربح وراس المال وهذه قسمة وحجة قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان راس المال غير متعين فكان العبد على حكم ملك رب المال فنفقته عليه ويكون في راس المال لان المضارب لو بقي شيء من راس المال فانفق على العبد منه كان محتسبا من راس المال فكذلك اذا انفقه رب المال قال محمد في الرواية الاخرى يقال لرب المال انفق ان شئت فعلق ذلك باختياره لان النفقة زيادة في راس المال ورب المال لا يلزمه ان يزيد في راس المال قال محمد في عبد ابق من المضاربة فجاء رجل وقيمته الفان وليس في يده شيء من المضاربة غير العبد فالجعل على رب المال يحتسب به في راس المال من ماله فاذا بيع استوفى رب المال راس ماله والجعل وما بقي بينهما على ما اشترطا الربح وقال الحسن الجعل ارباعا وخرج العبد من المضاربة فان ابى احدهما ان يعطي الجعل اجبر الذي يابى على ان يعطي حصته والخلاف في الجعل كالخلاف في النفقة عند ابي حنيفة وابي يوسف انه عليهما لان العبد على ملكهما وقال محمد على رب المال وهو زيادة في راس المال على ما بيناه وقال بشر عن ابي يوسف انه لا يحتسب الجعل في بيع المرابحة ويحتسب به ما بين المضارب ورب المال فان كان هناك ربح فالجعل فيه والا فهو وضيعة في راس المال وانما لم يلحق في المضاربة بالمرابحة لانا نلحق ما جرت عادة التجار بالحاقه والجعل نادر فلا يلحق بالعادة ما هو غير معتاد وانما يحتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لاجل المال وليس يمتنع ان يحتسب بالشيء فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق راس المال في المرابحة كنفقة المضارب على نفسه

باب جناية عبد المضاربة

قال هشام سمعت ابا يوسف يقول لو ان رجلا دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب عبدا قيمته الفان فجنى الغلام جناية فان فداه المضارب فهو متطوع في جميع الفداء وانما فداؤه على رب المال ولا يجبر المضارب على فدائه فان فداه رب المال فانه يحتسب ذلك الفداء في المضاربة فان كان رب المال غائبا لم يكن لاصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا انهم يستوثقون من الغلام بكفالة الى قدوم المولى وقال محمد ليس لواحد منهما ان يدفع العبد حتى يحضرا جميعا فان كان احدهما غائبا ففداه الاخر فهو متطوع في الفداء وان كانا حاضرين جميعا قيل لهما ادفعا او افديا فان دفعا فليس لهما شيء وان فديا كان الفداء عليهما ارباعا وقد خرج العبد من المضاربة وروى الحسن عن ابي حنيفة مثل قول محمد وانما لم يخاطب المضارب بالدفع او

مع غيبة المولى لأن تصرف المأذون يشبه تصرف الحر لأنه يتصرف لنفسه ولا يرجع بالضمان على غيره وعبد الحر إذا جنى كان
عليه الدفع أو الفداء فأما المضارب فتصرفه يجري مجرى تصرف الوكيل والوكيل بالشرى لا يخاطب بحكم الجناية وليس
كالمأذون العبد فيه لأن موجب إتلاف المال البيع والمضارب يملك ذلك وعلى هذا لو غاب المضارب وحضر رب المال
لم يخاطب لأن المضارب له حق في المال ويجوز أن يختار دفع الفداء ليسلم مال المضاربة فلم يلزم رب المال الدفع مع غيبته
ولأنه يدفع عبدًا الغير فيه ملك ولو إذا ثبت أن كل واحد منهما لا يخاطب مع غيبة الآخر فإن فدى فهو متطوع لأنه
يقدر على ترك الفداء ولا يلزمه شيء يرجع به فصار كالأجنبي فدى ۞ وأما إذا حضرا خوطبا بالدفع أو الفداء في قول أبي حنيفة
ومحمد فإن اختارا الدفع فالملك لا يتجاوزهما فيجوز دفعهما وقد بطلت المضاربة بهلاك المال ۞ وإن اختارا الفداء
فهو عليهما لأن المضارب له ملك في العبد ولأن عتقه ينفذ فيه فكان فداء نصيبه عليه ۞ وقد خرج العبد من
المضاربة لأن المضارب لا يلزمه الفداء إلا بتعين حقه ولا يتعين حقه إلا بتعين رأس المال وهذه قسمة ۞ فإن
اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك لأن كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك ۞ وليس هذا
كعبد الرهن إذا كانت قيمته أكثر من الدين يجني أنه يخاطب بحكم الجناية الراهن والمرتهن فإن اختار أحدهما الدفع
والآخر الفداء لم يكن لهما ذلك ولزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين لأن المالك هناك واحد فلم يجز أن يتبعض موجب
الجناية في حق مالك واحد ۞ ووجه قول أبي يوسف أن نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال
فبقي المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بالجناية كما يخاطب عنده بالنفقة ۞ وقد قالوا إذا غاب
أحدهما وقد ادعيت الجناية على العبد لم يسمع البينة حتى يحضر لأن كل واحد منهما له حق في العبد وتدبير للجناية فلم
يجز سماع البينة عليه مع غيبته ۞ وإنما لم يؤخذ الكفيل بالعبد لأنه لا يؤمن أن يغيب فيسقط حق ولي الجناية
ألا ترى أن الحق المتعلق برقبة العبد تسقط بفواتها ۞ وأما إذا اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف
عبدًا قيمته ألف فجنى جناية خطأ فيد الجناية إلى رب المال وهو المخير بين الدفع والفداء لأن الرقبة على ملكه لا
ملك للمضارب فيها ۞ فإن اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء فله ذلك لأنه يستبقي بالفداء مال
المضاربة وله حق في ذلك وإن دفع رب المال خرج العبد من المضاربة لأن مال المضاربة تلف ۞ وإن فدى
خرج من المضاربة لأنه لزمه ضمان يتغير مقتضى المضاربة ۞ قال محمد وإذا اشترى المضارب بعض مال
المضاربة عبدًا يساوي ألفًا فقتله رجل عمدًا فلا قصاص فيه لأن رب المال لو اقتص لم يصر مستوفيًا لرأس المال
بالقصاص لأن القصاص ليس بمال ولهذا إذا عفا المدعي عن القصاص كان من جميع المال وإذا لم يصر مستوفيًا
استوفى رأس المال من بقية المال فإذا استوفى صار العبد ربحًا فيكون قد اقتص من عبد لا ينفرد بملكه ۞ ولا
يجوز أن يقتص المضارب لأنه لم يتعين له ملك فيه ۞ ولا يجوز أن يجتمعا على القصاص لأن حق كل واحد منهما غير
متعين ۞ ولو كان اشترى بمال المضاربة وهو ألف عبدًا قيمته ألف فقتل فلرب المال القصاص لأنه ملكه
ولا حق للمضارب فيه ولا يؤدي القصاص إلى تعين ملك المضارب في الباقي ۞ فإن كان اشترى بألف المضاربة
كلها عبدًا يساوي ألفين فقتله رجل عمدًا لم يكن فيه قصاص وإن اجتمعا على ذلك وتؤخذ قيمة العبد من القاتل في
ماله في ثلاث سنين فتكون على المضاربة يشتري بها ويبيع ۞ وإنما لم يجب القصاص لأن رب المال لم يتعين
ملكه ألا ترى أن رأس المال ليس هو العبد وإنما هو الدراهم ولو أراد تعيين رأس ماله في العبد كان للمضارب
أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع إليه الثمن وإذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء
رأس المال وإذا لم يتعين ملكهما لم يجب القصاص لواحد منهما ولا باجتماعهما فإذا سقط القصاص في حكم العمد
وجبت الدية في مال القاتل ۞ وإنما يكون في مال المضاربة لأنها بدل عن مال المضاربة كالثمن ۞ وقال محمد
في النوادر إذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد ألف فقتل رجل أحد العبدين عمدًا لم يكن لرب المال عليه
قصاص وعلى القاتل قيمته في ماله لأن ملك رب المال لم يتعين فيه على ما بيناه ۞ قال أبو الحسن وإذا وجب بالقتل
القصاص خرج العبد من المضاربة وإذا وجب بالقتل المال فالمال على المضاربة لأن القصاص إذا استوفي هلك
مال المضاربة وذلك يوجب بطلانها وإذا وجبت القيمة فهي بدل عن المضاربة كالثمن ۞ وقد اختلف أصحابنا في
قتل العمد إذا ادعي على عبد المضاربة قال أبو حنيفة ومحمد لا تسمع البينة إلا بحضور المولى والمضارب وقال
أبو يوسف تسمع وإن لم يحضر واحد منهما وجه قولهما أن هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد فلا
تسمع مع غيبة المولى كاستحقاق الملك وكجناية الخطأ ووجه قول أبي يوسف أن العبد في القصاص
كالحر بدلالة أنه لو أقر به جاز إقراره مع تكذيب المولى له فسماع البينة لا يقف على حضور غيره كالحر ۞
وقد قالوا جميعًا لو أقر العبد بقتل عمد فجحده المولى والمضارب لزمه القصاص لأن الإقرار بالقصاص معنى
لا يملكه المولى في عبده وهو مما يملكه فملكه كالطلاق ۞ فإن كان الدم بين شريكين فعفا أحدهما فليس
للآخر شيء لأن الجناية صار موجبها المال وهي ثابتة بقول العبد فكأنه أقر بجناية خطأ ۞ فإن كان رب المال
صدقه في إقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو افده وإن كان المضارب صدقه
ورب المال كذبه قيل للمضارب ادفع نصف نصيبك أو افده وصار كالحر الشريكين إذا أقر في العبد بجناية
الخطأ وكذبه الآخر ۞ وإنما وجب القصاص على عبد المضاربة وإن لم يجب بقتله القصاص لأن القصاص إنما سقط في قتله

لأن مستحق الدم غير متعين فإذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص ولي المقتول وهو متعين ۞

باب هلاك المضاربة قبل الشرى أو بعد ذلك

قال أبو الحسن وإذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة فقبضها المضارب فلم يتصرف فيها حتى هلكت بطلت المضاربة
في قول أصحابنا جميعًا وذلك لأن المضاربة تقف صحتها على القبض فتتعين على ما وقعت عليه كالوديعة وإذا تعينت بطل
العقد بهلاكها وإن لم يعلم بذلك لأنه أمين في المال كالمودع والقول قوله مع يمينه لأن الخصومة تلزمه في ذلك
فكان القول قوله مع يمينه ۞ قال أبو الحسن عن أبي حنيفة فإن استهلك الألف التي قبضها المضارب وهي رأس
مال المضاربة أو أنفقها أو أعطاها رجلًا فاستهلكها لم له أن يشتري عليها شيئًا للمضاربة وذلك لأنه قد صار
ضامنًا للمال بالتعدي وخرج من حكم المضارب أن يكون أمينًا فإن أخذ مثلها من الذي استهلكها كان له أن يشتري بها على
المضاربة وذلك لأنه لما أخذ العوض عنها صار كأنه أخذ عينها ۞ وقال ابن رستم عن محمد لو أقرضها المضارب
رجلًا فرجعت إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لأنه ضمنها بالتعدي وقد زال التعدي فزال الضمان المتعلق به
فإن أخذ مثلها لم ترجع على المضاربة لأن الضمان استقر فيها بفوات عينها وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان ۞ وقال
أصحابنا جميعًا إذا اشترى المضارب بالألف جارية ولم ينقدها البائع حتى هلكت الألف أن الجارية على المضاربة
ويرجع على رب المال بألف يسلمها إلى البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض رجع بمثلها على رب المال وكذلك
سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبدًا حتى يسلم إلى البائع ويكون ما دفعه رب المال أولًا من رأس المال وما
غرمه كله رأس المال ۞ وذلك لأن المضارب يتصرف لرب المال فما لحقه من الضمان بتصرفه رجع عليه به كالوكيل
وإذا أخذ مثله فهلك رجع عليه والوكيل إذا هلك ما في يده رجع بمثله فإن هلك ثانيًا في يده لم يرجع والفرق
بينهما أن الوكيل إذا اشترى فقد انتهت الوكالة ووجب له على الموكل دين فإذا استوفاه كان مضمونًا
عليه فإذا هلك من ضمانه لم يرجع وفي المضاربة لا تنتهي المضاربة بالشرى فما يرجع به على المضاربة ولهذا يحتسب
من رأس المال ولم يكن مضمونًا عليه فإذا هلك رجع بمثله كالأول ويكون ذلك زيادة في رأس المال لأنه غرم لزم
رب المال بسبب المضاربة ۞ قال وإذا عمل المضارب بالألف الأولى فعمل بها فصارت في يده ألفان ثم اشترى
بهما جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقدها فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب
من ملكه خمسمائة وهي حصته من الربح ويكون ربع الجارية للمضارب خاصة خارجًا من المضاربة وثلاثة أرباع الجارية
على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع ألفان وخمسمائة لأن المضارب لما اشترى بالألفين فقد اشترى
الجارية أرباعًا ألا ترى أن رأس المال ألف وحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشتراه
لرب المال يرجع به عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وإذا لزمه الضمان في نصيبه من الربح فقد عينه وذلك
لا يكون إلا بالقسمة فخرج الربع من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب
المضاربة فصار ذلك زيادة في رأس المال ۞ فإن بيعت هذه الجارية بأربعة آلاف فألف منها للمضارب حصته
من ملكها وثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس المال ويبقى ربح خمسمائة فيكون بينهما
نصفين ۞ وقال ابن سماعة عن محمد في مضارب اشترى جارية بألفي درهم ألف منها ربح وقيمتها ألف فضاعت الألفان
قبل أن يدفعها إلى البائع أن على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بيناه ۞
ولو كانت الجارية تساوي ألفين والشرى بألف وهي على المضاربة فضاعت غرمها رب المال كلها ۞ قال أبو الحسن
إنما اعتبر محمد المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عنه الثمن وهذا صحيح لأن الشرى إذا وقع بألف
فقد وقع بثمن كله رأس المال وإنما يظهر الربح في الباقي فيكون الضمان على رب المال ۞ قال محمد ولو اشترى
جارية تساوي ألفين بأمة تساوي ألفًا وقبض التي اشترى ولم يدفع أمته حتى ماتا جميعًا في يده فإنه يغرم قيمة
التي اشترى وهي ألفين وذلك لأن من اشترى أمة بأمة فهلك رأس المال قبل القبض فالمضمون عليه قيمة الجارية
التي اشترى دون ما خرج من ملكه فإذا كان المضمون ألفين فكأنه اشترى بألفين فيضمن ربعها ۞ قال ولو كانت
قيمة الجارية التي اشترى ألفًا والأمة التي كانت عنده ألفين فقبض التي اشترى وهي ألف رجع بذلك على
رب المال لأن المضمون عليه قيمة الجارية التي اشترى ولا فضل في ذلك عن رأس المال وههنا إنما يجوز
أن يشتري جارية قيمتها ألف بألفين إذا كان رب المال قال له اعمل برأيك لأن الربح بالقليل والكثير ولا يشتري المضارب
لا يصح على هذا الوجه من قولهم ۞ وقال ابن سماعة عن محمد في موضع آخر في نوادره في رجل دفع إلى رجل
ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف
ثلاثة أعبد قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال فغرم ذلك كله على رب المال ويكون رأس المال
أربعة آلاف وذلك لأن المضارب لم يتعين له ربح في شيء واحد من العبيد ألا ترى أن كل واحد منهم يجوز أن
يكون رأس المال ولهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم ۞ وقد قال محمد لهذا قبل أن المضارب
لم يكن يجوز عتقه في شيء من العبيد وهذا ترك لما ذكره أبو الحسن أن المعتبر ما ضمنه المضارب لا أنه إذا أعتق
الضمان فقد ضمن المتقوم رأس المال تمامًا أن تكون هذه رواية أخرى عن محمد أو يكون شرط فيها صار مضمونًا على المضارب

ان يتعين حقه فيه وها هنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه . واما تعليله بعدم نفوذ العتق فهو موجود فيمن اشترى بالفين
جاريه تساوي الفا انه قد ضمنه ولم ينفذ عتقه الا ان يكون جعل نفوذ العتق في الجاريه المشتراه بالعين وقيمتها
الفان عله لوجوب الضمان عليه فما ينعقد فيه عكس العله فلا يلزمه ان تطرده في جميع المواضع . وقال محمد اذا اشترى
المضارب عبدا بالف درهم وهو للمضاربه فنقد المال فقال رب المال اشتريته وانا ارى ان المال عندك فاذا هو
ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان كل مشتري فالظاهر انه يشتري لنفسه فقد ادعى المضارب
الظاهر وادعى رب المال استحقاق الملك عليه وهو غير ظاهر فلا يلتفت الى قوله ولان الظاهر يشهد للمضارب
وهو هلاك المال . وقال محمد في المضاربه الكبير اذا اختلفا فقال رب المال ضاع قبل ان تشتري الجاريه وانما
اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعدما اشتريت وانا اريد ان احتسب بالثمن ولا تعلم متى ضاع فالقول
قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينه انه اشترى الجاريه والمال عنده وانما ضاع بعد الشرى وذلك
لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعي عليه الضمان فالقول قوله في نفيه . ولان الحال وهي الهلاك
يشهد لرب المال . فان اقاما جميعا البينه فالبينه بينه المضارب لانه يثبت سبب الضمان وبينه رب المال ينفي ذلك .

باب المضارب يدفع المال الى غيره مضاربة

قال ابو الحسن قال اصحابنا جميعا اذا دفع اليه مال مضاربه بالنصف او اكثر من ذلك او اقل ولم يقل له اعمل برايك فليس
له ان يدفع الالف مضاربه لان العقد لا يستفاد بحكم مثله وانما يستفاد بما دونه ولهذا لم يجز للوكيل ان يوكل
ولانه يثبت للمضارب الثاني شركه في المال لم يرض بها رب المال فلا يجوز . فان قال له اعمل في ذلك برايك
فله ان يدفع المال الى غيره مضاربه لانه لما فوض اليه الراي في التصرف والمضاربه مما قدراه فيجوز ولان له ان
يشارك في المال اذا قيل له اعمل برايك وله ان يبضع فاذا دفع مضاربه فقد اثبت للمضارب شركه في المال وهو
يملك ذلك . قال وما شرط الاول للثاني فانما يكون في نصيب الاول ولا يجوز ان يشترط من نصيب رب المال
شيا وهذا على وجهين احدهما ان يدفع اليه مضاربه على ان ما رزق الله تعالى من شي فهو بيننا نصفان او ما
كان من ربح فاذا دفع المضارب مضاربه فهذا على ثلاثه اوجه اما ان يشترط للمضارب الثاني اقل مما شرط له
مثل ان يشرط له الثلث جاز لانه يملك نصف الربح فاذا عقد على بعض ما استحق جاز عقده ويكون لرب
المال نصف الربح وللمضارب الثاني الثلث وللاول السدس ويطيب لهما ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له
فكانه عمل بنفسه وهذا كمن استوجر على خياطه ثوب بدرهم فاستاجر من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل
لان عمل اجيره وقع له فكانه عمل بنفسه . والثاني ان يدفع المضاربه بالنصف فيجوز ذلك لانه عقد على جميع حقه
من الربح وهو يملك العقد على حقه ويكون الربح بين المضارب الثاني ورب المال نصفين . ولا شي للمضارب الاول
لانه اوجب للمضارب الثاني جميع حقه فصار كمن استوجر على خياطه ثوب بدرهم فاستاجر من خاطه بدرهم .
والفصل الثالث ان يشترط الاول للثاني ثلثي الربح فتجوز التسميه بينهما فيكون لرب المال نصف الربح
وللمضارب الثاني النصف ويغرم المضارب الاول للثاني مثل سدس الربح وانما لم تجز شرطه للزياده في حق
رب المال لان رب المال لم يرض لنفسه باقل من نصف الربح فاما شرط المضارب الاول للثاني الثلثين عقد شرط
من حق رب المال السدس فلا ينفذ شرطه . ولا يصير بذلك مخالفا لان المخالفه انما تكون لو نفذ شرطه في حقه
فاما اذا سمى تسميه لم يتعلق بها استحقاق لم يضمن كمن باع مال غيره فهلك قبل تسليمه . وانما ضمن
المضارب الاول للثاني لانه غره بالتسميه والغرور في العقود يتعلق به الضمان ولانه عقد على مال غيره
فدخل في العقد وخرج لعدم الاجازه فلزمه مثله كمن اشترى بمال غيره . ونظير هذا من الاجاره ان
يستاجر على خياطه ثوب بدرهم فيستاجر من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زياده الاجره . واما القسم الثاني
من القسمين الاولين ان يقول رب المال للمضارب على ان ما رزق الله من شي فهو بيننا نصفان او على ان
ما ربحت من شي فدفع المضارب مضاربه بالثلثين جاز وكان على ما شرطا لانه فوض اليه الراي وجعل لنفسه
نصف ما رزق الله للمضارب وهو نصف الربح فاذا دفع المضارب مضاربه بالثلثين فذلك مما راه والذي رزقه
الله الثلث والذي ربحه هو الثلث فلم يكن متعديا في الشرط وليس كذلك الفصل الاول لان رب المال اشترط
لنفسه نصف جميع الربح ونصف ما رزق الله تعالى وذلك ينصرف الى كل الربح . قال فاذا لم يقل رب المال للمضارب
اعمل في ذلك برايك فدفع المال مضاربه بالنصف فذكر ابن شجاع عن الحسن عن ابي حنيفه انه لا ضمان على الاول
حتى يعمل به الثاني فيربح فاذا عمل فربح كان ضامنا حين يربح . فان عمل بالمال فلم يربح او لم يعمل به حتى ضاع من
يده فلا ضمان عليه . وروى محمد عن ابي يوسف انه قال لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني فان عمل ضمن ربح الثاني او لم يربح
وهو قوله . وروى ابن سماعه والفضل بن غانم عن ابي يوسف مثل ذلك قال ابن سماعه وروى بعض اصحابنا عن
ابي يوسف انه رجع عن ذلك فقال هو بمنزله الوديعه يضمنه فاذا دفعه ضمن عمل الثاني او لم يعمل وهو قول زفر
وروى بشر عن ابي يوسف في تعليل هذه المسئله وقال انما ضمن الاعلى لان الاسفل وجب له شركه في طايفه من
المال شايعه فيه غير مقسومه وليس له ان يشارك به ولا يخلطه بغيره . قال ابو الحسن هذا التعليل

يدل على انه قال بقول ابي حنيفه . ووجه قول ابي حنيفه ان المضارب يملك الايداع ويملك الابضاع فاذا دفع مضاربه
لم يضمن بالدفع لان المضارب الثاني في حكم المودع ولم يضمن بالعمل لانه ما لم يربح في حكم المبضع ولا يجوز ان يضمن الشرط
لان مجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به الضمان فاذا ربح فقد ثبت له الشركه في المال فصار كالوكيل المضارب
اشارك به . ووجه قولهما ان الدفع لا يتعلق به ضمان لان المضارب امين في المال كالمودع فاذا انضم على
وجه المضاربه فقد حصل له العمل في المال على وجه لم يرض به المالك فتعلق به الضمان . ووجه قول
زفر وهو روايه عن ابي يوسف ان الدفع على وجه المضاربه لا يملكه المضارب فصار كالمودع اذا اودع .
واذا ثبت وجوب الضمان على احدهما فهو فالمالك بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني وهذا
ظاهر على قول ابي يوسف ومحمد لان الاول تعدى بالدفع والاخر تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع اذا اودع
غيره . فاما على اصل ابي حنيفه فالضمان يجب على المودع الاول ولا يجب على الثاني لان الاول ضمن بقبض
الثاني فلا يجب بالقبض الواحد الضمان على اثنين كل واحد منهما يضمن جميع المقبوض الا انه نقول في مسله المضاربه
ان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعه نفسه وهو طلب الربح فجاز ان يضمن بذلك والمودع الثاني لا يقبض
لمنفعه نفسه وانما يقبض لمنفعه الاول . فان ضمن المضارب الاول صحت المضاربه بين الاول والثاني وكان
الربح على ما شرطا لانه لما ضمن ملك بالضمان فصار كان المضارب دفع مال نفسه . واذا ضمن الثاني رجع على
الاول بالضمان لانه غره بالعقد فصار كمودع المودع . وصحت المضاربه لان حاصل الضمان على المضارب
الاول فكان رب المال ضمنه . وليس هذا كالرهن اذا غصب من رجل شيا فرهنه فهلك في يد المرتهن فضمنه
المالك رجع على الراهن بالضمان ولم يصح الرهن لان تضمين المرتهن ابطال لقبضه حين استحق وصحه الرهن
بالقبض فاذا ملك الراهن لم يصح الرهن مع بطلان قبضه . واما في المضاربه فضمين الثاني ابطال للقبض
بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربه الا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال زال قبضه ولم تبطل المضاربه
ولو رد المرتهن الرهن على الراهن بطل الرهن . قال ابن سماعه عن محمد يطيب الربح للاسفل لانه يرجع
بما ضمن ولا يطيب للاعلى في قياس قول ابي حنيفه لان المضارب الاول استحق الربح براس المال وقد حظر
عليه التصرف فيه والربح اذا حصل على مال محظور وجب التصدق به . واما المضارب الثاني فانما يستحق
باجر عمله وذلك ليس بمحظور عليه . وقال محمد في النوادر واذا دفعت الى رجل مضاربه فاسده
ولم اكن قلت له اعمل برايك فدفعها الى رجل مضاربه بالنصف فعمل فربح الفا فانه لا شي للثاني لان الثاني
انما هو اجير بنصف الربح ولم يضمن له الاول شيا من الربح انما هو اجير له باجر مثله ورب المال ياخذ المال
كله وربحه ويرجع الاسفل الى الاول بمثل نصف الربح وهذا على وجوه اولها ان يكون الشرط الاول والثاني
جايزين وهي المسله التي قدمناها ان المضارب الاول ضامن وتصح المضاربه بينه وبين الثاني . والفصل الثاني اذا
كانت المضاربه الاولى فاسده والثانيه جايزه فلا ضمان على واحد من المضاربين لان المضارب الاول اجير في المال لا حق له
في الربح فلا ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذ الضمان انما يلزم باثبات الشركه . ويكون لرب المال جميع الربح
لانه ربح في مضاربه فاسده . وللمضارب الاول اجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه . وللثاني
على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل في مضاربه صحيحه فاستحق ما سمى له . واما اذا كانت المضاربه
الاولى جايزه والثانيه فاسده فلا ضمان على واحد من المضاربين لان المضارب الثاني لا يستحق الشركه في المال وانما له
اجر مثله فكان المضارب الاول استاجر من يعمل في المال . واما اذا كانت الاولى والثانيه فاسدتين فلا ضمان
على واحد منهما لان المضارب الاول اجير في المال والثاني اجير للاول فصار كمن استاجر رجلا يعمل في ماله فاستاجر
الاجير رجلا . قال وهذه الفصول الاربعه جوابها في الاصل على الوجوه . وقد ذكر ابو الحسن عن ابن سماعه عن
ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربه على ان للمضارب مايه درهم من الربح وما بقي فلرب المال فدفعها
المضارب الى رجل مضاربه بالنصف قال فالاول ضامن للمال ودفعه الى الثاني جايز وهي مضاربه بينهما وهذا على
خلاف روايه الاصل والاول هو الصحيح . ووجه هذه الروايه ان المضارب يضمن بالدفع على احدى الروايات
عن ابي يوسف كما يضمن المودع بالايداع وهذا موجود في المضاربه الصحيحه والفاسده .

باب المرابحة بين رب المال والمضارب في بيع احدهما من

قال ابو الحسن في الجامع الصغير عن ابي حنيفه في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربه فاشترى رب المال عبدا
بخمسمايه فباعه اياه بالف فان المضارب يبيعه مرابحه على خمسمايه . وذلك لان المضارب اشترى مال رب المال بماله
الا ترى انهما مالكان للمالين وانما جاز العقد بينهما لتعلق حق المضارب بالمال وذلك انما جاز لفعلهما فيكون عقدا
في حقهما ولا يكون عقدا في حق غيرهما فلذلك اعتبر اقل الثمنين . ولان المرابحه امانه وتنفيها التهمه والمضارب متهم
في حق رب المال فاذا اسقط الربح زالت التهمه . فان اشترى المضارب عبدا بالف المضاربه فباعه من رب
المال بالف ومايتين باعه رب المال بالف ومايه ان كانت المضاربه بالنصف وذلك لان الربح مشترك بين رب المال
والمضارب فحصه المضارب لا تهمه فيها فكان رب المال ابتاع ذلك من اجنبي وحصه رب المال هو ماله بعينه في بعض

فكانه اشترى من نفسه فيسقط حقه من الربح وقال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف في مسئلة المضاربة
وهي اخرها قال اذا اشترى رب المال عبدا بالف فباعه من المضاربة بثمانماية ورأس المال الف بيد المضارب فان
المضارب يبيعه على ماية على ما اشتراه وكذلك لو اشترى المضارب بالف وباعه من رب المال بثمانماية باعه
رب المال بثمانماية يبيعه ابدا على اقل الثمنين وذلك لان الحط لا تهمة فيه وانما التهمة في الزيادة فما لا تهمة
فيه ثبت حكمه ويسقط حكم الزيادة بالتهمة وهذا كما قالوا ان البايع اذا حط عن المشتري ثبت الحط في
حق الشفيع كما حطه في المرابحة ولو زاد المشتري البايع لم تلحق في حق الشفيع ولا في المرابحة قال
وسمعت ابا يوسف قال لو ان رب المال اشترى بثلثة الاف ثم باعه من المضارب بالف باعه المضارب على
الف وكذلك ان اشتراه بالفين باعه المضارب على الفين فان كان رب المال اشتراه بخمسماية فباعه من
المضارب بالف وماية فان المضارب يبيعه على خمسماية وخمسين وذلك لان الماية الزايدة على الالف ربح
نصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فسقطت الخمسماية لانها نصيب رب
المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح ولو اشتراه المضارب بستماية ثم باعه يبيعه مرابحة بخمسماية
لانه لا فضل بيعه عن رأس المال فصار كله للمضاربة فيسقط الربح منه ويباع على اقل الثمنين قال ولا
يحتسب المضارب شيا من حصته لنفسه حتى يكون ما يقع احتسب من الالف فيحتسب من حصته نصف ما زاد على الالف
وذلك لانه اذا اشترى بما دون راس المال او اقل منه ولم يكن للمال ربح لم يتعين له ربح المشتري حق فكانه اشترى
ولا ربح فيه قال ولو كان رب المال اشتراه بخمسماية ثم باعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف
خمسماية راس المال وخمسماية حصة المضارب من الالفين فيسقط الزيادة فيها على راس المال وهي الف ويبقى من
نصيب رب المال خمسماية ونصيب المضارب خمسماية ورب المال فيها كالاجنبي فيبيعه مرابحة على الف
ولو كان المضارب اشتراه بالف ثم باعه من رب المال بالفين فباعه رب المال بالف وخمسماية لان الالف راس
المال وخمسماية نصيب المضارب ورب المال فيها كالاجنبي وخمسماية نصيب رب المال فيجب اسقاطها
قال ابن سماعة وروى عن ابي يوسف انه قال اخيرا وهو القول الاخير ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشرة الاف
ثم باعه من المضارب بثمانماية باعه المضارب مرابحة على ماية وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة الاف فباعه
من رب المال بثمانماية باعه رب المال مرابحة على ماية وذلك لان البيع على اقل الثمنين نفي التهمة والواجب
في المرابحة نفي ما يتهم فيه ولا تهمة في الشرى باقل الثمنين فلا يجوز ان يزيد على ما اشترى به فان قيل
كيف يجوز للمضارب على قول ابي يوسف الحط قيل له اذا باع من رب المال وحط فقد رضي رب المال بذلك
وانما لا يجوز حطه عند ابي يوسف ومحمد لحق رب المال فاما قول ابي يوسف الاول الذي اثبته ابن سماعة
هو ان الحط لا يجوز لانه قال اذا كان راس المال الفا فربح فيها الفا ثم اشترى بالفين جارية ثم باعها من رب المال
بالف وخمسماية فان رب المال يبيعها مرابحة على الف وسبع ماية وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسماية
نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك الحط في حق نفسه ولا يملك ذلك من مال المضاربة في
قول ابي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك يباع على الف وسبعماية وخمسين فينبغي على هذا
القول اذا باع مرابحة اي يقول قامت على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت الثمن حكما والشرى يرجع
الى ما وقع العقد عليه والصحيح قوله الاخر لان الحط في مال المضاربة لا يجوز لحق رب المال فاذا اشترى
هو فقد رضي بذلك فكانه اذن للمضارب ان يبيع بنقصان لاجنبي وقال محمد في كتاب المضاربة لو
اشترى رب المال عبدا بالف فباعه من المضارب بالفين الف راس المال والف ربح فان المضارب يبيعه
مرابحة على الف وخمسماية يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على راس المال وربح المضارب وهذا على
ما قدمناه قال ولو كان رب المال انما اشترى العبد بخمسماية والعبد يساوي الفين فباعه من المضارب
بالفين فان المضارب يبيعه مرابحة على الف لان راس المال خمسماية ونصيب المضارب من المال خمسماية
وما سوى ذلك ملك رب المال فلا يثبت حكمه الا ان يبين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وذلك لان المانع
من البيع جميع الثمن التهمة فاذا بين زالت التهمة فجاز البيع قال واذا اشترى رب المال بالف وقيمته
الف وباعه من المضارب بالفين الف مضاربة والف ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على الف وذلك لانه
لما اشترى ما قيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار كله مال رب المال فباع على راس ماله فجاز
ولو كان رب المال اشتراه بخمسماية والمسئلة على حالها فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسماية لانه لم يبق
للمضارب حصة فصار شري مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على راس مال الاول ولو كان رب
المال اشتراه بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على
الاكثر من ذلك لان قيمته الف وليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه وذلك لان رب المال لما باعه بالفين
ما يساوي الفا وهما متعاقدان في حق الغير في العقد صار كانه اخذ الفا لا على طريق البيع وباعه العبد بالف
فلا يبيعه على الاكثر من ذلك ولو كان العبد يساوي الفا وخمسماية والمسئلة على حالها وقد اشتراه بالف
فاراد المضارب ان يبيعه مرابحة باعه على الف وماتين وخمسين وذلك لان العبد فيه ربح للمضارب

ونصيبه من الربح فيجمع رب المال فيه كالاجنبي فيبيعه مرابحة على اقل الثمنين مع حصة المضارب والربح فكانه
اعتبر في هذه المسايل اذا اشترى المضارب البيع باقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضمها الى اقل الثمنين واعتبر
حصول حصته في الثمن والمثمن لانه قال اذا اشترى بالفين وساوى الفا باعه بالف لان المثمن لا حصة له فيه وان كان
له حصة في الثمن واما اذا اشترى رب المال من المضارب فانه يبيعه على اقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب
ويعتبر حصته في الثمن دون المثمن

ومما يلحق بهذا الباب

ما ذكره ابو الحسن قال محمد في الاصل واذا اشترى المضارب عبدا بالف درهم مضاربة فباعه من رب المال بالفين ثم ان رب
المال باعه من اجنبي بما يساوي ثلثة الاف ثم ان اشتراه المضارب من الاجنبي بالفين فاراد ان يبيعه مرابحة لم يجز له
ذلك في قول ابي حنيفة الا ان يبين الامر على وجهه ويبيعه مرابحة على الفين في قول ابي يوسف ومحمد وهذا
فرع على مسئلة البيوع اذا اشترى شيا فربح فيه ثم ملك شراء اخر واراد ان يبيعه مرابحة فانه يسقط الربح في
قول ابي حنيفة وفي قولهما قد ربح فيه رب المال الفي درهم لان المضارب لما اشتراه بالف وباعه من رب المال بالفين
نصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسماية فلما باعه رب المال بثلثة الاف فقد ربح فيه الفا وخمسماية لانه قام
عليه بالف وخمسماية فقد ادرأس المال ونصيب المضارب من الربح اذا ضممت الى نصيبه من ربح المضارب فقد ربح
الفين فاذا اشتراه بالفين وجب ان يطرح ذلك الفين من راس المال فلا يبقى شي فلذلك لم يجز له البيع مرابحة
الا بعد ان يبين فاما على قولهما فالربح في العقد الاول لا يحط من الثاني فيبيعه على جميع الالفين قال ولو
اشترى المضارب عبدا بالف فباعه من رب المال بالف وخمسماية ثم باعه رب المال من اجنبي بالف وستماية
ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بالفي درهم فاراد ان يبيعه مرابحة باعه على الف واربعماية في قول ابي حنيفة
لان رب المال قد ربح فيه ستماية الا ترى ان المضارب لما اشتراه بالف وباعه من رب المال بالف وخمسماية
نصيب رب المال من الربح ماتان وخمسون ونصيب المضارب من الربح ايضا ماتان وخمسون فلما باعه رب
المال بالف وستماية فقد ربح ثلثماية وخمسين وقد كان ربح ماتين وخمسين من ربح المضارب فوجب ان يحط المضارب
ذلك من الثمن فيبقى الف واربعماية قال ولو اشترى المضارب عبدا بالف فولاه رب المال ثم ان رب
المال باعه من اجنبي بالف وخمسماية ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي مرابحة بالف ثم ان رب المال حط عن
الاجنبي ثلثماية لم يستحق لذلك الحط الى العقد فكانه اخذ ذلك المقدار لم يكن يطرح من راس المال فيطرح حصته من
الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيحط مع الثلثماية ثلثها فيصير الحط عن المضارب اربعماية
فان اراد المضارب ان يبيع هذا العبد مرابحة باعه على الف وماتين لان رب المال قد ربح اربع ماية الا ترى انه
باعه من الاجنبي بربح خمسماية ثم حط عنه ثلثماية وهذا الحط من راس المال والربح جميعا ماتان من راس المال
وماية من الربح فلما سقط من الربح ماية بقي الربح اربع ماية فلما اشتراه المضارب بالفين ثم حط عنه اربعماية صار
شراؤه بالف وستماية فيطرح منه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو اربعماية يبيعه على ما بقي

فصل

في المرابحة بين المضاربين قال محمد في الاصل اذا دفع رجل الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف
ودفع الى اخر الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى احد المضاربين عبدا بخمسماية من المضاربة فباعه من المضارب
الاخر بالف فاراد الثاني ان يبيعه مرابحة باعه على خمسماية وهو اقل الثمنين لان مال المضاربين لرجل واحد
فصار بيع احدهما من الاخر في حق الاجانب كبيع الانسان ماله من ماله فيبيعه مرابحة على اقل الثمنين ولو كان
الاول اشتراه بخمسماية فباعه من الثاني بالفين الف من المضاربة والف من ماله نفسه فان الثاني يبيعه مرابحة
على الف وماتين وخمسين فيبيعه الثاني مرابحة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شرى صاحبه فصارا
كالاجنبيين واما النصف الذي اشتراه الثاني بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بماتين وخمسين وهو
مال واحد فيبيعه على اقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بالف المضاربة فباعه من الثاني بالفين للمضاربة
الف راس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مرابحة على الف وخمسماية لانه يبيعه على اقل الثمنين واقل
الثمنين الف وحصة المضارب خمسماية ولو كان الاول اشتراه بخمسماية والمسئلة على حالها باعه الثاني على
الف لان اقل الثمنين خمسماية وحصة المضارب خمسماية فيبيعه مرابحة على اقل الثمنين وحصته من الربح

باب ما يجوز للمضارب ان يشتريه بمال المضاربة وما لا يجوز

قال ابو الحسن كل ما اشتراه المضارب للمضاربة مما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه فالشري لنفسه وحقوق البيع لازمة دون
رب المال فان ادى ثمنه شيا من مال المضاربة ضمن وجملة هذا ان المضارب اذا اشترى ما لا يملك بالقبض او اشترى ما لا
يجوز بيعه بعد الشرى فانه لا يجوز على المضاربة لان المضاربة اذن في التصرف الذي يحصل به الربح وذلك لا يكون الا
بالبيع والشرى فما لا يملك لا يحصل فيه الربح وما يملك ولا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح فلم يدخل ذلك تحت الاذن
فاذا اشتراه كان مشتريا لنفسه فاذا دفع فيه مال المضاربة ضمنه وهذا مثل ان يشتري خمرا او خنزيرا
او مدبرا او مكاتبا او ام ولد او ميتة او دما وذلك لان هذه الاشيا لا تملك وان قبضها فلم تدخل تحت الاذن

فان اشترى عبدا او ثوبا او عرضا من العروض بشي مما ذكرنا من الميتة والدم فالشرى على المضاربة لان المبيع يملك بالقبض ويجوز ان يبيعه والاذن في الشرى يتناول الصحيح والفاسد ۞ فاما اذا كان الثمن ميتة او دما فانما اشتراه لا يلزم على المضاربة لان ذلك لا يملك بالقبض ۞ قال وان اشترى ذا رحم محرم من رب المال فهو مشتر لنفسه لان هذا لو اشتراه على المضاربة عتق على رب المال فلم يقدر على بيعه ۞ وان اشترى ذا رحم محرم من نفسه ولا ربح في المال فالشرى على المضاربة لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه وان كان في المال ربح فالشرى لنفسه ويعتق عليه لانه لا يقدر على بيعه اذا اشتراه للمضاربة وفيها ربح لان الربح ان نصيبه منه يعتق وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة ۞

باب عتق المضارب

قال ابو الحسن قال اصحابنا اذا اعتق المضارب عبدا من المضاربة فان كان في نفس العبد المعتق فضل عن راس المال جاز عتقه في قدر حصته من الربح وهو كعبد بين اثنين اعتق احدهما نصيبه ۞ فان لم يكن في قيمته فضل عن راس المال لم يجز عتقه وذلك لان العبد اذا كان بقدر راس المال لا فضل فيه فلم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول براس المال وان كان هناك مال اخر الا ترى انه لو هلك ذلك المال صار العبد هو راس المال واذا لم يتعين له فيه حق لم يعتق ۞ وان كانت قيمة العبد اكثر من راس المال فحق المضارب فيه متعين فاذا اعتقه نفذ عتقه في نصيبه وصار كعبد بين شريكين اعتقه احدهما ۞ وكذلك ان كاتبه فادى او اعتقه على مال فهو مثل ذلك اذا لم يكن فيه فضل لم يجز وان كان فيه فضل جاز كعبد بين رجلين اعتقه احدهما على مال فاذا قبل عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ۞ وان كاتبه فلرب المال فسخ الكتابة فان ادى الكتابة عتق الا ان رب المال يأخذ مما اداه المكاتب حصته منه وذلك لانه اذا كان فيه فضل فقد تعين حقه في الربح فعتقه على مال كعتقه بلا مال فنفذ في قدر نصيبه ۞ واما الكتابة فلرب المال ان يفسخها قبل الاداء لانه تصرف في المال المشترك على وجه يلحقه الفسخ وينفرد بالشريك فكان للشريك دفع ذلك كما لو باع في الدار المشتركة فان ادى المكاتب قبل الفسخ فالاداء شرط في العتق فصار كعبد بين شريكين اعتق احدهما ۞ ويرجع رب المال على المضارب بمقدار نصيبه من المودى لانه كسب عبد مشترك ۞ وكذلك لو ادعى المضارب عبدا اشتراه انه ابنه لم تجز دعواه ان لم يكن فيه فضل وان كان فيه فضل جاز دعواه وعتق لان دعواه الملك كعتاق موقع فاذا كان فيه فضل فهو يملك العتاق فصحت دعوته وان لم يكن فيه فضل فهو لا يملك العتاق فلم تنفذ دعواه ۞ فان زادت قيمة العبد على راس المال بعد ذلك جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين شريكين عتق على احدهما نصيبه بغير فعله لانه لما ادعى النسب وهو لا يملك له فدعواه موقوف فاذا زادت القيمة على راس المال ملك جزءا منه فنفذت دعوته فيه لان من ادعى في غير ملكه ثم ملك نفذت دعوته وليس كذلك اذا اعتقه ثم زادت قيمته لان العتق لا ينفذ لان من اعتق ملك غيره ثم ملكه لم ينفذ عتقه فيه ۞ ولا ضمان على المضارب في ذلك لان العبد عتق بغير فعله الا ترى انه لم يعتق بدعوته وانما عتق بزيادة قيمته والعبد المشترك اذا عتق بغير فعل الشريك لم يضمن ۞ وكذلك ان اشترى امة قيمتها الف وراس المال الف فولدت ولدا يساوي الفا فادعى الولد فانه لا يكون ولده ولا يكون امها ام ولد لانه ليس في احدهما فضل عن راس المال ۞ وكذلك لو كان في يد المضارب عشرون عبدا قيمة كل واحد الف وراس المال الف لم يجز عتقه في واحد منهم وذلك لان المضارب لا يتعين له ملك في واحد منهم لان كل واحد يجوز ان يكون هو راس المال ولان حق المضارب لا يتعين في الربح قبل ان يتعين راس المال واذا لم يملك شيئا منهم لم ينفذ عتقه ولا دعوته ۞ وقد قالوا في هذه المسئلة ان رب المال لو اعتق العبيد نفذ عتقه في جميعهم لانه لما لم يتعين للمضارب فيهم ملك بقوا على ملك رب المال فاذا اعتقهم بلفظ واحد عتقوا جميعا ۞ ويضمن حصة المضارب منهم موسرا كان او معسرا لان المضارب وان لم يملك فقد كان له حق ان يملك وقد افسده عليه رب المال فيضمنه له ۞ وانما استوى اليسار والاعسار لانه باشر الحل بالعتق فنفذ فيه فصار كانه اتلف المال وليس هذا كضمان العتق لانه يختص بنصيبه ثم يسري على قول ابي يوسف ومحمد الى نصيب شريكه حكما فلذلك اختلف فيه اليسار والاعسار ۞ ومن اصحابنا من بنى مسئلة العبدين على اصل ابي حنيفة ان الرقيق لا يقسم بعضه في بعض فاذا اشترى عبدين قيمة كل واحد منهما مثل راس المال اشتغل كل واحد منهما براس المال وامتنع ان يتعين للمضارب فيه حق وليس كذلك اذا كان المال من جنس واحد لان يمكن قسمته بعضه في بعض فيتعين نصيب المضارب فيما زاد على راس المال ۞ قال ابو الحسن وكذلك لو كان في يده مع ذلك عشرون الف درهم وذلك لما بينا ان المال اذا حصل من جنسين لم يتعين راس المال في احدهما فصار كله اجمع مشغولا براس المال وكذلك الدراهم مقدار راس المال منها مشغول وما زاد على ذلك يتعين حق المضارب فيه ۞ وقد قال زفر في مسئلة العبيد ان عتق المضارب ينفذ في نصيبه منهما لان راس المال لا يجوز ان يكون اكثر من الف فما زاد على ذلك حق المضارب متعلق به فينفذ عتقه فيه ۞ والذي ذكره ابو الحسن في الجارية اذا ولدت فادعى المضارب الولد محمول على انها علقت قبل ان يشتريها

ما اذا كان العلوق بعد الشرى فحكم المسئلة فيه يختلف وذلك لان المضارب يغرم العقر فاذا اقر بان العقر ما فان استوفاها رب المال منه بقي راس ماله تسع مايه فيعتبر المضارب ملك فيهما جميعا فيعتق فتصح دعوته واذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمته تمام تسع مايه حتى يستوفي رب المال تمام راس ماله ثم يغرم خمسين درهما وهو تمام ما بقي من الالف وظهر ان الولد ربح بينهما فيعتق النصف من المضارب ويسعى في النصف لرب المال ۞ قال عيسى بن ابان وهذا الجواب هو الصحيح وقد ذكر في الاصل مسئلة اخرى طعن عيسى عليها وهي اذا اشترى جارية تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه المضارب لم تثبت نسبه ولم يغرم العقر فاذا ازدادت قيمتها العقر فيه لاحدهما فان كانت قيمة الولد ازدادت حتى صارت الفي درهم ثبت النسب من المضارب لانه ملك ربعه فيعتق بعتقه عليه ۞ ولا ضمان عليه لانه عتق بزيادة القيمة ولا فعل له فيه ۞ ويسعى الغلام في ثلثة ارباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر ام ولد للمضارب فلم يستوف رب المال العقر او السعاية لان المضارب لم يظهر له الربح في الجارية فما لم يصل الى رب المال شيء من المال ۞ ولو لم تزد قيمة الولد لكن زادت قيمة الام فصارت الفين فان الجارية ام ولد على المضارب بثلثة ارباع قيمتها لرب المال لان ضمانها ضمان تملك ولهذا يستوي فيه اليسار والاعسار فيستوي ان يكون بفعله او من طريق الحكم ۞ ولا تثبت نسب الولد لان المضارب لم يملك من الولد شيئا ما لم يأخذ رب المال شيئا من راس ماله ۞ فلو زادت قيمتهما جميعا وصارت قيمة كل واحد منهما الفي درهم فانه يثبت نسب الولد وتصير الجارية ام ولد له لانه قد ملك بعض كل واحد منهما ۞ ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية الفي درهم وعقر مايه درهم وظهر ان رب المال استوفى راس ماله واستوفى من الربح الف ومايه فللمضارب ان يستوفي من الولد مقدار الف ومايه فيعتق من الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد تسع مايه ربح بينهما لكل واحد منهما اربعمايه وخمسون فما اصاب المضارب عتق وما اصاب رب المال سعى فيه الولد ۞ قال عيسى هذا الجواب خطا والصحيح ان يقال يضمن المضارب من الام ثلثة ارباع قيمتها ونصف العقر ويبقى الولد ربحا بينهما فيسعى في نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف حصة المضارب وهذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسئلة التي قدمناها اذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد في مسئلة الزيادة يجب ان يقول اذا لم تزد قيمتهما ينبغي ان يغرم المضارب الف ومايه فيستوفي المضارب من الولد مايه ويبقى تسع مايه بينهما ۞ فمن اصحابنا من قال القياس ما اجاب في المسئلة التي لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرم بعدما غرم تمام راس ماله الا نصف ما بقي من الام لان ما بقي ربح بينهما فلا يجوز ان يغرم الكل ۞ والذي اجاب في مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلب الحرية الرق ۞ ومن اصحابنا من قال انما افترقت المسئلتان لوضعهما لان سبب العتق في مسئلة الزيادة فيه الولد وفي المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه لم يجز ان يجمع ربحه في الجارية ۞ واما في المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها ۞ وقد قيل ايضا ان في تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفي المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك القدر تكثير العتق ۞ وقد قالوا في المضارب اذا اشترى جارية بالف فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية ام ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه وذلك لان دعوته صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد في ملك المال ولا فضل في المال فلا يجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطئ ملك نفسه فلا يلزمه بسببه شيء ۞

باب قسمة المضارب

قال ابو الحسن واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة بالنصف فربح الفا فاقتسما الربح وراس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف في يد المضارب بعد قسمتهما الربح او خسرها المضارب او توبت فان القسمة الاولى لا تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من راس المال وما قبضه المضارب دين عليه يرده حتى يستوفي رب المال راس ماله ولا يصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال راس ماله وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه قال مثل المومن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله كذلك المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزايمه ۞ فهذا يدل على ان الربح لا يثبت قبل ان يتعين راس المال ولان المال اذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صحت القسمة الربح لثبت الفرع قبل اصله وهذا لا يجوز ۞ واذا لم تصح القسمة فمتى هلك ما في يد المضارب هلك الذي اقتسماه هو راس المال فوجب على المضارب ان يرد منه تمام راس المال ۞ فان قبض رب المال الف درهم راس ماله اولا ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التي قبضها بعينها الى يد المضارب على ان يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلكت في يده لم ينقض القسمة الاولى لان رب المال استوفى راس ماله الى المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال فهو [illegible] فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة بغيره ۞ قال ولو كان الربح في المضاربة الاولى الفين فاقتسما [illegible]

رب المال الفا واخذ المضارب الفا ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبض رب المال محسوب من راس المال ويرد المضارب نصف الالف التي قبض وذلك لان المال لما هلك قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال راس المال فيتعين الربح فيما قبضه المضارب ومن حكمه ان يكون بينهما فيجب عليه ان يرد نصفه ❊ وكذلك ان كان قد هلك ما قبضه المضارب لانا بينا انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضمونا عليه وليس كذلك لو هلك ما قبضه رب المال لم يتعين به لاكثر شي لان ما هلك بعد القبض يهلك من ضمان القابض فيقاوه من هلاكه سوا قال ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك راس المال قبل القسمة وقال رب المال لم اقبض راس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام راس المال ويحتسب على رب المال ما قبض من راس ماله ويتم له راس المال مما يرد المضارب فان بقي بعد ذلك شي مما قبض المضارب فهو بينهما نصفان وذلك لان المضارب يدعي ايفا راس المال ورب المال يجحد والقول قول الامين في اسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل قوله في التسليم الى غيره ❊ ولانه يدعي خلوص ما بقي من المال للربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق ❊ فان اقاما بينة فالبينة بينة المضارب لانه يثبت ايفا راس المال ورب المال يجحد ذلك فان قيل قسمتها للربح ظاهر فيما ادعاه المضارب من ايفا راس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفا قلنا جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقا راس المال في يد المضارب ❊ قال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال الخمسين والعشرين ينفقهما المضارب يعمل بقية المال وربح فيما اشترى وبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان براس المال الف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفين ولا يكون ما اخذ رب المال من النفقة نقصانا من راس المال ولكنهما يحتسبان راس المال الفا من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان ❊ وذلك لانا لو جعلنا المقبوض من راس المال ادى ذلك الى ابطال المضاربة لان رب المال متى استرجع راس ماله بطلت المضاربة وهما لم يقصدا الى ابطالها فلم يبق الا ان يجعل راس المال فيما بقي ❊

باب في جحود المضارب مال المضاربة

قال ابو الحسين قال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع الي شيئا ثم قال بلى استغفر الله قد دفعت الي الف درهم مضاربة ثم اشترى بها بعد ذلك او ضاعت من المضارب بعد ذلك فان اشترى بها فعلى المضاربة وان ضاعت قبل الشري فهو ضامن ❊ اما ثبوت الضمان بالجحود فلانه امين فاذا جحد الامانة ضمن كالمودع ❊ ولان من في يده شي فالظاهر انه مالكه فاذا جحد ان يكون لغيره حكمنا له فيه بحكم الملك ويستحيل ان يحكم له بملك غيره الا بعد ايجاب الضمان عليه ❊ ولانه بالجحود رد الامر بالحفظ فصار مستحيلا بغير امر المالك فضمن ❊ واما اذا اشترى بها مع الجحود فالشري لنفسه لانه ضامن للمال ومن حكم المضارب ان يكون امينا فاذا ضمن انتفى حكم المضاربة بوجود الضمان ❊ فاما اذا اقر بعد الجحود لم يرتفع الضمان لانه رد الامر بالجحود فلا يعود في الامانات الا بسبب اخر ❊ فان اشترى بها بعد الاقرار فالقياس ان يكون ما اشتراه لنفسه لانه ضمن المال بجحوده ولا يبرا منه بفعله والاستحسان ان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرا من الضمان وذلك لان الامر بالشري عام فيما قبل الجحود وبعده فاذا اشترى فقد زال التعدي حين فعل ما امر به المالك فبري من الضمان وصار المشتري للمضاربة وليس هذا كما لو قال له اشتر لي بالدين الذي في ذمتك لان المضمون في الذمة لا يبرا منه بفعله والعين المضمونة يجوز ان يبرا منها بفعله الا ترى انه لو قال له احفظها في موضع كذا يبري من الضمان بذلك ❊ وكذلك رجل دفع الى رجل الف درهم وامره ان يشتري بها عبدا فجحده الالف ثم اقر بها ثم اشترى جاز الشري ويبري الجاحد من الضمان فان اشترى بها عبدا ثم اقر لم يبرا من الضمان وكان المشتري له وهذا على ما ذكرنا في المضارب ❊ قال ولو كان دفع اليه الفا وامره ان يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الالف ثم اشترى بها عبدا ثم اقر بالالف فان العبد للامر وذلك لان الوكيل بشري عبد بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه فبقي ان يكون الشري للامر قبل ان اقر ثم اشترى وليس كذلك المضارب لانه يملك ان يشتري لنفسه فلم يحمل على الشري لرب المال الا ان يقر بالمال قبل الشري ❊ وقال ابو يوسف لو دفع اليه عبدا ليبيعه ثم جحده اياه وادعاه لنفسه ثم اقر له به فباعه فان البيع جايز وهو بري من ضمانه وكذلك لو دفع اليه عبدا وامره ان يهبه لفلان فجحده وادعاه لنفسه ثم اقر به ثم وهبه فهو جايز وكذلك ان امره بعتقه فجحده ثم اقر به فاعتقه جاز عتقه لان الامر بالبيع والهبة عام فيما قبل الجحود وبعده فاذا جحد ثم اقر ثم باع فقد تصرف بامر المالك فزال تعديه فبري من الضمان ❊ قال ابن سماعة وينبغي في قياس قوله هذا في الالف اذا امره ان يشتري بها عبدا بعينه انه اذا امره ان يبيع له عبدا او دارا او يهبه لرجل او يعتقه ثم جحد ذلك وادعاه لنفسه ثم باع او اعتق او وهب او باع الدار ثم اقر بذلك بعد البيع انه جايز ويلزم الامر وهذا صحيح لانه لا يملك ان يبيع العبد لنفسه فانما باعه للامر وذلك يسقط الضمان المتعلق بالجحود ❊

قال هشام سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فجا بالف وخمسماية فقال هذه الالف راس المال وهذه الخمسماية ربح ثم سكت ثم قال علي دين فيه لفلان كذا وكذا قال يقبل قول المضارب لانه

لانه يقول هذا الربح وعلي دين وذلك لان المضارب اقر بالدين في حال يملك الاقرار به فيتعلق اقراره وليس يتنح ان يقول قد ربحت وقد لزمني دين فيقبل قوله ❊ فقال هشام لو جا المضارب بالفين فقال الف راس المال والف ربح ثم قال لو اربح الا خمسماية ثم هلك المال كله في يد المضارب فان المضارب يضمن خمسماية التي جحدها ولا ضمان عليه في باقي المال لان الربح امانة في يده فاذا جحدها صار غاصبا فيضمنه بالهلاك ❊ ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت اليك راس مالك والذي بقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم ادفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لانه صار جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود ❊ وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم ادفعه اليك ولكنه هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لما بينا ❊ ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت لي النصف ثم هلك المال في يدي المضارب قال محمد فان المضارب يضمن السدس من الربح يؤديه الى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك وذلك لانا قدمنا ان القول في شرط الربح قول رب المال واذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف من ادعى امانة في يده ضمنها فلذلك يضمن سدس الربح ❊ قال ابو الحسن اذا اقر المضارب انه قد عمل بالمال وان في يده عشرة الاف على ان فيها دينا الفا والفين فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه ودفع الدين منه سمى صاحبه او لم يسمه وان سكت ثم اقر بعد ذلك وسمى صاحبه او لم يسمه لم يصدق وكذلك اذا قال منه وديعة لفلان الف ثم قال عقيب ذلك وهذا قياس قول ابي حنيفة وهذا يخالف لما ذكره في اول الباب عن محمد ووجهه انه اذا قال في يدي عشرة الاف ربح ثم سكت ثم قال علي الف درهم فقد رجع عما اقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضا الدين والاقرار اذا صح لم يقبل رجوع المقر عنه وليس كذلك اذا كان متصلا لان الاقرار لم يستقر فصار هذا كالاستثناء ❊

باب مضاربة الحر والمرتد

قال ابو الحسن واذا دفع المسلم الى المسلم مالا مضاربة ثم ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف عند ابي حنيفة فان رجع الى الاسلام جاز ذلك كله وكان في جميع احكام المضاربة كانه لم يرتد وكذلك ان لحق بدار الحرب ثم رجع مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد وهذا فرع على اصل ابي حنيفة ان ملك المرتد مراعى فان مات على ردته او قتل او لحق بالدار فحكم بلحاقه زال ملكه من حين ارتد وانتقل الى ورثته وصار كانه مات في ذلك الوقت فبطل تصرف المضارب بامره وصار كانه تصرف في ملك الورثة ❊ فان كان المال يومئذ قائما بعينه لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فما اشترى له ربحه وعليه وضيعته لانه انعزل عن المضاربة من زال ملك الامر عن المال فصار متصرفا في ملك الورثة بغير امرهم ❊ فان كان المال متاعا او عرضا او غير الدراهم والدنانير من ساير الاموال فبيع المضارب فيه وشراؤه جايز حتى ينض راس المال لان المضارب في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل ولا بموت رب المال فكذلك بردته ❊ فان حصل في يد المضارب دنانير وراس المال دراهم او دراهم وراس المال دنانير فالقياس ان لا يجوز له التصرف لانها من جنس الاثمان فكانها عين راس المال الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعها بجنس راس المال جاز لان على المضارب ان يبيع ما في يده حتى يرد راس المال فصار كالعروض ❊ واما اذا اسلم المرتد او عاد من دار الحرب مسلما قبل الحكم بلحاقه جاز تصرف المضارب لان حكم الردة ارتفع وصار كانه لم يزل مسلما ❊ واما على اصل ابي يوسف ومحمد فالردة لا تؤثر في حكم الاملاك فتصرف المضارب يجوز بعد الردة كما يجوز تصرف رب المال ❊ فان مات المرتد او قتل صار كموت المسلم في بطلان المضاربة وكذلك ان لحق وحكم بلحاقه لان الحكم باللحاق يجري مجرى الموت بدلالة ان ماله ينتقل الى الورثة فيبطل امره في المال ❊ فان كان المضارب هو المرتد ولم يرتد رب المال فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا وذلك لان المرتد يقف تصرفه عند ابي حنيفة لوقوف املاكه والمضارب يتصرف في منافعه وملكه ثابت عليها فصار كالمسلم الا ان العهدة عند ابي حنيفة على رب المال لانه لما لم يملك التصرف في المال حتى لا يضر بورثته كذلك لا يملك التزام العهدة لانه يضر بورثته ومن تصرف للغير وهو ممن لا يلزمه العهدة كانت العهدة على الامر كالصبي والعبد المحجور ❊ فاما على قولهما فان العهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم فجاز ان يضمن العهدة بالتصرف ❊ فان مات المضارب او لحق بدار الحرب فحكم بلحاقه او قتل بطلت المضاربة وذلك لان موته مرتدا كموته قبل الردة والحكم بلحاقه كموته في بطلان التصرف فان لحق المضارب بدار الحرب بعد ردته فباع واشترى هناك ثم رجع مسلما فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب ذلك كله له ولا ضمان عليه في شي من ذلك لانه لما لحق بدار الحرب بطلت الامانة لان دار الحرب ليس بدار امان ولا يثبت امر رب المال فيها مع الاختلاف فصار متعديا بالتصرف والمرتد اذا تعدى في دار الحرب في مال المسلمين لم يضمن بالتعدي وكان ما غلب عليه له لذلك هذا ❊ قال ولو ارتدت المراة وغير ارتدادها سوا في قولهم جميعا كان المال لها او كانت هي العاملة به فالمضاربة صحيحة على حالها حتى تموت او تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها وذلك لان ردة المراة لا تؤثر في املاكها فلا تؤثر في تصرفها ❊ فاما اذا ماتت بطلت المضاربة كما لو ماتت قبل الردة وكذلك اذا حكم بلحاقها لانه يجري مجرى الموت ❊ قال واذا دخل الحربي دار الاسلام بامان

فدفع الحربي إلى المسلم مالا مضاربة أو دفع إليه المسلم مالا مضاربة فهو جائز لأن المستأمن في دارنا كالذمي ومعاملة المسلم مع الذمي مضاربة جائزة ❊ فإن كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز وذلك لأنه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدار فكأنهما في دار واحدة ❊ فإن كان المضارب هو الحربي فرجع إلى دار الحرب بإذن رب المال فعمل بالمال فذلك جائز ويكون على المضاربة ويكون الربح على ما اشترطا إن رجع إلى دار الإسلام مسلما أو معاهدا أو بأمان استحسانا وفي القياس أنه لما عاد إلى دار الحرب بطل أمانه وعاد إلى حكم أهل الحرب فبطل أمر رب المال مع اختلاف الدارين فإذا تصرف فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه ووجه الاستحسان أنه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال معه ولو دخل رب المال معه إلى دار الحرب لم تبطل المضاربة كذلك إذا دخل بأمره وليس هذا كما لو دخل بغير أمره لأنه لما لم يأذن له في الدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه ❊ وقد قال الأوزاعي المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فدفع إليه حربي مضاربة بربح مائة درهم فإن هذا في القياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز فإن اشترط المضارب على هذا [illegible] والوضيعة على رب المال والربح على ما اشترطا فيستحق [illegible] المضارب مائة درهم

[illegible]

فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا أوسع على أصلهم في جواز الدراهم في دار الحرب فإن المسلم يجوز أن يتوصل إلى أخذ مالهم بكل سبب يحصل بعد الرضا منهم حتى لا يكون نقض الأمان ❊

باب الرجل يدفع مالا إلى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة وذلك مشاع في المال ❊

قال وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة بالنصف فذلك جائز فإن هلك المال في يد المضارب قبل العمل فهو ضامن لنصف المال فإن لم يضع فاشترى به وعمل فنصفه مضاربة وضيعته على رب المال وربحه على ما اشترطا والنصف الآخر كله للمضارب له ربحه وعليه وضيعته والوجه في هذا أنه لو أقرضه كل المال جاز ولو أعطاه جميعه مضاربة جاز فإذا جعل بعضه مضاربة وبعضه قرضا جاز. ولأنه عقد معاوضة [illegible] فلم يؤثر فيه الإشاعة كالبيع ولا يلزم الإجارة لأنها ليست بتمليك مال بمال فأما المضاربة فإنما جازت مع الإشاعة لأن المضارب يتمكن من التصرف إذا ملك بقية المال كما ملك التصرف إذا كان المبيع مضاربة وجواز المضاربة موقوف على إمكان التصرف في المال ولأن الشركة مع المضارب لا تمنع من المضاربة [illegible]

[illegible]

ربح الغاصب وما كان من حصة المضارب فهو على الشرط ❊

ومن هذا النوع

إذا دفع إليه متاعا فباع نصفه من المدفوع إليه بخمسمائة درهم ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن فله مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمسمائة ثم عمل بها وبالخمسمائة التي عليه فربح بعد ذلك أو وضع فالوضيعة عليهما نصفان والربح بينهما نصفان لأن من أصل أبي حنيفة أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري بذلك الدين شيئا لم يصح فعمل بالشيء لنفسه ولا يكون للآمر ويكون الدين على حاله وفي مسألتنا صاحب المال أمره أن يعمل بالدين وبنصف ثمن المتاع فما ربح في نصف الدافع فهو للدافع وما ربح

[illegible]

المتاع والربح على ما اشترطا فإن [illegible] رب المال [illegible]
والمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول أبي حنيفة لأن رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من نصيب المضارب باطل فيكون الربح على قدر المال وفي قياس قول أبي يوسف ومحمد نصف الربح على قدر المال خاصة لأن المضاربة فيه فاسدة وللمضارب ثلث نصف الربح الآخر ❊

ومما يلتحق بهذا الباب من المسائل المشهورة التي لم يذكرها أبو الحسن

قال أصحابنا إذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم على أنهما شريكان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لأن الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث ❊ ولو قال على أن للمضارب شركا في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة ووجه قول أبي يوسف أن الشرك اسم

[illegible]

ادفع اليه راس ماله وحصته من الربح ويسلم لك المتاع ٥ قال واذا اخذ الرجل لابنه مالا مضاربة فهو على وجهين ان كان الابن لا يعقل البيع فاخذ الاب المال ليعمل لاجل ابنه فالمضاربة للاب ولا شي للابن من الربح لان الربح في المضاربة يستحق بالمال او بالعمل فليس للابن واحد منهما ٥ وان كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له فان عمل الاب بامر الابن فهو متطوع وان عمل بغير امره صار بمنزلة الغاصب لانه ليس له ان يعمل فيه بغير امره فصار كالاجنبي ٥ وقالوا في المضارب اذا اشترى جارية فليس لرب المال ان يطاها سوا كان فيها ربح او لم يكن لانه اذا كان فيها ربح فهي مشتركة ووطي الجارية المشتركة لا يجوز وان لم يكن فيها ربح فللمضارب حق تشبه الملك الا ترى ان رب المال لو مات كان للمضارب ان يبيعها فصارت كالجارية المشتركة قال واذا اشترى المضارب جارية ثم اشتراها من رب المال لنفسه جاز ذلك وخرجت من المضاربة لان الثمن صار دينا عليه والمضاربة امانة فاذا زالت الامانة وصار المال مضمونا انتقضت المضاربة ٥ ولو ان المضارب باعها من رب المال فالمضاربة على حالها لان المال صار دينا على رب المال لان رب المال يحتاج الى دفعه وتركه وذلك لا يبطل المضاربة كما قبل الشرا انه مخير ان شا ترك المال في يد المضارب وان شا لم يتركه ٥
واذا مات المضارب وعليه دين ومال المضاربة في يده معروف فرب المال احق براس المال وحصته من الربح لقوله عليه السلام من وجد عين ماله فهو احق به ٥ قال فان قال المريض هذا المال مضاربة في يدي ولا يعرف ذلك الا بقوله فهو على ثلاثة اوجه اما ان يكون لا دين عليه او عليه دين في الصحة او دين في المرض فان كان لا دين عليه جاز اقراره لانه اقر على نفسه بما لا تهمة فيه ٥ وان كان عليه دين في الصحة لم يصدق والغرما احق بالمال لانه لما مرض وجب للغرما حق الاستيفا من ماله فلا يصدق على ابطاله ٥ وان كان عليه دين في المرض فانه ينظر ان كان بدا بالمضاربة ثم بالدين فصاحب المضاربة اولى لان رب المال ملك عين المال باقراره فلا يجوز اقراره بعد ذلك في ملك غيره ٥ وان اقر بالدين ثم بالمضاربة تحاصا لانه اقر بمال لم يتعلق به حق الغرما فلم ينفذ اقراره في عينه فصار مقرا بدين اخر ٥ واذا اقر المضارب في مرضه انه ربح الفا ولم يوجد ذلك فلا ضمان عليه في الربح لانه لا يعلم وصوله الى يده ٥ ولو اقر انه ربح وان الربح قد وصل اليه ثم مات فلرب المال ان ياخذه من تركته لانه اقر بحصوله في يده وقد ضيع الحفظ فيه حين لم يبينه بعينه ٥ وقال ابو الليث المضارب اذا اشترى دارا بالف ورب المال شفيعها بدار له اخرى فله ان ياخذها بالشفعة لان شرى المضارب ان اعتبر شرى الاجنبي فان لرب المال الشفعة وان اعتبر اشترا رب المال فله فيما اشتراه بنفسه الشفعة ٥ ولو ان المضارب باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سوا كان في الربح او لم يكن اما لحصة رب المال فلان المضارب باعها بامره فصار كوكيله في البيع واما حصته من الربح فلانا لو اوجبنا فيه الشفعة تفرقت الصفقة على المشتري ٥ ولان الربح تابع لراس المال فاذا لم يجب الشفعة في المتبوع لم تجب في التبع ٥ ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار له من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفا بثمن الدار لم يجب الشفعة لان الشفعة وجبت للمضاربة والمضاربة لرب المال ورب المال هو البايع فلا يجب له الشفعة فيما باعه ٥ وان لم يكن في يده وفا فهو على وجهين ان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لانه ياخذها لرب المال ٥ واذا كان فيه ربح فللمضارب ان ياخذها لنفسه بالشفعة لان له في الدار نصيبا فله ان ياخذها لنفسه ٥ ولو ان اجنبيا اشترى دارا الى جنب دار المضاربة فان كان في يدي المضارب وفا بالثمن فله ان ياخذها بالشفعة للمضاربة ٥ فان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال ان ياخذه لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة والتصرف في المضاربة يملكه المضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال ٥ وان لم يكن في يده وفا فان كان في الدار ربح فالشفعة وجبت للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم احدهما فللاخر ان ياخذها جميعا لنفسه بالشفعة كدار بين شريكين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة وجبت لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه ٥ قال ابو يوسف اذا استاجر الرجل اجيرا كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع ثم دفع المستاجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شي للاجنبي سوى الاجرة ٥ وقال محمد المضاربة جايزة ولا شي للاجنبي في الوقت الذي يكون مشغولا بعمل المضاربة وجه قول ابي يوسف انه لما استاجره فقد ملك عمله وصار كالمملوك له فاذا دفع مضاربة واشترط للمضارب ربحا بالعمل الذي ملكه رب المال لم يجز ان يستوجب المضارب لنفسه ربحا بالعمل فيعمله لرب المال ٥ ولان المضارب يعمل لنفسه ولا يجوز ان يستوجب الربح والاجر ٥ ولا يجوز ان ينفسخ الاجارة بالمضاربة لان الاجارة اقوى من المضاربة الا ترى انها لازمة والمضاربة ليست بلازمة فلا ينقض الشي بما هو اضعف منه وجه قول محمد انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة ورفضها فصار لم يعمل بالمضاربة فلا اجرة ٥ ولان المضاربة شركة وكذلك لا تفتقر الى التوقيت ولو شاركه بعدها استاجره جازت الشركة فكذلك المضاربة والجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك ذلك العمل فلا يجوز ان يستحق المضارب به الربح ٥ ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجر بحصته والمضارب يعمل لرب المال فيبقى عمله على الاجارة ٥

وقال ابن سماعة سمعت محمدا قال في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فقال ان اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولي النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولي الثلثان قال هذا جايز وله ان يشتري اي ذلك شا على ما سمى لرب المال لانه خيره بين عملين مختلفين فصار كالتخيير بين الخياطة الرومية والفارسية ٥ وقال ابن رستم عن محمد في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة على انه ان عمل به في البلد فله ثلث الربح وان سافر به فله نصف الربح ما جاز ان اشترى متاعا وهو مقيم فباعه في السفر او اشترى في السفر فباعه في الكوفة وهو مقيم ارايت ان كان يعمل بالمال سنة وهو مقيم فخرج ثم عمل به مسافرا فربح قال انما المضاربة في هذا على الشرى فاذا اشترى في المصر فما ربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر ان باعه في المصر او غيره وذلك لان الربح يستحقه المضارب بالعمل والعمل يحصل بالشرى فاذا اشترى في المصر تعين احد العملين فلا ينتقض ربحه بالسفر ٥ واما اذا عمل بعض المال في السفر ثم عمل في الحضر فلكل واحد من المالين ربحه على ما اشترط ٥

تم كتاب المضاربة ولله الحمد والمنة والصلوة على نبيه المصطفى واهل بيته الذين ارتضى

كتاب الصرف

قال الشيخ رحمه الله الصرف اسم للعقد الواقع على جنس الاثمان وهو من جملة البيع في الجملة الا انه اختص باحكام لا تعتبر في البيع فاختص باسم والدليل على جوازه قوله عليه السلام الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل وروي حديث ابن عمر انه سال النبي صلى الله عليه فقال انا نبيع الابل بالنقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فقال لا باس اذا افترقتما وليس بينكما شي ولانه فعل الامة من غير خلاف ٥ والاحكام التي تختص بها عقد الصرف من بين ساير العقود وجوب التقابض في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد وقال اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد ولا خير فيه نسيئة وقال في حديث ابن عمر لا باس اذا افترقتما وليس بينكما شي ٥ وعن ابن عمر انه قال في الصرف وان استنظرك الى وراء السارية فلا تنظره ٥ واما الاجل فلا يجوز في الصرف لما ذكرناه من الاخبار ولان التقابض شرط والاجل يشترط لتاخير القبض ٥ واما شرط الخيار فيبطل الصرف لانه يمنع من وقوع الملك بفعل العاقد وعدم القبض يمنع من صحة العقد فما شرط لنفي الملك اولى ان يمنع ٥ قال ابو الحسن رحمه الله باسناد ذكره قال جمع المنزل بين عبادة بن الصامت ومعاوية اما في بيعة او قال في كنيسة فقال عبادة سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول الذهب بالذهب والورق بالورق والبر بالبر والشعير بالشعير وقال احدهما والملح بالملح وقال احدهما فمن زاد او ازداد فقد اربا ولم يقله الاخر سوا بسوا عينا بعين وامرنا ان نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شينا ٥ وسيل محمد عن الحديد بالحديد فقال الله اعلم قد كان الرجل يبيع الدرع بالادراع وهذا الخبر قد تكلمنا عليه في كتاب البيوع وذكرنا انه وان كان خبر واحد فهو في حد اخبار الاستفاضة لان الامة عملت بموجبه لاجله فعلمنا انه صحيح في الاصل بالاجماع وقد ذكرنا انه لا خلاف في ثبوت الربا في الاشيا الستة المذكورة في الخبر الا ما روي عن ابن عباس انه قال لا ربوا الا في النسيئة وقد تكلمنا عليه وبينا ان الصحابة لم تسوغوا له الاجتهاد وقال له علي انك رجل تايه ومشى اليه ابو سعيد الخدري فقال له اصحبت رسول الله صلى الله عليه ما لم تصحب فقال لا قال اسمعت منه ما لم نسمع قال لا قال فوالله لا اواني واياك ظل بيت ابدا وانت على هذا القول فقال ابن عباس لا افتي فيه بعد هذا ٥ وقال الشعبي حدثني بضعة عشر من اصحاب ابن عباس الخبر والخبر منهم ان ابن عباس لم يمت حتى رجع عن قوله في الصرف ٥ وقال جابر بن زيد نزل ابن عباس عن قوله في الصرف والمتعة وان لم يحك الخلاف لا عنه ورجع عن قوله يسقط الخلاف ٥ واما قوله في الخبر وامرنا ان نبيع الورق بالذهب والذهب بالورق فقد دل على جواز التفاضل بين الجنسين ٥ وقوله البر بالشعير فدل على ان البر والشعير جنسان خلاف ما قال مالك فاما قول ابن سيرين قد كان الرجل يبيع الدرع بالادراع فلا يدل على ان الربا لا يدخل في الحديد لان الدرع لا يوزن والحديد ثبت فيه الربوا اذا بيع وزنا ٥ وفي حديث ابي سعيد ان رسول الله صلى الله عليه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غايبا بناجز وهذا يدل على اعتبار المماثلة لانه منع من التشفيف الذي هو الزيادة والمراد به الزيادة المتحققة ٥ فاما الرجحان الذي لا يتحقق انه زيادة فلا يمنع من صحة العقد لانه لا يمكن الاحتراز منه غايبا بناجز يدل على اعتبار القبض في الحال لان الغايب لا يمكن قبضه ٥

وقد

في خيار العيب والرؤية فاما قوله او خيار وجب حكما فانما يريد به خيار الاجازة في البيع الموقوف
وذلك لا يمنع من جواز الصرف اذا اجيز لان المانع من الملك لا يحصل بفعل العاقد وانما ثبت حكما كخيار
العيب ☉ فان شرط احدهما الى الخيار رؤية او ان له خيار العيب جاز وذلك لان هذا ثبت
من طريق الحكم فاذا اشترطه فقد شرط موجب العقد وشرط موجب العقد لا يمنع صحة العقد ☉
وقد قالوا لو ان رجلا اشترى دينارا بعشرة دراهم نسيئة ثم نقده اياها قبل ان يفترقا فقبضها جاز لان التعجيل
اسقاط للاجل فكانهما اسقطاه بالقول قبل الافتراق ☉ وقال عمرو عن محمد اذا اشترى دينارا بخمسة
دراهم نسيئة ينقده قبل ان يفترقا واربعة فالبيع باطل في قول ابي حنيفة في الجميع وفي قولنا له اربعة
اخماس الدينار وهذا فرع على اختلافهم في الصفقة اذا تضمنت الصحيح والفاسد تفسد عند ابي حنيفة
في الجميع وعلى قولهما تجوز بحصة الصحيح خاصة ☉

باب حد الصرف

قال ابو الحسن رحمه الله اذا افترق المتعاقدان للصرف بابدانهما عن مجلسهما ذلك فاخذ كل واحد منهما في جهة او
قام احدهما فذهب وبقي الآخر في المجلس فقد وقع التفرق فان كانا لم يتقابضا جميعا بطل الصرف وكذلك
ان كان قبض احدهما ولم يقبض الآخر وذلك لانا قد بينا ان التقابض قبل الافتراق شرط فاذا افترقا
قبل ذلك فقد فات شرط صحة العقد فيبطل العقد قال وسواء كان البيع دينا بدين او عينا بعين او
عينا بدين وذلك لان العقد ان كان على الدراهم والدنانير فهي لا تتعين بالتعيين وانما تتعلق بالذمة
فالتعيين وعدمه سواء ☉ وان كان العقد على التبر فلانه مما يتعين الا انه من جنس الاثمان
فتاكد حكم القبض فيهما فصار التعيين وعدم التعيين سواء ☉ ولان حكم الدراهم والدنانير اقوى في اعتبار
التقابض لانها لا تتعين فاعتبر التقابض في المجلس لتحصيل التعيين وما سوى الذهب والفضة تتعين بالاشارة
فلم يفتقر الى التقابض لتحصيل التعيين واذا تاكد حكم القبض في الاثمان تاكد في جنسها فكان ما تعين منه
بالعقد ملحقا به ☉ فاما الحنطة اذا بيعت بعضها ببعض وهي عين لم يعتبر فيها التقابض في المجلس لحصول
التعيين الذي شرط التعيين لاجله وقد بينا هذه المسألة في البيوع واذا كان المكيل بالمكيل دينا بدين فالبيع
فاسد تقابضا او لم يتقابضا وذلك لان ما وقع عليه اسم البيع مما يتعين جنسه مبيع وبيع ما ليس عند الانسان
لا يجوز بنهيه صلى الله عليه لحكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده وان كان احدهما عينا والآخر دينا فان كان الذي وقع عليه
لفظ البيع هو العين فهو جائز اذا قبض الآخر في المجلس فان افترقا قبل ان يقبض الدين بطل البيع ☉ فان كان
الذي وقع عليه لفظ البيع هو الدين لم يجز وان تقابضا وذلك لان لفظ البيع اذا وقع على العين فقد لها
ثمن والثمن يجوز وان لم يتعين وكان القياس ان لا يعتبر قبضه في المجلس لانهما افترقا عن عين بدين
في غير جنس الاثمان وانما استحسنوا القول صلى الله عليه الحنطة بالحنطة مثلا بمثل عينا بعين ☉ واما
اذا وقع لفظ البيع على غير المعين فهو بيع ما ليس عند الانسان فلا يجوز العقد وان تعين بعد ذلك
واما الدراهم والدنانير فيجوز العقد عليها غير معينة لانها لا تتعين وان عينت فوجود التعيين
وعدمه سواء ولا فرق بين ان يقع عليها لفظ البيع وهي عين او دين لانها لا تكون مبيعة وانما هي
ثمن بكل حال ☉ فان قاما من مجلسهما فذهبا جميعا في جهة واحدة وطريق واحد يمشيان
جميعا فليسا بمفترقين والبيع بينهما تام على حاله وان لم يكونا تقابضا وكذلك ان طال قعودهما
في المجلس او ناما فيه او اغمي عليهما فيه وروى المعلى وبشر بن الوليد عن ابي يوسف
وكذلك روي اذا ناما جميعا فهما جميعا انهما على بيعهما وذلك لان المعنى الموجب لفساد
العقد الافتراق من غير قبض وهذا المعنى غير موجود اذا مشيا جميعا وقد دل على ذلك ما روي عن
عمر انه قال الذهب بالذهب مثلا بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فاني
اخاف عليكم الرما وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ☉ وعن ابن عمر قال وان وثب من سطح
فثب معه وليس هذا كالخيار المخيرة اذا مشت والزوج معها لان اشتغالها بالمشي يدل على
الاعراض عما جعل اليها فيبطل خيارها وان لم تفارق الزوج ☉ وروى ابن سماعة عن محمد في
نوادره في رجل له على رجل الف درهم ولذلك الرجل عليه خمسون دينارا فارسل اليه رسولا فقال قد بعتك
الدنانير التي لي عليك بالالف درهم التي لك علي فقال قد قبلت لم يكن ذلك شيئا وكان باطلا من قبل انهما
تصارفا وهما مفترقان وانما لم يصح هذا العقد لانه دين بدين والدين بالدين لا يصح في الاثمان الا ان
يتقابضا في المجلس وتعليل ابي الحسن رحمه الله بانهما تصارفا وهما مفترقان يريد به انهما لو تبايعا على
هذا الوجه غير الدين لم يصح لان حقوق العقد لا تتعلق بالرسول وانما تتعلق بالمرسل فاذا تعاقدا
مع الافتراق قارنا العقد ما يفسده اذا طرا عليه فمنع من صحته ☉ قال وكذلك لو نادى احدهما صاحبه
من وراء جدار او ناداه من بعيد لم يجز شيء من ذلك لما بينا ان العقد تقارنه الافتراق المانع من صحته
وليس هذا كالبيع لو ارسل الى رجل رسولا فقال قد بعتك عبدي الذي في مكان كذي بكذي درهما

وذكر حديث عمر بن الخطاب قال رسول الله صلى الله عليه الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير
بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وهذا يدل على وجوب التقابض وان النساء في الاثمان حرام وان الربا اسم
شرعي لانه في اللغة اسم للزيادة والنساء لا زيادة فيه فدل على ان الاسم نقل من اللغة الى الشريعة ☉ وذكر
عن مالك بن اوس بن الحدثان انه اخبره انه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعاني طلحة بن عبيد الله واخذ الذهب
يقلبها في يده ثم قال حتى ياتي خازني من الغابة وعمر يسمع فقال عمر والله لا تفارقه حتى تاخذ منه ثم قال قال رسول الله
صلى الله عليه الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وهو يدل على وجوب
التقابض قبل الافتراق سواء كان في المجلس او لم يكن لان عمر اعتبر المفارقة وقد تقابضا في المجلس قبل الافتراق
وذكر حديث ابن عمر قال كنت ابيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب فقال رسول الله صلى الله عليه اذا بايعت رجلا
فلا تفارقه وبينك وبينه لبس وهذا يدل على وجوب التقابض ويدل على ان الحكم يتعلق بالافتراق لا بالمجلس ☉
قال ابو الحسن والصرف اسم يختص به بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب او احد الجنسين بصاحبه
منفردا كان او مجموعا مع غيره ☉ وقد بينا ان الصرف اسم للعقد اذا وقع على جنس الاثمان فاما قوله او مجموعا
مع غيره فانما يعني به اذا باع ذهبا وثوبا بفضة او بذهب فان حصة الذهب صرف لان في مقابلته ثمنا فتعتبر
فيه احكام الصرف وحصة الثوب بيع لان العقد فيه لم يقع على ثمن من الجنسين فتتعين حكم الذهب في
الذهب خاصة فاذا قبض حصته من الفضة جاز العقد وان لم يقبض حصة الثوب ☉ قال وهو مخصوص من
سائر البياعات بثلث معان ان لا يفترق المتصارفان الا عن قبض منهما جميعا وان لا يفترقان ولاحدهما خيار
ولا لهما ولا يكون لهما اجل في البيع ولا لاحدهما وقد بينا هذه الجملة ☉ قلت ومن شرطه ان يتقابضا
قبل الافتراق وتفرقا ولاحدهما خيار التعجيل في ذلك لان القبض يسقط الاجل ☉ واما الخيار الذي شرطه
ابو الحسن فانما يريد به خيار الشرط دون الخيار الحكمي وهو خيار العيب وخيار الرؤية ☉ قال فان
افترقا عن غير قبض منهما او تقابضا ولهما او لاحدهما خيار او اجل فسد البيع ثم لا يصح ذلك بعد افتراقهما
ابدا وذلك لانهما اذا افترقا فقد فات شرط صحة العقد وهو التقابض فاذا افترقا ولاحدهما خيار فقد
عدم الملك في احد البدلين بالشرط وذلك اكثر من عدم القبض ☉ فاما الاجل الذي ذكره فلا يتصور ان يفترقا
عن قبض وهناك اجل لان من له الاجل اذا قبض سقط الاجل بالقبض وصح العقد وانما رجع بقوله اذا
كان لاحدهما اجل الى اصل المسألة لا الى التقابض ☉ فاما قوله ان العقد لا يصح بعد ذلك ابدا فلان
المعنى المفسد لا يمكن رفعه من العقد وهو الافتراق عن غير قبض او عن غير ملك يعود الى الشرط
والمفسد للعقد اذا لم يمكن رفعه من العقد لم يصح العقد الا بالاستئناف ☉ قال فان شرطا او
احدهما الخيار ثم ذلك قبل الافتراق او كان الخيار لاحدهما فابطله الذي هو له قبل ان افترقا جاز البيع في
قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد في الاستحسان والقياس ان لا يجوز العقد بعد وقوعه
على فساد وبالقياس قال زفر وقد بينا هذه المسألة في البيوع ☉ فان كان لاحدهما اجل
فابطله صاحب الاجل قبل التفرق صح
البيع ايضا استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف
وروي عن ابي يوسف ان صاحب الاجل اذا ابطل الاجل لم يجز حتى يرضى صاحبه وفرق بين هذا
المعنى بينه وبين الخيار ووجه قولهما ان العقد فسد لمعنى ملحق وهو التاجيل كما فسد
لمعنى ملحق وهو الخيار فاذا صح اسقاط من له الخيار خياره وان لم يرض الآخر كذلك الاجل
اجله ويعود العقد الى الاطلاق ووجه قول ابي يوسف ان الاجل في الاصل لا يمنع من وقوع الملك
فاذا اشترطه في الصرف منع من وقوع الملك فصار كالبيع المشروط فيه الخيار لهما لا يصح باسقاط احدهما
وليس كذلك الخيار لانه موضوع لنفي الملك ويثبت الملك باسقاط صاحب الخيار خاصة
فكذلك اذا شرط في الصرف فمنع من الملك صح العقد باسقاطه خاصة ☉ وقد قال ابو يوسف
لو ان رجلا اسلم دراهم مسماة في طعام معلوم الصفة والكيل الى اجل والسلم فاسد ☉ فان جعل
الذي له الطعام اجلا معلوما شهرا او شهرين لم يجز السلم حتى يقبل المسلم اليه ذلك فان فعل ذلك
قبل ان يتفرقا ورضيا جاز مسمى فهو جائز ☉ واذا كان غير مسمى لم يجز وهذا ظاهر على اصله لان
ترك التاجيل يفسد السلم كالاجل في الصرف ولم يذكر خلافا في هذا في الاجل ويجوز
ان يكون قولهما لان حكم العقد يختلف باختلاف الآجال لان المسلم اليه يتمكن من دفع المسلم
فيه وقت دون وقت فلا بد من رضاه في تعيين الاجل حتى يكون العقد بحيث يجوز ان
ينعقد ☉ قال ولو تفرقا ولاحدهما خيار رؤية او خيار عيب او خيار وجب حكما بغير شرط لم
يفسد الصرف والبيع جائز لان هذا الخيار لا يمنع الملك بالعقد وذلك لان خيار العيب والرؤية ثبتا من
طريق الحكم فحكمهما اقوى من حكم خيار الشرط ولهذا لا يفتقر الى ذكرهما في العقد ولا الى التوقيت
فلذلك لم يفسد العقد ☉ ولان خيار الشرط يؤثر في العقد فيفسد الملك بفعل العاقد وهذا لا يوجد

فعل ذلك كان جائزا او كان الرجل كلاهما بالعقود وذلك لان الافتراق لا يوثق في البيع فقام قول الرسول مقام قول المرسل وحقوق العقد تتعلق بالمرسل فكانه فارقه عقيب العقد فلا يفسد العقد . وقال هشام عن محمد في رجل قال اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام لا ب قبل ان يزن العشرة قال باطل وذلك لانه هو العاقد فلا يمكن اعتبار القبض بالافتراق فاعتبر بالمجلس ۞ قال محمد وفي العاقدين لا يبطل الا بافتراقهما ۞ وقال هشام عن محمد في الواحد اذا عقد ونام في مجلسه قال ان نام مضطجعا لا ابطل الصرف وان نام مستويا فهو على صرفه لان عقد الواحد لما اعتبر فيه المجلس دون الافتراق صار كخيار المخيرة يبطل بالنوم الطويل وكذلك يجب ان يبطل بما يدل على الاعراض كما يبطل الخيار

باب احد المتصارفين اذا اخذ بما وجب له كفيلا او رهنا او احتاله على رجل غائب او حاضر

قال ابو الحسن رحمه الله اذا احتال احد المتصارفين بما وجب له على رجل حاضر او اخذ به كفيلا حاضرا او قبض به رهنا فالصرف بينهما على حاله فان قبض المال من المحتال عليه في المجلس او من الكفيل قبل الافتراق او هلك الرهن في يد المرتهن قبل الافتراق تم الصرف بينهما . وروى الحسن عن زفر ان الحوالة والكفالة في ثمن الصرف لا يجوز لنا قوله صلى الله عليه من احيل على ملي فليتبع وقوله عليه السلام الزعيم غارم ولان العاقد اقام الكفيل والمحتال عليه مقام نفسه في الايفاء فصار كما لو امره وكيله بالدفع ۞ واما الرهن فلقوله سبحانه فرهان مقبوضة ولان الرهن للاستيفاء والاستيثاق واجب واذا قبض من الكفيل والمحتال عليه قبل الافتراق قام ذلك مقام القبض من وكيل العاقد واذا هلك الرهن صار المرتهن مستوفيا من طريق الحكم فكانه استوفى بالقبض ۞ وحجة زفر ان ما في الذمة الثانية قام مقام ما في الذمة الاولى فكانه اعتاض عن ثمن الصرف ۞ فان قام المحتال عليه او الكفيل من المجلس والمتعاقدان في المجلس فالبيع صحيح على حاله ۞ فان تفارق المتعاقدان او رجع المحتال عليه او الكفيل فاديا المال قبل الافتراق صح الصرف وذلك لان حقوق العقد تتعلق بالمتعاقدين فذهاب غيرهما لا يوثر في العقد اذا حصل التقابض في المجلس ۞ قال وان حضر المحتال عليه او الكفيل جميعا معا في المجلس وافترق المتعاقدان او قام احدهما عن المجلس فذهب بطل الصرف والاعتبار بافتراق المتعاقدين وهذا على ما بينا ان الحقوق تتعلق بهما فاذا افترقا قبل القبض بطل العقد وان حضر الكفيل ۞ قال وكذلك لو امر كل واحد من المتعاقدين رجلا ان ينقد عنه فان قام الآمر عن المجلس فذهب بطل الصرف وان كان الوكيل حاضرا مع الآخر ۞ وان قام المامور بالدفع لم يبطل الصرف لان الحقوق تعلقت بالعاقد دون الوكيل فاذا افترق العاقدان بطل العقد وان حضر الوكيلان ۞

باب المتصارفين اذا تقابضا ثم رد احدهما ما اشترى بعيب او جياد زيوفه او استحق ما اشترى او بعضه ۞

قال ابو الحسن رحمه الله واذا باع الرجل دينارا بعشرة دراهم او اشترى الذهب مصوغا او تبرا بدراهم او فضة مضروبة او مصوغة او تبرا بدراهم مثل وزنها وتقابضا وافترقا ثم وجد فا بعض الدراهم زيوفا او نبهرجة او كاسدة او مما لا يجوز في التجارات دون بعض وذلك عيب عندهم فله ان يرد ما وجد من ذلك على غير شرطه لان العقد يقتضي صحة المعقود عليه فاذا وجد معه ما تغير عليه مقتضى العقد فكان له الخيار ۞ وان رده بعد الافتراق بطل الصرف في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد اذا استبدله في مجلس الرد جاز وان استبدل قبل الافتراق فجائز العقد في قولهم ۞ واما اذا وجد بعض ذلك زيوفا فالقياس عند ابي حنيفة ان يبطل العقد بقدره فارد والاستحسان ان لا يبطل اذا كان يسيرا واختلفت الرواية في قدره فروى معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان المردود اذا كان النصف بطل العقد وان كان النصف استبدل وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة وهشام عن ابي يوسف عنه وروى محمد عن ابي حنيفة ان المردود اذا كان النصف او اكثر بطل العقد وهي رواية ابن سماعة عن ابي يوسف عنه ۞ وروى بشر بن الوليد وخلف بن ايوب عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يستبدل ما بينه وبين الثلث فان زاد على الثلث انتقض بحساب ما يرد وقد بينا فصول هذه المسئلة في باب السلم ۞ قال وما انتقض الصرف فيه في جميع ما ذكرنا فانه يكون شريكا في الدينار الذي دفع عن الدراهم ۞ وقد طعن عيسى في هذا الفصل وقال يجب ان لا يكون شريكا في الدينار لان الدينار لم يتعين بالعقد الا ترى ان للعاقد ان يعطي ذلك الدينار او غيره فكذلك لا يتعين بالفسخ وان اشترط في دينار مثله جاز ان اشترك وجاز ومن اصحابنا من قال ان الصحيح ما قال عيسى واما قوله انه يكون شريكا في الدينار معناه اذا اختار ذلك القابض ومنهم من قال ان رد الزيوف يوجب فسخ القبض فيها فيصير كانه افترقا قبل قبضها فيكون القابض للدينار قد قبض دينارا يستحق بعضه والدينار يتعين بالقبض عندنا وان لم يتعين بالعقد فلذلك جعله شريكا فيه

فان تجاوز قابض الدراهم ما وجد من ذلك ولم يرده جاز الصرف بينهما وكذلك كل ما وجد فيه عيب من الدنانير والدراهم بعد ان الناس يجوزونه في المعاملة مجرى الذهب والفضة وذلك لان الزيوف من جنس الجياد وانما هي معيبة والعاقد اذا رضي بالمعقود عليه مع العيب جاز وانما لم يفسد العقد بخيار العيب لانه يثبت من طريق الحكم ولا يمنع صحة القبض وان وجد بعض الدراهم كذلك فقبل الافتراق استبدل في قولهم لان القبض يتفسخ فيها بالرد فيصير كانه لم يقبض حتى قبض في اخر المجلس ۞ فان افترقا قبل اخذ البدل انتقض فيما رد قليلا كان او كثيرا لان القبض انفسخ في المردود فاذا افترقا فكانه لم يقبضه في الاصل ۞ قال وكذلك اذا رد بعد الافتراق ثم لم يقبض البدل انتقض الصرف فيما رد عندهم ومن يجعل الاستبدال بعد التفرق وذلك لان عندهما يجوز الاستبدال في مجلس الرد لان الافتراق لا يوجد الا عن تقابض فاذا لم يستبدل فقد افترقا عن المجلس الثاني عن غير قبض فكانهما افترقا عن الاول عن غير قبض ۞ قال وان وجد بعض الدراهم ستوقة او رصاصا او صفرا فان كان في المجلس لم يسترقا استبدل عندهم جميعا وان وجد ذلك بعد الافتراق بطل في قدر ذلك قليلا كان او كثيرا لان الرصاص والستوقة ليس من جنس الدراهم فقبضها لا يقع به الاستيفاء فصار كانه لم يقبض شيئا ولهذا قالوا لو تجوز بها لم يجز ۞ ولا يصح العقد كما لو اعتاض عن الثمن ۞ قال وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية عند اصحابنا جميعا وكذلك سائر الديون التي يقع عليها العقود وذلك لانه لا فائدة في ردها بالخيار لان العقد لا ينفسخ بردها وانما يرجع بمثلها ۞ ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او ادون فلا يستدرك بالرد فائدة فلذلك لا يثبت الخيار ۞ فان كان اشترى شيئا بعينه اناء او تبرا او حليا مصوغا او ما اشبه ذلك وتقابضا وتفرق او لم يتقابضا وكانا في المجلس ثم وجد به عيبا فرده انتقض الصرف ورجع بما نقد ان كان نقد وكذلك ان رده بخيار رؤية بعد القبض او قبله وذلك لان ما تعين بالعقد انتقض العقد فيه بالرد وانما ثبت فيه خيار الرؤية لان في ثبوته فائدة الا ترى ان العقد ينفسخ برده ويرجع بالثمن ۞ قال وكذلك لو استحق جميعه وذلك لانه اذا استحق ولم يجز المستحق العقد بطل العقد وان استحق بعض ما وقع عليه العقد وهو بعينه مما ذكرت لك قبل القبض او بعده فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ ما بقي بالحصة وان شاء رد لان الصفقة تفرقت عليه فيثبت له الخيار ۞ وان استحق فلم يحكم به للمستحق حتى اجاز البيع فيه جاز وكان ثمن ما اجاز للمستحق ياخذ البائع من المشتري ويسلم اليه اذا كانا لم يفترقا بعد الاجازة والاعتبار بفرقة المتعاقدين دون المجيز والقبض واجب للبائع على المشتري دون المجيز وذلك لان المستحق اذا اجاز فكان العقد وقع بامره في الاصل على اصلنا ان الاجازة تلحق بالعقد ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد به فيكون هو الذي يلي القبض ويفسد العقد بمفارقته دون مفارقة المجيز ۞ وقد روي عن ابي يوسف ان المستحق اذا قال عند الخصومة انا اقيم البينة لا اجيز العقد فحكم له بالملك جاز العقد باجازته وان لم يقل ذلك لم يجز باجازته لان المنازعة في الملك رد للعقد الموقوف وابطال له ومن وقف عليه عقد ففعل ما يستدل به على الفسخ فكانه قال قد فسخت ۞

باب تصرف المتصارفين في ثمن الصرف قبل القبض

قال ابو الحسن رحمه الله واذا تبايع الرجلان دراهم بدراهم او دنانير بدنانير او احدهما بصاحبه او انا فضة بدنانير او انا ذهب بدراهم ثم ان الذي له الدين ابرا صاحبه منه قبل قبضه او وهبه له او تصدق به عليه فان قبل الذي عليه الدين ما ابراه منه او وهبه له او تصدق به عليه بطل الذي عليه انتقض الصرف وذلك لان الابراء يوجب سقوط القبض والقبض مستحق بحق الله تعالى فاذا اتفقا على اسقاطه بطل العقد بفواته وان لم يقبل الذي عليه الدين البراءة لم يبطل العقد لان هذا سبب الفسخ ولا يثبت بقول احد المتعاقدين بعد صحة العقد ۞ فان لم يفعل شيئا من ذلك ولكنه اشترى به منه عرضا من العروض او شيئا من المكيل او الموزون او نقص عنه شيئا من غير جنس الدين فالبيع فاسد وتم الصرف على حاله يقبضه منه وبين العقد الاول بينهما وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال زفر البيع الثاني جائز ويكون ثمن البيع مثل الدين في ذمة المشتري فيؤدي اليه ثمن الصرف وثمن ما اشترى وانما لم يجز له التصرف في ثمن الصرف لان ذلك اسقاط للقبض وقد بينا انه لا يجوز اسقاطه لحق الله تعالى وانما لم يفسد الصرف لان العقد الثاني لم يصح واذا لم يصح التصرف بقي العقد بحاله ۞ واما وجه قولهم في فساد البيع فهو ظاهر على طريقة ابي الحسن ان الدراهم تتعين بالعقد وانها تملك اعيانها فاذا تعينت وهي مما لا يصح العقد عليها فسد العقد ۞ ومن اصحابنا من قال ان الدراهم وان لم تتعين فان الدين يتعين لانه يختلف باختلاف الذمم فلا يقدر على دفع مثله واذا تعين ثمن الصرف بطل البيع لانه لا يجوز ان يكون ثمنا له ۞ ولانه شرط ابقاء الثمن بدل الصرف

وذلك شرط فاسد فاذا شرط في العقد بطل العقد وجه قول زفر ان الدراهم لا تتعين وانما وقع البيع بمثل ثمن الصرف في الذمة وجعلاه قصاصا فاذا لم يصح المقاصة بقي الثمن بحاله في الذمة وهذا على احدى الروايتين عن زفر في ان الدراهم لا تتعين. قال فان اخذ عن الدراهم دراهم اجود منها او اردى او مخالفة لها في الصفة الا ان ما قبض يجري مجرى الدراهم في المعاملة بينهما جاز ذلك وكان اقتضاء وليس ببيع بثمن الصرف وذلك لان المقبوض من جنس ما وقع عليه العقد وان خالفه في الصفة فكانه قبض نفس الحق. الا ترى ان من عليه الدين اذا رضي ان يدفع اجود منه اجبر الذي له الحق على قبضه عندنا ولو رضي صاحب الدين بقبض الادون اجبر الاخر على دفعه. فان وهب له الثمن فلم يقبل الهبة وابى الواهب ان ياخذ ما وهب اجبر على القبض لانه لا يريد فسخ العقد بالامتناع عن القبض وفي ترك القبض حق الاخر فيجبر الواهب على ما يتم به العقد.

باب المتصارفين اذا ارادا ان يجعلا ثمن الصرف قصاصا بدين

قال رضي الله عنه الاصل في هذا الباب ان ثمن الصرف يعتبر فيه ما شرطنا في راس المال في السلم من وجوب الاقتضاء وامتناع القضاء لان الاقتضاء موجب العقد والقضاء تصرف في ثمن الصرف وذلك لا يجوز لان فيه اسقاط القبض المستحق لحق الله تعالى وقد بينا ان المقتضي كل من ثبت عليه الدين اخيرا والقاضي من ثبت عليه الدين اولا والاقتضاء قبض مضمون متاخر عن سبب الحق في مثله وهذه الاصول قد مضى في باب السلم مفسرة. قال ابو الحسن رحمه الله واذا باع الرجل من الرجل دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار ولم يقبض العشرة وكان لمشتري الدينار على بائعه عشرة دراهم دين قبل الصرف وجب ذلك عليه بقرض او غصب او من ثمن بيع او غير ذلك واراد او احدهما ان يجعلا ثمن الدينار قصاصا بذلك الدين فان اجتمعا على ذلك جاز وكان قصاصا وان لم يجتمعا لم يكن قصاصا وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد في الاصول وغيرها قال وهذه ثلث مسايل احداها لا يثبت القصاص الا ان يرضيا وهي هذه المسئلة وصورته ان يجعل ثمن الصرف قصاصا بدين كان وجب قبله فالقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والاستحسان ان يجوز وهو قول اصحابنا. والمسئلة الثانية يثبت القصاص فيها وان لم يتقاصا وهو ان يجب لمن عليه ثمن الصرف على من له الثمن دين بقبض مضمون بعد القبض في مثل الحق فيصير قصاصا وان لم يتقاصا. والمسئلة الثالثة لا يصير قصاصا وان تقاصا وهو ان يجب دين بعقد متاخر عن الصرف فيجعلان ثمن الصرف قصاصا بذلك فلا يجوز في قولهم. اما المسئلة الاولى فوجه القياس ان المتصارفين قد وجب بعقدهما التقابض فاذا قبض احدهما الدينار وجعل العشرة قصاصا بدين سابق فقد تصرف في ثمن الصرف قبل القبض وقضا به دينا عليه وفي ذلك اسقاط القبض المستحق لحق الله سبحانه فلا يجوز. ولانهم اتفقوا انه لو وجب دين بعقد بعد الصرف فجعلا ثمن الصرف قصاصا به لم يجز لانه تصرف في ثمن الصرف كذلك اذا جعلاه قصاصا بدين وجب عليه وجه الاستحسان انهما لما جعلا ثمن الصرف قصاصا بالدين السابق وجب حمل ذلك على الصحة ان امكن ولا يمكن حمله على الصحة الا ان يكونا تراضيا على فسخ عقد الصرف وفسخاه وجعلا الدينار المقبوض بالعشرة الواجبة قبل الصرف فكانهما فعلا ذلك عند قبض الدينار فيجوز وليس كذلك اذا وجب الدين بعقد متاخر لانه لا يجوز ان يفسخ الصرف ويجعل الدينار عند قبضه قصاصا به فلم يبق الا ابطال المقاصة وبقية العقد. واما المسئلة الثانية فلانه لما وجد بعد عقد الصرف عقد مضمون في مثل ثمن الصرف وجد حقيقة الاقتضاء فوقع عن مستحقه كالمودع اذا وهب الوديعة لصاحبها وقعت عن الرد المستحق ولان كل دينين من جنس واحد تقابلا في الذمة وما المقاصة بينهما لا يؤدي الى فسخ عقد يثبت المقاصة وان لم يتقاصا كمن له على رجل عشرة فاعطاه عشرة ولم يقل انها قضاء. قالوا وانما يتصور القبض المضمون بان يغصب احد المتصارفين عن الاخر مثل ثمن الصرف او يقرضه مثله ويقبضه اياه. وليس كذلك المسئلة الاولى لان القصاص لا يثبت الا بالمقاصة لما بينا ان المقاصة تكون لفسخ العقد وذلك لا يثبت الا بالتراضي. واما المسئلة الثالثة وهي ان يجب لاحدهما على الاخر دين بعقد متاخر فلا يصير قصاصا بثمن الصرف وان تراضيا لانا لو فسخنا الصرف لم يمكن ان يجعل قبض الدينار قضاء عن الثمن لانه متقدم عليه فلا معنى لفسخ العقد واذا لم يفسخ بطلت المقاصة. قال ابو الحسن في تفريع المسئلة الثانية وان تقاصا فاراد الذي له الافضل ان يجعله قصاصا بالادون جاز ذلك وان ابى الاخر وذلك لان الدين انما يصير قصاصا اذا ساوى الحق في الصفة فاذا كان ما وجب بالغصب والقرض افضل من ثمن الصرف لم يجز ان يجعله قصاصا من غير رضا صاحب الحق لصاحبه في اسقاط الجودة فاذا رضي بذلك صار قصاصا وان لم يرض الاخر لان الجودة اذا لاقت جنسها لا قيمة لها فكانه اعطاه نفس حقه وان اراد صاحب الادون ان يجعله قصاصا بالافضل لم يكن له ذلك

الا برضا صاحب الافضل لانه ادون من حقه ولا يجبر على المقاصة به لما فيه من اسقاط الجودة فاذا رضي فقد اسقط الجودة التي هي حق له فجاز. واما اذا وجب على من له ثمن الصرف دين بقرض او غصب وهو ادون من ثمن الصرف فرضي ان يجعله قصاصا بثمن الصرف وابى الاخر فالظاهر على اصولهم انه يصير قصاصا وذلك لان الجودة اذا لاقت جنسها لا قيمة لها فكان الواجب عليه مثل حقه وقد اشار محمد في كتاب الصرف الى انه لا يكون قصاصا والحفظ منا ولعل الاشبه ما ذكرنا لانهم قالوا فيمن له على رجل دراهم جياد فصالحه على ادون منها في الصفة مؤجلة جاز لان المستحق الجياد مستحق لما دونها فكانه اجل نفس الحق وهذا يوجب ان يثبت القصاص هاهنا برضا من له الحق خاصة.
قال ابو الحسن رحمه الله وما حكيناه في هذا الباب هو المشهور من قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وعليه اكثر الرواة وهو عندي اقيس وفي بعضها اختلاف رواية واختلاف عبارات تحتمل التاويل وانما اراد ابو الحسن بهذه المسئلة الثالثة ان علي بن الجعد روى عن ابي يوسف ان البيع اذا كان بعد الصرف لم يصر قصاصا وان تقاصا مثل المشهور عنهم. وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف في نوادره في رجل باع دينارا بعشرة دراهم ثم اشترى منه ثوبا بعشرة غير العشرة ثم قاصه فهو جائز وهذا خلاف المشهور ووجهه ان المقاصة لا يملكانها الا ان يكونا فسخا الصرف وفسخا البيع وجعلا الثوب بالدينار فيحمل على ذلك كما حمل في المسئلة الاولى على فسخ الصرف خاصة.

باب شرا الذهب بالذهب والفضة بالفضة مجازفة

قال ابو الحسن رحمه الله واذا باع الرجل فضة بفضة او ذهبا بذهب وهما مضروبان دراهم ودنانير او هما عيان حليا او آنية او احدهما تبر والاخر مصوغ فذلك كله سوا لا يجوز الا مثلا بمثل ولا يوجد فضل وزن في احدهما كفضل في الاخر من صناعة او جودة او غير ذلك وهذا لقوله عليه السلام الفضة بالفضة مثلا بمثل وزنا بوزن ولم يفصل بين ان يتفق الصفة او يختلف. وقد روي ان ابن مسعود باع نفاية بيت المال بنقصان فنهاه عمر عن ذلك. وعن ابي صالح السمان قال سالت ابا سعيد عن الدراهم تكون عندي لا تنفق في حاجتي افاشتري بها دراهم تنفق في حاجتي واتفضل منها قال لا ولكن انطلق بها فاشتر بها ذهبا ثم اشتر بالذهب دراهم تنفق في حاجتك. قال واذا بيع شي من الفضة بما ذكرنا بفضة او من الذهب بذهب ولا يعرف المتبايعان وزن واحد منهما او كانا يعرفان وزن واحد ولا يعرفان وزن الاخر او كان احد المتبايعين يعرف وزنهما ولا يعرفه الاخر فان ذلك لا يجوز. فان وزنا بعد ذلك في المجلس فكانا سوا في الوزن فالبيع جائز استحسانا وان تفرقا قبل الوزن ثم وزنا فكانا سوا فالبيع فاسد. قال زفر منهما وزن ذلك فوجدا سوا جاز البيع في المجلس عرف ذلك قبل التفرق او بعد التفرق. وانما لم يجز البيع مجازفة لان المماثلة من طريق الوزن مشروط علينا والعقد متى وقع مع فقد شرطه لم يصح. واما اذا وزناه في المجلس فكانا سوا فالقياس ان لا يجوز لان العقد وقع على فساد فلا يصح بعده. وجه الاستحسان ان حالة المجلس في الصرف جعلت كحالة العقد فصار علمهما بالمماثلة قبل الافتراق كعلمهما في حال العقد. واما اذا افترقا ثم علما بالمماثلة لم يصح العقد عندهم لقوله صلى الله عليه الفضة بالفضة مثلا بمثل ونحن نعلم انه لم يرد بذلك المماثلة التي في علم الله سبحانه لانه لا سبيل الى معرفتها فلم يبق الا ان يكون المراد به المماثلة التي عند المتعاقدين وذلك لم يوجد. ولان العلم بالمماثلة مشروط من شروط العقد فاذا افترقا قبل وجوده صار كالافتراق قبل القبض. وجه قول زفر ان الوزن انما يحتاج اليه للمماثلة فاذا تبينا انها حصلت من غير وزن فقد وقع العقد على الوجه المامور به فجاز. قال وان بيع ذهب بفضة او فضة بذهب مجازفة جاز ذلك كانا سوا في الوزن او احدهما اكثر من الاخر وذلك لان المماثلة لا تعتبر في الجنسين لقوله صلى الله عليه واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شيتم يدا بيد الخبر. ولان التفاضل يجوز بين الذهب والفضة وليس في المجازفة اكثر من تجويز التفاضل. قال وعلى هذا كل ما ثبت فيه الربوا اذا اتفق جنسه لم يجز بيعه مجازفة وان اختلف جاز. قال ولا يكون بيع المجازفة بالمجازفة الا في الاعيان وذلك لان ما في الذمم لا يتصور فيه المجازفة وانما يتصور ذلك فيما يعلم وزنه او كيله. قال وقد ذكر وجوب التقابض في الاثمان وجواز ترك التقابض في الاعيان وقد بيناها في كتاب البيوع. قال والقسمة اذا وقعت فيما ثبت فيه الربوا كالبيع لا يجوز مجازفة في الجنس الواحد. وذلك لان القسمة على ضربين احدهما تمييز الحقوق وتعديل الانصبا وهي القسمة اذا وقعت في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت فاذا اقتسما مجازفة فلم يعلم ان حق كل واحد منهما تميز لجواز ان يكون ما اخذه اقل من حقه او اكثر ولانهما اذا اقتسما مجازفة لم يؤمن ان يحصل لاحدهما اكثر مما حصل للاخر وان كان ذلك بيعا لم يجز وان كان الفضل هبة لم يجز لانها هبة مشاع فيما يحتمل القسمة. واما اذا وقعت القسمة في جنسين جازت مجازفة لان المماثلة لا تعتبر في الجنسين فيحمل ذلك على البيع. وقد قالوا فيمن باع قلب فضة محشوا بدراهم لا يعلم وزنها فالبيع باطل وقال زفر البيع جائز الا ان يعلم التفاضل ذكر الحسن هذه المسئلة.

وجه قولهم ما قدمنا ان العلم بالمماثلة شرط فاذا لم يعلم لم يجز. وجه قول زفر هو ان الظاهر ان
عقود المسلمين انها وقعت جايزة فلا تفسدها الا بيقين.

باب بيع الفضة بالفضة وبعضها اجود من بعض

قال ابو الحسن رحمه الله واذا باع الرجل الفضة السود بالفضة البيضا او الحمرا بالبيضا او السودا او
كان فيها غش وكانت اذا خلصت نقصت فان كان غشها ذلك نحاسا او رصاصا فهو سوا اذا كان الغالب
الفضة فهي فضة في الحكم لا يصلح الا مثلا بمثل الفضة خلصت الفضة او لم تخلص وكذلك النحاس يخلط فيه الفضة
ولا تغلب عليه ولا تغيره عن طبيعة النحاس فهي نحاس لا يباع بالمجلس الا يدا بيد مثلا بمثل وكذلك الدراهم البخارية
اذا كان الغالب عليها النحاس فهي نحاس لا تشترى الا كما يشترى النحاس وهي بمنزلة الفلوس. قال
والاصل في هذا ما بينا ان الجودة في الفضة لا قيمة لها فاذا باع البيضا بالسودا والحمرا لم يعتبر الجودة فيهما
ووجب اعتبار المساواة. وكذلك الفضة اذا كانت غالبة على الغش فهي فضة معيبة كالسودا وكذلك
النحاس اذا غلب على الفضة فهي نحاس ولا يتغير بقليل من غير جنسه. واما الدراهم البخارية فهي نحاس اذا الغالب
عليها ذلك وقوله انها بمنزلة الفلوس انما يريد بذلك انهم اذا اعتادوا ابتياعها عددا لم يتعين فيها فضل وزن
كالفلوس. قال وان كان يخلص منها الفضة حتى يؤول من النحاس ويبقى النحاس على حاله فاشترى رجل
باقل مما فيها من الفضة فانه لا يجوز حتى يشتري بها باكثر مما فيها فيكون الفضة مثلا بمثل والفضل بالنحاس وذلك
انه ان يكون احدهما تميز من الاخر والفضة غير مستهلكة. ومن باع فضة وغيرها بفضة اعتبرت المماثلة
فان كان يحترق الفضة ويبقى النحاس فهو نحاس كله. ولا باس بان يشتريه من الفضة باقل من ذلك
او باكثر وذلك لان الفضة اذا كانت لا تخلص فهي مستهلكة فلا عبرة بها فكانه باع نحاسا بفضة وان كانت
الفضة السود تخلص منها النحاس حتى يعزل ويبقى الفضة على حالها فلا خير فيها الا مثلا من الفضة وفضل
شي لهذا النحاس لانهما اذا تخلصا فكل واحد منهما على حياله غير مستهلك في الاخر. قال وان كان
النحاس يحترق ويذهب فهي فضة لا خير فيها الا مثلا بمثل لان النحاس اذا لم يتميز صار مستهلكا.
وفي هذا كله تفسير ابي يوسف وقال محمد في الجامع الكبير ان الفضة اذا اختلطت بالنحاس لم يجز
ان يحترق الفضة ويبقى النحاس قال لان العلما من الصيارفة وغيرهم قالوا ان الفضة والصفر اذا
خلطا لم يتميز الفضة من الصفر حتى يحترق الصفر ويذهب ويبقى الفضة لان الصفر اسرع ذهابا
قال فان كان هذا هكذا وكانت الفضة هي الغالبة فهي فضة كلها مثل السودا والحمرا والمعتبر فيه اذا خلصت
نقصت في لم يخرج منها شي فصار ما خرج منها حسب الفضة وان كان كذلك لم يجز بيعها بالفضة الجيدة الا مثلا
بمثل. قال وبيع البهرجة والزيوف بالجياد لا يجوز الا مثلا بمثل وكذلك البهرجة بالبهرجة والزيوف بالزيوف
والبهرجة بالزيوف فان ذلك لا يجوز الا مثلا بمثل وزنا بوزن سوا وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد
روى عن ابي حنيفة الحسن بن زياد وذلك لان الزيوف والبهرجة الغالب عليها الفضة فهي في حكم الفضة
السودا. قال ابو الحسن رحمه الله والستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب الاكثر فاذا باع ستوقة
بجياد فالبيع يجوز على الاعتبار ان كان ما اشتري به الستوقة من الفضة اكثر مما في الستوقة جاز وكانت الفضة
بمثلها والفضل بالنحاس وان كانت الفضة الجيدة مثل ما في الستوق او اقل فسد البيع قال وهذا اعتبار قولهم
جميعا. قال في الجامع الكبير ورواه الحسن في كتاب الصرف عن ابي حنيفة وانما اعتبر الفضة التي في
الستوق لانها تخلص من الغش ويتميز كل واحد منهما من الاخر فلم يعتبر الغلبة. وقال الحسن عن ابي حنيفة
اذا اشترى مائة درهم ستوقة بخمسين درهما جيادا قال ان كان في الستوقة من النحاس ما له ثمن وكان
ما فيها من الفضة اقل وزنا من خمسين كان البيع جايزا وكذلك لو اشترى ذلك بخمسين درهما وهي مائة
وفيها من الفضة اقل من وزن خمسين وفيها نحاس له ثمن كان البيع جايزا وذلك لان البيع اذا جاز على
الاعتبار لم يكن بد من ان يكون المشتري فيه حتى يجعل في مقابلة زيادة الفضة. وقد قال محمد في الجامع
اذا كانت الدراهم ثلثاها صفر وثلثها فضة لا تقدر ان تخلص الفضة من الصفر او يحترق فلا باس ان يباع هذه الدراهم
بوزنها او باكثر من وزنها لانها بمنزلة الفلوس. وان بيعت بفضة اقل مما فيها من الفضة فلا خير فيه لان الصفر
يبقى بعينه شي وان لم يحرز مقدار ما فيها من الفضة فالبيع فاسد حتى يعلم. واذا كانت الدراهم ثلثاها فضة وثلثها
صفر فبيعت بمثل وزنها من الفضة البيضا جاز ذلك ولا يجوز بيعها بزيادة ولا نقصان فاعتبر الغلبة في
المسلمين. قال واذا كانت الدراهم نصفها فضة ونصفها صفرا فبيعت بمثل وزنها من الفضة البيضا
او باقل او باكثر فان كانت الفضة هي الغالبة فلا باس بان يباع بمثل وزنها من الفضة. ولا ينبغي ان يباع
باكثر من ذلك وان كان ليس شي من ذلك الغالب لصاحبه فلا باس بان يشترى بمثل وزنها من الفضة البيضا
ولا باس بان يباع ايضا باقل من وزنها من الفضة البيضا اذا علم ان الدراهم البيضا اكثر مما فيه من الفضة. فان
كانت الفضة البيضا مثل ما فيها او اقل او لا يدري فالبيع فاسد وكانه لم يغلب احد النوعين الاخر.

واعتبر كل واحد على حياله وكانه باع قطعة فضة وقطعة نحاس. وقد قال في الدراهم اذا كان اكثرها فضة
قال لا استقرض الا وزنا ولا اقضي الا وزنا ولا خير في بيعه الا عددا فاجراها مجرى الفضة الخالصة.
والعدالي كان ثلثاها صفرا وثلثها فضة فتبايعوا بها عددا بغير وزن وليس اصلها عندهم الوزن فلا باس
بها وهي بمنزلة الفلوس. وان كان اصلها الوزن فتبايعوا عددا فلا خير في ذلك الا ان يقول اشتري
منك بهذه الدراهم باعيانها هذا الثوب عددا على غير وزن فاذا قال ذلك فهو جايز. وان ابتاع
بها بغير وزن وهي بغير اعيانها فلا خير في ذلك لان الغالب اذا كان النحاس فهو بمنزلة الفلوس
وان اعتادوا بيعها عددا فقد خرجت من حد الوزن وان اعتادوا بيعها وزنا لم يجز ان يشتري بها
عددا لجهالة وزنها الا ترى ان فيها الثقيل والخفيف. وان كانت الدراهم نصفها فضة ونصفها
صفرا فلا ينبغي ان يتبايعوا بها ولا يشتروا بها الا وزنا الا ان يتبايعوا باعيانها وذلك لان احد
النوعين لما لم يغلب الاخر اعتبر في البيع الاحتياط ولم يجوز فيه الا وزنا.

باب الآنية ما يباع وزنا وما يفسد او ينقص

قال ابو الحسن رحمه الله واذا باع الرجل قلب فضة او ابريق فضة او غيره من آنية الفضة المصوغة على انها مائة
درهم بمائة درهم ثم وزن فوجد وزنه اقل او اكثر قبل ان يفترقا فالمشتري بالخيار اذا زاد وزنه ان شاء اخذه
بمثل وزنه وان شاء تركه. وكذلك ان كان ناقصا ان شاء اخذه بقدر وزنه وان شاء تركه وكذلك لو قال له
قد بعتك هذا الاناء على ان وزنه مائة بمائة كل درهم بدرهم فهذا والاول سوا. قال محمد وهذا قول ابي يوسف
ومحمد وهو قياس قول ابي حنيفة. وقال زفر البيع فاسد وهو قول الحسن. وجه قولهم ان الفضة لا
يجوز بيعها الا مثلا بمثل فلما قال بعتك هذا الاناء على انه مائة بمائة فكانه قال بعتك كل درهم بدرهم وظن انه
مائة فصح العقد ويكون مبيعا بمثل وزنه وانما يثبت الخيار لان المشتري لم يرض ان يلزمه اكثر من مائة
فاذا لزمه من طريق الحكم اكثر منها تغيرت الصفقة عليه فله الخيار. واما اذا نقص فلان الانسان يرغب
في الاناء اذا كان وزنه مائة ولا يرغب اذا نقص عنها فكان له الخيار. وجه قول زفر انه جعل
الثمن مائة والابريق اقل او اكثر فصار العقد ربا فلا يتغير بالزيادة والنقصان بعد ذلك. واما اذا
افترقا ثم وزنه فوجده مائة وخمسين فهو بالخيار ان شا اخذ ثلثيه بمائة وان شا ترك وذلك لان الثمن الذي
وجب عليه مثل وزنه فاذا افترقا قبل قبض بعضه صح العقد فيما قبض عوضه وبطل فيما لم يقبض والعقد
يجوز ان ينفذ في بعض الابريق وان يبقى فيه شي وليس كذلك اذا ظهرت الزيادة في الوزن قبل
الافتراق فقال المشتري انا اخذ من الابريق بوزن المائة لم يكن له ذلك. وقيل له اما ان تتم الثمن او تفسخ
العقد وذلك لان الصفقة لم تتم لعدم القبض فاذا اراد المشتري اخذ بعضه فرق الصفقة على البائع
في الاتمام وذلك لا يجوز. واما اذا افترقا بعد الافتراق فقد تم العقد بالقبض فالمشتري يفرق الصفقة
بعد تمام العقد. ولان الفسخ ثبت هاهنا من طريق الحكم وهناك لو ثبت لثبت بفعل المشتري وليس
للمشتري ان يدفع الزيادة بعد الافتراق لان ثمن الصرف لا يجوز قبضه بعد الفرقة من المجلس. واما
اذا وزنه فوجده ناقصا فان شا اخذه بالحصة وان شا ترك لانه لا يجوز ان يكون في مقابلة الثمن ورغبه
فيما زاد على الوزن مقبوض بغير حق فيجب رده وله الخيار لتبعيض الصفقة عليه. قال وان وجده
زايدا قبل التفرق فاختار المشتري ان ياخذ ثلثيه ورضي البائع بذلك جاز لانا منعناه من تفريق
الصفقة لحق البائع فاذا رضي فقد اسقط حقه بنفسه فجاز. قال وان اشترى اناء على ان فيه
عشرة دراهم بدينار فوجده اكثر من عشرة قبل التفرق او بعده فهو كله له وان وجده ناقصا قبل
التفرق او بعد التفرق فهو بالخيار ان شا اخذه بالدينار وان شا تركه وذلك لان التفاضل يجوز
بين الذهب والفضة وليس في الزيادة والنقصان الا فوت التماثل ولا خيار للبائع اذا كان زايدا لان
كل ما في تفريقه ضرر فالاوصاف فيه صفة وزيادة الصفة على ما شرط في العقد لا يثبت للبائع خيارا كمن
باع عبدا على انه اعور فوجده صحيحا. واما اذا وجده ناقصا فللمشتري الخيار لان الصفقة تفرقت عما
شرط في العقد فصار كوجود العيب. قال ابو الحسن وهذه الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وابي يوسف
وزفر وعن ابي يوسف قول غيره رواه ابن سماعة عنه في كتاب البيوع وقد ذكرناه في الجامع الصغير واجماعنا
ذلك ما قال ابو يوسف فيمن اشترى من رجل قلب فضة بدينار ان فيه عشرة دراهم فوجده خمسة عشر قبل ان
يتفرقا او بعد ما تفرقا فان هذا والاول الصفر في القياس سوا وليس عليه ان يزيد في الثمن شيئا ولكني ادع
القياس في الذهب والفضة ويكون المشتري بالخيار ان شا سلم له مثقاله بالدينار وكان للبائع الثلث وان
شا رده واخذ الدينار وهذا قبل الفرقة وبعد الفرقة سوا لان الزيادة لم يقع عليها بيع وانما الخيار
للمشتري من قبل ان القلب لم يسلم له كله فهو بمنزلة عيب وجده فيه. وجه القياس ما ذكرنا ان ما
في تبعيضه ضرر فالزيادة والنقصان فيه صفة كذرعان الثوب. وجه الاستحسان ان الوزن يتعلق

العقد على قدره اذا قابله جنسه كذلك اذا قابله غير جنسه كالنقره ه وليس كذلك آنية الصفر لان العقد لا يتعلق بوزنه
اذا قابله جنسه كذلك اذا قابله غير جنسه ؞ قال ابو الحسن ولو كان مكان الاناء نقره فضة اشتراها على ان
فيها عشره بعشرة او بدينار فوجدها عشرين قبل التفرق او بعد التفرق وقد تقابضا فله منها عشرة ولا خيار
لواحد منهما وذلك لان النقره لا يضرها تبعيضها فهي كالمكيل والموزون ؞ ولو باعه طعاما على انه
قفيز فوجده اكثر رد الزيادة كذلك هذا ه

باب بيع السيف المحلى والآنية وغير ذلك

قال ابو الحسن رحمه الله واذا باع الرجل سيفا محلى بفضة بدراهم اكثر وزنا مما في السيف من الحلية جاز البيع وكانت الحلية
بمثلها وزنها والفضل بالجفن والنصل والحمايل وذلك لان المماثلة في الفضة مستحقة لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة
مثلا بمثل فاذا صارت الفضة بمثلها كانت الزيادة بالنصل والجفن والحمايل وهذا على اصلنا في ان الثمن ينقسم القسمة
التي تودي الى تصحيح العقد ه قال فان كانت وزن الدراهم المشترى بها السيف مثل وزن الحلية او اقل
فالبيع فاسد لان المماثلة في الفضة مستحقة فيصير ما بقي فضة بفضة وزيادة النصل والجفن وذلك لا يجوز ه
قال فان لم يعلم ان الثمن مثل الحلية او اقل فالبيع فاسد لان المماثلة في الفضة مستحقة فيصير بعضا بفضة
وزيادة النصل والجفن وذلك لا يجوز ه قال فان لم يعلم ان الثمن مثل الحلية او اقل او اكثر حتى افترقا فالبيع باطل
وكذلك اذا اختلف التجار فقال بعضهم الثمن اكثر مما فيها وقال الاخرون هو مثله او اقل فان البيع باطل في قول
ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال زفر والحسن البيع جائز حتى يعلم ان الحلية مثل الثمن او اكثر ه وجه
قولهم ان المماثلة في الفضة شرط فاذا لم يعلم لم يوجد شرط العقد فلا يصح ؞ ولان الجهالة تعذر ها تجري مجرى
بيع الفضة بالفضة مجازفة وقد بينا ان ذلك لا يجوز وان علمت المماثلة في الثاني وجه قول زفر ان عقود
المسلمين محمولة على الصحة الا ان يعلم غير ذلك فما لم يعلم التفاضل فالعقد جايز ه واما اذا اختلف التجار
فليس الرجوع الى قول بعضهم باولى من الرجوع الى قول بعض فسقط قولهم ولم يصح العقد ه فان علم بعد
العقد قبل التفرق ان الدراهم اكثر من الحلية جاز العقد في قولهم لان حال المجلس كحال العقد فكانهما علما بالمماثلة
في الابتدا ه قال فان علم ان الدراهم اكثر من الحلية ثم افترقا قبل ان يتقابضا او يقبض احدهما ولم يقبض
الاخر فالبيع منتقض كله اذا كانت الحلية لا تتخلص من السيف الا بضرر وان كانت تتخلص بغير ضرر بطل البيع في الحلية
وجاز في السيف لان بيع السيف دون الحلية او بيع السيف اذا كانت تتخلص بغير ضرر يجوز وذلك لان الافتراق
يوجب بطلان البيع في حصة الحلية لانه صرف ولا يوجب بطلان البيع فيما سوى ذلك لانه ليس بصرف واذا
كانت تتميز من غير ضرر فابتدا العقد عليها دون الحلية يجوز وكذلك يجوز البقا واذا كانت لا تتميز الا بضرر لم يجز
ابتدا العقد عليها كذلك البقا كبيع ذراع من ثوب او جذع من سقف ه وان كان الحلي ذهبا والثمن دنانير فهو
مثل ما وصفت لك اذا كان الحلي فضة والشرى بالدراهم لان المماثلة في الذهب بالذهب مستحقة كالفضة
بالفضة ؞ وان كانت حلية السيف ذهبا فاشتراه بفضة او كانت الحلية فضة فاشتراه بذهب فذلك
جايز قليلا كان الثمن او كثيرا لان المماثلة غير مستحقة بين الذهب والفضة وانقسم الثمن على قدر القيمتين ه
فان تفرقا فجميع ما ذكرت لك قبل ان يتقابضا او يقبض احدهما ولم يقبض الاخر والثمن دنانير او دراهم وجنس
الحلية او غير جنسها بطل البيع في جميع السيف اذا كانت الحلية لا تتميز من السيف الا بضرر وذلك لان التقابض
مستحق في بيع الفضة بالذهب كاستحقاقه في بيع الفضة بالفضة ه قال وان وقع البيع منها على ان
الثمن موجل وهو من جنس الحلية او من غير جنسها وهو ذهب او فضة وافترقا على ذلك بطل البيع
في السيف كله كانت الحلية تتميز بضرر او بغير ضرر في قول ابي حنيفة وابي يوسف [illegible] وقال محمد
اذا كانت الحلية لا تخلص الا بضرر بطل البيع كله وان كانت تتميز بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل
في الحلية خاصة وكذلك ان تفرقا ولاحدهما خيار شرط في البيع ه اما اذا كانت لا تتميز الا بضرر فيفسد
البيع في الحلية بالتاجيل [illegible] فسد في السيف [illegible] لا يجوز افراده بالعقد ه واما اذا كانت تتميز فسد البيع في الجميع
عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الصفقة [illegible] الصحيح والفاسد والفساد في نفس المعقود عليه
واما على قول محمد فان الصفقة [illegible] بين الصحيح والفاسد فصح في الصحيح وبطل في الفاسد
وان كان الاجل [illegible] المشتري البايع [illegible] حصة الحلية من الثمن جاز البيع [illegible] وان يجعل الثمن
اسقاط الاجل [illegible] وقد ذكرنا [illegible] في المجلس صح العقد باسقاطه
الباب اذا افتضى الثمن مقدار وزن الحلية [illegible] القياس ان يبطل البيع والاستحسان ان يجوز
ويكون المقبوض من حصة الحلية [illegible] وجه القياس ان كل جزء من الثمن مقابل جزءا من المبيع فوجب ان يكون
المقبوض [illegible] حال العقد [illegible] فسد
الافتراق [illegible] حصة الحلية [illegible] وجه الاستحسان ان حصة الحلية يستحق قبضها في المجلس
وحصة السيف غير مستحق فينصرف [illegible] الحلية وجب [illegible] ان يقع عن المستحق الا ترى
انه لو باع ثوبا بعشرين عشرة موجلة وعشرة حالة ودفع اليه المشتري عشرة فقال البايع الذي عجلت لي
هي الموجل وقال المشتري المعجلة فالقول قوله لان المعجل هو المستحق ؞ ولان امور المسلمين محمولة على
الصحة ما امكن ولا يمكن حمل امرهما على الصحة الا ان يجعل المعجل حصة الصرف ؞ قال زفر فان قال هذا من نصفها كان من
حصة الحلية خاصة وذلك لانه يمكن ان يحمل على وجه صحيح لان اسم الاثنين يعبر به عن الواحد قال الله سبحانه
يخرج منهما اللولو والمرجان وانما يخرج اللولو من احدهما وقال العرب قال الله معشر الجن والانس الم ياتكم رسل
منكم وانما الرسل من الانس خاصة وقال النبي صلى الله عليه وسلم لمالك بن الحويرث ولابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما
وانما اراد ان يوذن احدهما فاذا احتمل اللفظ ذلك حمل على ما لا يودي الى الفساد والافتراق ه ولان
قوله نقدت هذا من ثمنهما بمنزلة قوله من جملة الثمن لان ثمنهما هو جميع الثمن ولو قال ذلك لصح العقد ه
قال ولو نقد بعض الثمن وقال هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع وذلك لانه نص وافصح
وازال الاحتمال فلم يمكن ان يحمل على الصحة ؞ ولا يقال اذا كان حصة الحلية مستحقة وجب ان يقع
المقبوض عن المستحق وان جعله عن غيره كالوفى هذه الوديعة وذلك لان المستحق هو الملك
الثمن فالقول قوله في التمليك وهذا الفصل لم يذكره محمد وانما ذكره ابو بكر الرازي قال الشيخ فان قال
هذا الذي عجلته حصة السيف كان عن الحلية وجاز البيع وذلك لان السيف اسم للجملة الا ترى ان الحلية
تدخل في بيع السيف على طريق التبع فكانه قال من هذه الجملة ؞ ولان الحلية لما لم يجز افرادها بالعقد
صار كانه نقد بعض الثمن وقال هذا من حصة العقد فيلغوا ذلك وليس هذا كمن باع ثوبا وقلبا بعشرة
وعجل حصة الثوب لان ذلك يصح افراده بالعقد فامكن تصحيح العقد فيه دون القلب ؞ وكان
ابو علي الشاشي يقول انه لما جعل المعجل من حصة السيف وذلك لا يمكن لان العقد لا يبقى فيه مع فساده
في الحلية فكانه قال عجلت ما يصح به العقد في السيف وذلك لا يكون الا ان يكون المعجل من الحلية
وعلى هذا ينبغي ان يكون ما ذكره ابو بكر في حصة النصل محمولا على ان النصل متميز عن الحلية ه

باب بيع الصرف مرابحة

قال ابو الحسن رحمه الله قال اصحابنا جميعا في ان اشترى دراهم بدراهم وزنا بوزن او آنية فضة بدراهم او آنية بآنية
مثلا بمثل واحدهما اجود من الاخر او ذهبا بذهب وزنا بوزن مثله وتقابضا لم يجز لاحدهما ان يبيع ما اشترى
مرابحة على وجه من الوجوه لان المرابحة نقل ما ملكه بالثمن الاول مع زيادة ربح وذلك فيه ربوا فلا يجوز
فان اشترى ذهبا بفضة مصوغا او مصوغا بمضروب او تبرا بمضروب او كيف تبيع شي من ذلك
بالاخر وتقابضا ثم باع احدهما ما اشترى من الفضة مرابحة بالدنانير او باع الذي اشترى بالذهب مرابحة
بالدراهم فذلك جايز عندهم جميعا ؞ قال رضي الله عنه وهذا على ثلثة اوجه اذا اشترى ذهبا بعشرة دراهم
فباعه بربح درهم جاز في قولهم لان بيع الذهب باحد عشر درهما يجوز على غير وجه المرابحة لذلك يجوز على وجه المرابحة
وان باعه بربح ثوب بعينه جاز في قولهم لانه باع الذهب بثوب وعشرة وذلك جايز ه وان باع الذهب
بربح ذهب كانه قال ابيعك هذا الدينار الذي اشتريته بعشرة بربح قيراطين لم يجز البيع في قول ابي يوسف
وجاز في قول محمد ؞ وكذلك ان باع الدينار بالعشرة بربح قيراطين جاز ؞ فان باعه بربح درهم لم يجز عند
ابي يوسف وجاز عند محمد وجه قول ابي يوسف انه اذا باع الدينار بربح قيراطين كانت القيراطان بمثلها من
الذهب الدينار والعشرة بقية الدينار فيكون بعضها راس مال وبعضها ربحا فيصير ما سمياه ربحا راس
مال وما سمياه راس مال بعضه ربح وهذا خلاف ما سمياه ولا يجوز ان يجعل راس ماله ذهبا فلم يصح العقد ه
وجه قول محمد ان المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح فكانه باعه الدينار بعشرة دراهم
وقيراطين ولو باع ذلك ولم يذكر المرابحة جاز ؞ قال وعلى هذا كل ما يدخل فيه الربوا اذا اشتراه بجنسه
لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة لان ذلك يودي الى التفاضل ه قال محمد في الاصل اذا اشترى سيفا محلى
بفضة بمائة درهم وحلية السيف خمسون درهما وتقابضا فهو جايز ه وان باعه مرابحة بعشرين درهما
او بده يازده او بربح ثوب بعينه فان ذلك لا يجوز والبيع باطل لان من حكم المرابحة ان ينقسم الربح على جميع
الثمن فيصيب كل جزء من الثمن جزءا من الربح واذا كان كذلك اصاب الحلية بعض الربح فصار ذلك ربوا
فبطل البيع فيه وبطل في السيف لانه لا يتخلص الا بضرر ؞ ولا يقال هلا جعلتم الربح في مقابلة السيف والجفن
حتى يودي الى صحة العقد لانهما دخلا في عقد مرابحة فلو نقلنا ذلك لصار بعض العقد مرابحة وبعضه
تولية وهما لم يدخلا في التولية ه ولا باع بربح ده يازده فاذا جعلنا الربح في حصة السيف كان ده دوازده
وهما لم يدخلا في التولية ه ولانه باع بربح ده يازده فاذا جعلنا الربح في حصة السيف كان ده دوازده وهما
لم يلتزما ذلك ولا يقال فهلا اثبتم حصة السيف والجفن من الربح واسقطتم حصة الحلية قلنا لان البايع
لم يرض ان يملك عليه السيف الا بمقدار من الثمن فلم يجز ان يستحق باقل منه وليس هذا كما لو باع السيف
مساومة بمائة وعشرين لانه لم يجعل لكل جزء من المبيع حصة من الربح فامكن ان يحمل العقد على وجه
الصحة ويجعل في مقابلة الفضة مثلها والباقي في مقابلة السيف ه

باب الزيادة في ثمن الصرف أو الحط عنه

قال أبو الحسن رحمه الله إذا اشترى الرجل من الرجل قلب فضة فيه عشرة بعشرة وتقابضا وتفرقا ثم لقيه بعد ذلك فحط
عنه درهما من الثمن أو زاده المشتري درهما فقبل الآخر ذلك فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف الحط والزيادة باطل
والعقد الأول صحيح وقال محمد الزيادة باطلة والعقد الأول صحيح والحط جائز وأجعله هبة مستقبلة فكأن البائع الذي حط
أو وهب لم يسلم ما حط كأنه لم يجب عليه وهذه المسألة فرع على اختلافهم في الزيادة الفاسدة إذا
ألحقاها بالعقد لحقت عند أبي حنيفة وأفسدته لأن العقد يحتمل الإلحاق فأما إذا ألحقا به زيادة فاسدة صار كأنهما ذكراها حال
العقد وإنما وقفت الزيادة والحط على القبول عنده لما في ذلك من فسخ العقد فلا يملكه أحد المتعاقدين إلا برضا الآخر
وأما أبو يوسف فمن أصله أن الزيادة الفاسدة لا تلحق العقد ولا تتعلق بها حكم فسقطت الزيادة وكذلك الحط
وأما محمد فوافق أبا يوسف في الأصل وخالفه في هذه المسألة فقال أما الزيادة فالزيادة لا يمكن حملها على وجه
صحيح فبطلت وأما الحط فلو كان في إلحاقه إفساد العقد جعل هبة مبتداة كحط جميع الثمن فكذلك هذا الحط
يكون مثله وإلحاق الحط في مسألتنا أخرجه من أن يكون ثمنا وإذا ثبت من أصل محمد أن الحط هبة مبتداة فإن قبضها جاز
وإن لم يقبضها لم يجبر عليها لأن الهبة لا يتعلق الاستحقاق بعقدها. قال ولو باعه عشرة دراهم بدينار
أو قلب فضة وزنه عشرة دراهم بدينار وتقابضا وتفرقا أو لم يتفرقا حتى زاد أحدهما صاحبه وقبل الذي زيد له الزيادة
فذلك جائز. فإن قبض الزيادة قبل أن يتفرقا جاز ذلك وكانت الزيادة كأنها في أصل البيع لأن التفاضل
يجوز في بيع الفضة بالذهب والذهب بالفضة والنسأ في الزيادة أكثر من التفاضل ويعتبر فيها القبض في مجلس
الزيادة لأنها من الصرف فإذا أوجبت لم يجز الافتراق إلا بعد قبضها. وإن افترقا قبل أن يقبض الزيادة
انتقض البيع في حصة الزيادة وقسم ما زاد فيه على الزيادة وعلى الذي بيع به أول مرة فجاز الذي بيع به
أول مرة بحصته من الثمن وبطلت الزيادة ورجعت حصة الزيادة إلى صاحبها فإن كان البيع وقع عليهما
جميعا فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر. قال محمد هذا كله قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وذلك
لأن الزيادة لحقت العقد فصارت ثمنا فإذا لم تقبض في المجلس بطل العقد في حصتها كأنهما تبايعا بالجملة ابتداء
وقبض بعضها دون بعض وليس هذا كالفصل الأول في قول أبي حنيفة لأن الزيادة لم تصح فإذا ألحقت
بالعقد بطل جميعه وفي مسألتنا قد صحت وإنما فسدت بالتفرق وفساد بعض العقد بعد صحته لا
يوجب فساد الجميع. قال ولو لم يزد واحد منهما صاحبه ولكن أحدهما حط عن صاحبه من ثمن الدينار
درهما أو من ثمن القلب فإن حط ذهبا فالحط جائز لازم في قولهم جميعا كان قبل التفرق أو بعده ويرد
الذي حط ما حط وذلك لازم لم يجبر عليه إذا كان قد قبض الثمن وذلك لأن الحط يؤدي إلى التفاضل
وذلك جائز بين الذهب والفضة فلحق العقد وتعلق به الاستحقاق وكأن العقد وقع على ما سواه
وقبض العاقد مقدار المحطوط بغير حق فيجبر على رده. قال وإن كان الحط فيما إذا ذهب فهو
شريك في الدينار لأن في تبعيض الدينار ضررا فإذا حط بعضه صار كأنه اشترى منه ما بقي. وقال
ابن سماعة عن محمد في نوادره سمعت محمدا قال في رجل اشترى من رجل سيفا بمائة درهم وحليته
خمسون درهما ونقده المائة وتفرقا ثم لقيه مشتري السيف فزاده دينارا في الثمن ثم دفعه إليه
قبل أن يفارقه أو بعد ما فارقه فإنه يجوز. قال محمد لأنه لما زاد الدينار كانت الزيادة في النصل والجفن
والحمائل وذلك لأن الزيادة تلحق العقد وتصير كالموجود فيه ولو باعه ابتداء بالأصل والزيادة جاز ذلك
إذا ألحق الزيادة به في الباقي. وليس هذا كبيع المرابحة والمواضعة لأن ذلك يقسم على جميع رأس
المال فلو ألحقناه بالسيف خاصة لصار بعض العقد مرابحة وبعضه تولية وبعض العقد مواضعة
وبعضه تولية فلذلك لم نجزه.

باب بيع الموزون بجنسه أو بخلاف جنسه

قال رضي الله عنه جملة ما ذكره في هذا الباب يدور على ما ذكرناه في باب الربوا وهو أن فساد العقد عند وجود
التفاضل يتعلق بزيادة كيل مع الجنس أو وزن مع الجنس فإذا وجد الوصفان جميعا حرم التفاضل والنسا
وإذا عدما جاز التفاضل والنسا وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر جاز التفاضل وحرم النسا إلا في مسألة
الاستحسان وهو إسلام الدراهم في الموزونات فإنهم جوزوه للإجماع وإذا خرج المبيع من الوزن لم يثبت
فيه الربوا كالحديد والصفر إذا ضربا آنية فإن الربوا فيهما ثابت لأنهما لا يخرجان بذلك عن الوزن في العادة
وقد كان أصحابنا يقولون إن ما خرج منها بالصنعة من حد الوزن سقط التفاضل فيه مثل الخواتم الصغار
النيسابورية والتمويه في الحديد والصفر الذي لا يتخلص منه.

باب بيع جنس من الوزن بجنسين منه أو بأحدهما

قال أصل هذا الباب أن قسمة أحد البدلين على الآخر في البيع لا فائدة فيه إلا تحصيل أحكام العقد وهي الرد
بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما فيه الشفعة فإن كان العقد مما لا ربوا فيه
قسم ما في إحدى الجنسين على الأخرى فإن كان ذلك مما لا يتفاوت قسم البدل فيه على الأجزاء وإن كان
مما يتفاوت قسم على القيمة. وأما ما فيه الربوا فإنه يقسم على الوجه الذي يصح معه العقد ولا يقسم
على الوجه المفسد لأن القسمة إنما تطلب لتحصيل أحكام العقد ولا تحصل أحكامه إلا مع صحته فلم يجز أن
نقسم قسمة بطلت بها الأحكام فيبطل بها العقد وأحكامه. فإذا كان كذلك فالقسمة فيما فيه الربوا على
ضربين أحدهما قسمة الاعتبار وهو أن يبيع الجنس بجنسه وغير جنسه الذي في مقابلته فيجعل الجنس بمثله في الوزن
إن كان موزونا أو في الكيل إذا كان مكيلا والفضل بالجنس الآخر وهذا كبيع عشرة دراهم بتسعة ودينار. وقال
الشافعي لا يصح هذا البيع لنا أن كل عقد جاز بيعها بجنسها وبغير جنسها كالثياب. ولأن أمور
المسلمين محمولة على الصحة والجواز ما أمكن حمل عقودهم على الجواز أولى من حملها على الربوا والبطلان.
قال والنوع الثاني من القسمة المخالفة بين البدلين وهو أن يبيع جنسين فيهما الربوا بجنسيهما وهناك
تفاضل مثل درهمين ودينار بدينارين ودرهم ومدي حنطة ومد شعير بمدين شعير ومد حنطة فالعقد
جائز عندنا ويجعل كل جنس في مقابلة الجنس الآخر وقال الشافعي البيع باطل لنا أن كل شيئين جاز بيع
كل واحد منهما جاز بيعهما بجنسهما وإن اختلف مقدارهما كالجص والنورة بالجص والنورة وكالحديد والصفر
بالصفر والحديد. قال أبو الحسن رحمه الله قال معلى عن أبي يوسف قال أبو حنيفة إذا باع مائة درهم ودينارا
بألف درهم فهو جائز لا بأس به وقال ابن أبي ليلى أكره هذا البيع لأنه خداع قال أبو يوسف آخذ بقول أبي حنيفة
وهذا على ما بينا من قسمة الاعتبار لأن المائة تجعل بمائة من الألف الأخرى لأن المساواة في الفضة مستحقة بالشرع
لقول النبي صلى الله عليه الفضة بالفضة مثلا بمثل فبقي الدينار بتسعمائة درهم فيجوز بيعه. وأما ابن أبي ليلى فلم
يسلك طريق الشافعي في هذه المسألة وإنما قال لا أجيز هذا البيع لأن الإنسان في العادة لا يقصد شراء دينار
بتسعمائة فيعلم أنه جعل جميع أحد البدلين في مقابلة البدل الآخر. قال عمرو بن أبي عمرو سألت محمدا عن نحاس في
الناس الفلوس التي تدخل مع الدراهم قال هو جائز في الحكم وأنا أكرهه قال قلت ما قول أبي حنيفة فيه
قال قال أبو حنيفة لا بأس به وإنما أراد هذه الدراهم التي أكثرها نحاس في الدينار بجنسها متفاضلا مثل
دراهم النحاس لأن الفلوس لا تنصرف مع الدراهم فإذا باع هذه الدراهم بجنسها متفاضلا جاز لأن النحاس يجعل
بالفضة والفضة بالنحاس. وأما محمد فإنه كره ذلك لأنها إذا جازت مع الدراهم وجوزنا التفاضل فيها
ألف الناس التفاضل في هذا النوع فاستعملوه فيما لا يجوز. قال وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم
ودينارا بعشرين درهما وتقابضا جاز وعشرة بمثلها والدينار بالفضل وهذا على ما بينا من قسمة الاعتبار
[illegible] دينار [illegible] ودرهم [illegible]
[illegible] المخالفة بين البدلين [illegible]
[illegible] مع الدينارين [illegible] ولو استحق الدرهمان [illegible]
[illegible] القسمة [illegible]
[illegible] الثوب والفضة [illegible]
[illegible] فإن تقابضا ثم افترقا قبل [illegible]
[illegible] عشرة بعشرة [illegible] الثوب [illegible]
[illegible] النحاس [illegible] قال أبو الحسن [illegible]
[illegible] النحاس والرصاص [illegible]
[illegible] الفضة [illegible] قال والأصل إذا اشترى رطل [illegible]
من نحاس بمثقال فضة ومثقال حديد [illegible]
بذلك الحديد [illegible] مثقال صفر ومثقال حديد [illegible] مثقال رصاص [illegible] والصفر بمثلها والرصاص
بما بقي. ولو باعه مثقال نحاس ومثقال حديد [illegible] بمثقال حديد ومثقال رصاص جاز [illegible]

ذكرنا من هذا او هذا كله والفضة والذهب في هذه الوجوه سوا يستويان ما سوى الفضة والذهب اذا كان عينا بعينه وافترقا من غير قبض جاز البيع قال وهذا على ما قدمناه من وجوب القسمة على الوجه المودي الى نفي الربوا. فاما التقابض فمعتبر في الصرف بكل حال ولا يعتبر فيما سواه اذا كان المعقود عليه عينا.

باب آخر من الرد بالعيب

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى الرجل اناء فضة او ابريقا او طستا او قلبا او غير ذلك من المصوغ وهو فضة بفضة او ذهب وتقابضا ثم وجد المشتري بما اشترى عيبا فله ان يرده ويرجع بالثمن وذلك لما قدمنا ان العقد يقتضي صحة المعقود عليه فاذا وجده معيبا فقد تغير مقتضى العقد ووجب الرد. فان هلك في يد المشتري او حدث به عيب آخر رجع بارش العيب ان كان الثمن ذهبا وذلك لانه اذا احدث به عيب تعذر الرد من طريق الحكم الا ترى انه خرج من ملك البايع معيبا بعيب واحد فلا يجوز ان يرده معيبا بعيبين. وكذلك اذا هلك تعذر الفسخ فيه وتعذر الرد من طريق الحكم يوجب الارش فاما به ليس فيه الربوا التفاضل وذلك يجوز في الذهب والفضة فان كان الثمن فضة دراهم او غير ذلك لم يرجع بشي لانه لو رجع بالارش لادى الى بيع الفضة باقل من وزنها واذا تعذر الرد ولم يجز اخذ الارش سقط الحق. فان قال البايع انا اقبله بعيبه قيل ذلك ويقال للمشتري ان شيت فامسكه ولا شي لك وان شيت فرده وخذ الثمن. وسوا في هذا الوجه ان كان الثمن ذهبا او فضة وذلك لان المنع من الرد مع حدوث العيب لحق البايع فاذا رضي فقد اسقط حقه فصار كانه لم يحدث هذا العيب فيقال للمشتري ان شيت فامسك البيع ولا شي لك وان شيت فرده. قال فان رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم افترقا قبل ان يقبض الثمن فالرد صحيح على حاله وله ان ياخذ الثمن من البايع وان كان الرد بغير قضاء قاض لم ينبغ للمشتري ان يفارقه حتى يقبض الثمن. فان فارقه قبل ذلك بطل الرد وعاد البيع الاول. ثم كان لان الرد اذا كان بقضاء فهو فسخ بدلالة ان الشي دخل في ملكه بغير قبوله ولا رضاه فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود. واما اذا كان الرد بغير قضاء فقد دخل الشي في ملكه بقبوله ورضاه فهو كعقد مستانف بينهما ولهذا لا يملك الرد على بايعه فيعتبر فيه التقابض. قال في الاصل اذا اشترى سيفا محلى بدراهم اكثر مما فيه وتقابضا وافترقا ثم وجد بالسيف عيبا في نصله او جفنه او حمايله او حليته فله ان يرده باي ذلك ما كان. فان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فانه ينبغي له ان لا يفارقه حتى يقبض الثمن. فان لم يقبل منه الا بقضاء قاض لم يضره ان يفارقه قبل قبض الثمن وهذا على ما بيناه. فان تقايلا البيع وقد وجد عيبا او لم يجد فالاقالة جايزة ان تقابضا قبل الفرقة. فان افترقا قبل القبض بطلت الاقالة وهذا قولهم جميعا والاقالة والبيع عندهم سوا. اما على قول ابي حنيفة فلان الاقالة فسخ في حقهما بيع في حق الغير فيعتبر فيها التقابض لحق الله تعالى لانها بيع في حقه. واما على قول ابي يوسف فالاقالة بيع بكل حال فهو ان يعتبر التقابض. واما عند محمد فلان عنده ان الاقالة اذا وقعت بجنس الثمن الاول فهو فسخ الا انهما متهمان في حق الله تعالى فيعتبر التقابض فيه لازالة التهمة. فان تقايلا والمبيع انا فباعه الذي ملكه بالاقالة قبل ان يقبضه من المشتري او غيره لم يجز ذلك في قول ابي يوسف رواه بشر بن الوليد عنه وقال محمد في الجامع الكبير اذا باعه من المشتري جاز وان باعه من غيره لم يجز وهذا فرع على اختلافهم في الاقالة فعند ابي يوسف انها بيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البايع ولا من غيره وعلى اصل محمد ان الاقالة فسخ والابريق مضمون في يد المشتري بنفسه فجاز بيعه منه كما يجوز بيع المغصوب من الغاصب ولا يجوز من غيره. قال ولو اشترى دينارا بعشرة دراهم وتقابضا ثم علم ان العشرة زيوف وقد انفقها وهو لا يعلم فلا شي له على بايع العشرة في قول ابي حنيفة ومحمد وله في قول ابي يوسف ان يرد عشرة زيوفا مثل الذي قبض ويرجع عليه بعشرة جياد ثمن الدينار وهذه المسئلة فرع على من له على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه ردية وهو لا يعلم بها فقبضها فانفقها قال ابو حنيفة لا يرجع بشي لانه لو رد مثل الزيوف ورجع بالجياد وقع الفسخ على غير ما وقع عليه العقد وذلك لا يصح ولا يمكن الرجوع بالنقصان لما في ذلك من الربوا واذا تعذر الفسخ ولم يجب له الارش سقط الحق واذا ثبت هذا الاصل قال في مسئلتنا الصرف يقع على مثلها في الذمة وانما يقبض عما في ذمته كمن قضى دينا عليه بزيوف جاز. واما ابو يوسف ومحمد فقالا ان حق صاحب الدين في الوزن والجودة وقد استوفى حقه من الوزن ولم يستوف حقه من الجودة ولا يمكن استيفاوه الا برد مثل المقبوض والرجوع بحقه. والظاهر من هذا ان محمدا مع ابي يوسف وقد ذكره ابو الحسن مع ابي حنيفة فاما ان عنه روايتان او يكون هذا غلطا في النقل لانه لا يمكن الفرق بين المسئلتين. قال ولو علم ان الدراهم ستوقة بعد الافتراق وقد هلكت في يده مستوقة فعليه قيمتها والصرف باطل ويرجع بالدينار وذلك لان الستوقة لا يقع بها الاقتضاء في ثمن الصرف فقد افترقا عن غير قبض فبطل الصرف ووجب رد الدينار وصار القابض للستوقة قابضا لها بغير حق عليه فيجب قيمتها وذلك لانه لا مثل لها. قال ومما يلحق بهذا الباب

ما قال في الرجل يشتري من الرجل دينارا بعشرة دراهم واقر بايع الدينار باستيفا ثمن الدينار ثم جا بدرهم فذكر انه زايف وانه مما قبض من ثمن الدينار وانكر مشتري الدينار ذلك فالقول قول المشتري لانه لما اقر باستيفا الثمن والثمن من جنس الجياد فقد صار مقرا باستيفا الجياد فلا يقبل رجوعه عن اقراره. وقد قالوا انه لو اقام بينة ان هذا الدرهم الزايف من جملة المقبوض لم تقبل بينته لانه اكذبها باقراره. ولو لم يكن اقر باستيفا ثمن الدينار ولكنه اقر بانه قبض العشرة كان القول قوله في الزيوف فان الدرهم اسم للجياد والزيوف وعن هذا وجهه في دراهم بعينه ولم يقر باستيفا الصفقة ان جاء بدرهم ستوق لم يقبل قوله لانه ليس من الدراهم وقد اقر بقبض الدراهم. وقد قالوا انه اذا اقر بقبض حقه لم يصدق في رد الزيوف لان حقه الجياد ومن اعترف بقبض الجياد لم يقبل قوله في رجوعه عنه. وكذلك اذا اقر انه قبض الثمن لان الثمن هو الجياد. وقال ابن سماعة عن محمد في رجل اشترى من رجل دينارا بعشرة دراهم وتقابضا ثم استحق رجل نصف الدينار فانه يرجع بنصف الدراهم ويكون للمشتري نصف الدينار ولا يكون له خيار في رد النصف الباقي لانه لا ضرر في هذا. وكذلك نقرة الفضة وكذلك لو وجد بايع الدينار نصف الدراهم ستوقة. وذلك لان الشركة في الدراهم والدنانير لا تعد عيبا الا ترى انها تنقسم لقيد عدم وان الزكي المشترك في جملتها عينا فكذلك في اجزايها. ولو اشترى رجل من رجل انا فضة وزنه عشرة دراهم وقيمته خمسة عشر لصياغته بعشرة دراهم وتقابضا ثم استحق نصف الانا فان مشتريه بالخيار ان شا رد النصف الباقي ورجع بالثمن وان شا رجع بنصف الثمن وامسك الباقي وذلك لان الشركة في الانا عيب فله ان يختار امساك النصف بعينه وله ان يرده. وقال هشام عن ابي يوسف فيمن باع دراهم بدينار فقال قد برئت اليك من كل عيب بهذه الدراهم فوجد فيها ستوقة قال لا يبرا. وان وجد فيها زيوفا يبرا لان الستوقة من غير جنس الدراهم وانما هو يبرا من عيب بالدراهم واما الزيوف فمن جنس الدراهم الا انها معيبة فيبرا من عيبها بالشرط. وقال هشام عن محمد في رجل في كفه دراهم فقال للصيرفي ابيعك هذه الدراهم واراه اياها بدينار فرضي بذلك فتقابضا وافترقا ثم قال للصيرفي في دراهمك زيوف قال يبدلها له لان روية العين لا تسقط خيار العيب فيها وان اشار فيه الى عين الدراهم فانما يقع عندنا على دراهم في الذمة فكانه اطلق الدرهم فليستحق الجياد. قال محمد كان ينبغي ان يقول هي زيوف لانه اذا قال ذلك فقد تبرا من عيبها. وقال ابن سماعة عن محمد في رجل اشترى من رجل دنانير بدراهم وقبض الدنانير فباعها من رجل آخر ودفعها اليه وقبض الدراهم منه ثم وجد بالدنانير عيبا فردها على بايعه الاوسط فقبلها البايع الاوسط بغير قضاء قاض كان له ان يردها بذلك العيب على بايعه الاول ولا يشبه الصرف في هذا العروض وذلك لان الدنانير لا يقع العقد على اعيانها وانما يقع على مثلها في الذمة ثم يقبض العين قضا عما في الذمة بدلالة انه لو ردها بعيب في المجلس لم ينفسخ الصرف واذا لم يملك المقبوض بالعقد وانما ملكه بالقبض انفسخ القبض فيها بالرد فعادت الى الملك الاول فكانه لم تعد اليه ان يردها. وليس كذلك العروض لانها تملك بالعقد فاذا ردها بغير قضا لم ينتقل الملك فيها بالرد وانما ينتقل بالتراضي وذلك عقد مبتدا بينهما. بين ذلك ان بايع العرض اذا امتنع من قبوله بالعيب لم يعد الى ملكه الا بقضا وبايع الدراهم يعود الى ملكه بالرد من غير امر. وقال في الاصل فيمن اشترى انا فضة ولم يشترط ان فضته جيدة ولا ردية فاذا هو غير فضة فانه لم يقع بينهما ملك ولا بيع ويرد ذلك لانه عدم الجنس المعقود عليه وعدم الجنس المعقود عليه يوجب فساد العقد. قال ولو كانت فضته سودا او حمرا فيها رصاص او صفر هو الذي افسدها فهو بالخيار لان الجنس موجود وبه عيب. قال فان كانت الفضة ردية من غير غش فيها فليس له ان يردها لان الردآة من غير غش ليس بعيب وانما هو جنس ولا يوجب رده.

باب في بيع الفلوس

قال ابو الحسن رحمه الله قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد الفلوس والدراهم والدنانير اثمان الاشيا لا تتعين في البيع وان شرط المتبايعان اعيانها وكان ما اوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه دينا في ذمته ولا يجبر واحد منهما على ان يسلم ما شرط من العين ان شا اعطى العين وان شا اعطى مثلها. وليس للمشتري منه ان يجبره على تسليم العين اليه والخيار في ذلك الى البايع دون المشتري وذلك لان الفلوس النافقة لا فايدة في تعيينها فصارت كالدراهم والدنانير واذا لم تتعين فالعاقد بالخيار ان شا سلم ما اشار اليه وان شا سلم غيره. وان هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها لانه لم يقع عليها. قال فان افترقا قبل ان يقبض احدهما وقد شرط كل واحد منهما عينا بطل البيع لانهما افترقا عن دين بدين وهذا على ما قدمنا ان العقد لا يتناول اعيانها. قال وان هلك ما عين كل واحد منهما قبل القبض والافتراق فالبيع على حاله. وكذلك ان استحقت او رد كل واحد منهما ما اشترى بعيب قبل القبض والافتراق فالبيع على حاله لان المستحق لم يقع العقد على عينه فاستحقاقه يبطل القبض فيه فيبقى ما في الذمة بحاله. فان تقابضا وافترقا ثم استحق ما في يد احدهما او رده بعيب فهو كذلك يرجع بمثله والبيع صحيح بحاله. وذلك لانه اذا استحق احد

المقبوضين فقد تفرقا عن عين بدين والافتراق عن عين بدين في الفلوس جائز لان التقابض فيها ليس بشرط كالصرف لانها ليست من جنس الدراهم والدنانير والتقابض في المجلس يختص بذلك. قال ولو كانت الفلوس سواء بالدراهم والدنانير او كانت الدراهم سواء بالدنانير او الدنانير سواء بالدراهم فهو سواء في جميع ذلك ما خلا الدراهم بالدراهم او بالدنانير فان ذلك صرف لابد من ان يتقابضا جميعا قبل ان يتفرقا. وانما يعني انها سواء في عدم التعيين وان العقد لا يبطل بالهلاك والاستحقاق قبل القبض. فاما التقابض فيعتبر في الصرف على ما بيناه ولا يجب في الفلوس لانها بمنزلة العروض. قال ولو كانت الفلوس بعضها بعينه اخذها فضل على الاخر فلا يصح البيع فيهما عند ابي حنيفة وابي يوسف الا ان يكون الكل عينا بعين فان كان احدهما بعينه والاخر بغير عينه فانه لا يجوز روى ذلك ابن سماعة وبشر بن الوليد وخلف بن ايوب وعلي الجعد عن ابي يوسف وقال محمد لا يجوز بيع الفلوس متفاضلا. وان اشترط عينا بعين لانها لا تتعين اذا عينت والكلام في هذه المسالة يقع في فصلين احدهما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما جاز البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز وجه قولهما ان في تعيينهما فايدة اذ الاثمان جنسها وهو ما يتعلق بالتعيين من صحة العقد فصارت كالعروض وجه قول محمد انها اثمان فلم تتعين كالدراهم واما اذا باع فلسا بفلسين بغير اعيانهما لم يجز في الرواية المشهورة عنهم وروي عن ابي يوسف انه يجوز وجه قولهم المشهور انها اذا لم تتعين وقع العقد على فلوس في الذمة والديات اذا التقابض في الذمة من جنس واحد صار احدهما قصاصا بالاخر ومتى صار احد الفلسين قصاصا بالاخر بقي الفلس الاخر ماخوذا بغير حق فلم يجز. وجه قول ابي يوسف ان ما جاز التفاضل فيه اذا كان عينا جاز وان لم يتعين كالمعدودات. وقال ابو حنيفة وابو يوسف اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما فهلك بعضها انفسخ العقد فيه لانها تعينت عندهما حتى صح العقد والتعيين اوجب فسخ العقد عند الهلاك ولذلك ان ردت بعيب او استحقت بطل البيع. فان كان باع بعضها ببعض غير متفاضل لم ينفسخ البيع بهلاكها لانها لا تتعين عند التساوي اذ لا فايدة في تعيينها واذا لم تتعين لم يبطل العقد بهلاكها. وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل اشترى من رجل فلسا بفلسين كان جايزا بعينه او بغير عينه. فان تقابضا قبل ان يفترقا فهو جايز وان تفرقا قبل ان يتقابضا بطل لانه دين بدين. فان قبض احدهما ولم يقبض الاخر فهو جايز وبعض الاخير ديناً وذلك لما بينا ان التقابض غير معتبر في الفلوس الا انها لم تتعين بالعقد فقد افترقا عن عين بدين والافتراق عن عين بدين في غير الصرف جائز. قال وله ان يدفع اليه الفلس الذي اخذه منه لان عليه فلسا وهذا فلس فله ان يدفعه وهذا صحيح لان العقد لم يقع على هذا الفلس المقبوض وانما وقع على فلس في الذمة فصار كمن اشترى فلسا بفلس ثم استقرض من البايع فلوسا وسلم اليه. وقد قال محمد في الاملاء اذا اشترى الرجل من الرجل فلوسا وتقابضا على ان كل واحد منهما بالخيار فيما باع وفيما اشترى ثم تفرقا على ذلك فالبيع فاسد وذلك لان القبض معتبر وشرط الخيار يمنع صحة القبض لان كل واحد منهما لا يملك ما قبضه. وان تقابضا واحدهما بالخيار ثلاثة ايام فيما باع والاخر لا خيار له فالبيع جائز وذلك لان شرط الخيار يمنع صحة القبض في احد البدلين وانما يعتبر في احدهما حتى لا يفترقا عن دين بدين. قال ولو كان احدهما قبض ما اشترى والاخر لم يقبض واشترط احدهما الخيار ثلاثة ايام ثم افترقا على ذلك فان كان الذي قبض ما اشترى هو الذي شرط الخيار فالبيع جائز فيما بينهما لانه قد ملك ما قبض فكانه قبضه بغير خيار وان كان اشترط الخيار الذي لم يقبض ما اشترى فالبيع فاسد لانه اذا شرط الخيار لم يملك ما قبض فيحصل الافتراق عن دين بدين. قال وهذا ينبغي ان يكون على اصل محمد خاصة لان الخيار المشروط لا يمنع دخول المبيع في ملكه على قوله وقول ابي يوسف فاما على قول ابي حنيفة فالخيار المشروط يمنع الملك في البدلين فيمنع صحة القبض ههنا. وينبغي على قول ابي حنيفة وابي يوسف في بيع الفلس بالفلسين باعيانهما ان يجوز شرط الخيار لانها تعينت عندهما بالتعيين فصارت كساير الاعيان فيجوز ان يشترط الخيار فيها. وذكر ابن شجاع عن الحسن عن زفر فيمن اشترى من رجل ماية فلس بدرهم وليس عند البايع فلوس ان البيع باطل وان اشترى ماية فلس بعينها بدرهم نسيه او نقدا فالبيع جائز فيقبضها قبل ان يفترقا او لم يقبض. فان استحقت قبل ان يقبضها او بعد ما قبضها انتقض البيع فيها. وان اشترى فلوسا بعينها بدرهم بعينه فاستحقت الفلوس انتقض العقد وان استحق الدرهم كان على المشتري درهم مكانه وهذا يقتضي من مذهب زفر ان الفلوس كالعروض تتعين بالعقد ولا يجوز بيعها بغير عينها في غير السلم. وقد قال زفر في رجل اشترى من رجل شيا من الفاكهة بفلوس بعينها ان البيع جائز ويجبر على ان يدفع ذلك بعينها وان استحقت الفلوس او كانت رديه كان عليه بدلها وهذا خروج عن اصله لانه كان يجب ان لا يجبر على دفعها بعينها اذا لم يبطل البيع بهلاكها. وقد انكر ابن شجاع هذا القول للمعنى الذي ذكرناه. وقال زفر في رجل قال لاخر ابيعك هذه الدراهم بماية فلس بغير اعيانها ان البيع فاسد فكان المحصل من قول زفر ان الفلوس كالحنطة اذا عينت تعينت واذا كانت في مقابلتها العروض ولم تعين كان ثمنا وان جعلت في مقابلتها الدراهم المعينة فهي مبيعة.

باب الاستقراض ما يجوز منه وما لا يجوز

قال ابو الحسن رحمه الله كل ما يكال او يوزن مما على مستهلكه مثله اذا استهلكه فقرضه جائز الدراهم والدنانير والفلوس والحنطة والشعير والارز وساير الحبوب وكذلك الادهان والزعفران والقطن والكتان وساير ما يباع مكايلة او موازنة بالقفيز والرطل فقرضه جائز وكذلك ما يعد لا يتفاوت تفاوتا كثيرا فقرضه جائز مثل الجوز والبيض. قال الشيخ رضي الله عنه وجملة هذا ان كل ما يجب على مستهلكه مثله فقرضه جائز لان القرض يوجب ضمان الشي بمثله. فما كان له مثل فضمان القرض فيه ممكن فجاز اقراضه وما لا يجب على مستهلكه مثله لا يوجد الضمان الذي يقتضيه القرض فيه فلا يصح اقراضه. وقال اصحابنا قرض الحيوان لا يجوز وقال الشافعي يجوز الا الجواري لنا انه لا يجب على متلفه مثله فلا يصح قرضه كالجواري والذي روي عنه صلى الله عليه انه استقرض بكرا وانما استقرض ذلك على بيت المال بدلالة انه شرط صلى الله عليه رده من الزكوة. ويجوز ان يكون استسلفه عليها. قال والاصل في جواز القرض قوله صلى الله عليه قرض مرتين صدقة مرة. وروي ان النبي عليه السلام اقترض دراهم فردها وارجح في الوزن فقال له المقرض انها ارجح من حقي فقال هكذا انزن وهو فعل المسلمين من غير خلاف. قال وكل قرض جر منفعة فانه لا يجوز لما روي عنه صلى الله عليه انه قال كل قرض جر منفعة فهو ربوا. ولان القرض تمليك الشي بمثله فاذا جر منفعة صار كانه استزاد في التمليك الذي يتعلق به الربوا وذلك لا يجوز. ولان المقصود منه التبرع والمنفعة تخرجه عن موضوعه. قال وانما يكره المنفعة التي توجبها القرض مثل ان يقرضه غلة على ان يرد صحاحا وذلك لان هذا الوصف وجبت المنفعة بالقرض وذلك ممنوع منه. واما اذا لم يشترط المنفعة فاعطى الذي عليه الحق اجود مما اخذ فلا باس لان المنفعة لم توجبها القرض وانما تبرع بها المستقرض فهي كالرجحان الذي دفعه النبي عليه السلام في بدل القرض. وروي عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان يستقرض فاذا اخرج عطاه اعطى اجود مما اخذ. وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اقرض ابي بن كعب مالا فاهدى اليه رطبا فرده فقال له ابي بن كعب ان هذا مالك ابعث من باخذه فقال عمر رد الينا هديتنا فرد الهديه لما ظن ان ذلك لاجل القرض فلما علم انه غير متعلق بالقرض اخذها. والذي حكي ان ابا حنيفة اقرض رجلا مالا ثم جا يقتضيه فلم يقف في ظل حايطه ووقف في الشمس حتى اخرج اليه المال فلا اصل له وابو حنيفة افقه من ذلك لان الوقوف تحت ظل الحايط ليس منفعة بالمال ولا اوجبها القرض ولو منع من ذلك لمنع من الجلوس في سراجه لانه انتفاع به وهذا لا اشتباه فيه.

فان اقرضه شيا مما يجوز فيه القرض الى اجل شرطه في نفس القرض فالاجل باطل والمال حال. وكذلك ان اقرضه بغير اجل ثم اخره بعد ذلك بما اقرض فالتاخير باطل وله ان ياخذه به حالا. وذلك لان العين المردود به في القرض قد جعلت في الحكم كانها نفس العين الماخوذة فلولا ذلك لكان تمليك دراهم بدراهم لم تقبض في المجلس واذا جعلت كالعين والتاجيل في الاعيان لا يصح ولان التاجيل يبطل معنى التبرع فيها فيصير كمن باع دراهم بدراهم نسيا واذا ثبت ان التاجيل لا يجوز ابتدا لم يلحق به لان الاجل الملحق في حكم المذكور في حال العقد. وقد قال اصحابنا ان السفاتج الذي يتعامل بها التجار مكروهة لانه يقرض دراهم بمثلها وينتفع باسقاط الخطر في الطريق فيصير في حكم القرض الذي يجر منفعة. وروي عن زينب امراة عبد الله انها قالت اعطاني رسول الله صلى الله عليه جدادا خمسين وسقا من تمر خيبر وعشرين وسقا من شعير فقال لي عاصم بن عدي اعطيك تمرا ها هنا واخذ منه تمرك بخيبر فقالت حتى اسال عن ذلك فسالت عمر بن الخطاب فنهاها عنه وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك. والذي روي عن ابن عباس انه كان يقرض بالمدينة على ان يرد بالكوفة. وعن ابن الزبير مثل ذلك فيحتمل ان يكون استقرض فيهما مطلقا ثم كتب السفتجة وهذا لا يكره عندنا وانما يكره ان ياخذ المال على ان يوديه في موضع كذا فتصير المنفعة مشروطة في العقد. ويجوز ان يكون ابن عباس فعل ذلك على اصله لان الربوا لا يثبت الا في النسيه ثم رجع عن ذلك. قال ابو الحسن رحمه الله روى معلى عن ابي يوسف ان قرض الخبز فاسد وكذلك قال ابو يوسف لا خير في قرض الخبز عددا وروى ابن رستم عن محمد عن ابي حنيفة انه كان لا يجيز السلم في الخبز ويكره قرضه لانه لا يوقف على حده. قال ابو الحسن رحمه الله قوله انه لا يوقف على حده دلالة على ان قرضه وزنا لا يجوز ولا اختلاف عن ابي حنيفة ان السلم في الخبز لا يجوز وروى هشام عن محمد انه لم ير بقرض الخبز باسا. وقال هشام ثم ادره سالت محمدا عن قرض الخبز وزنا فرايته يقرض ذلك واستعظمه وقال لا باس بقرضه عددا. اما السلم في الخبز فلا يجوز ذلك في قولهم جميعا لانه يختلف بالعجن والنضج وتعمله الخبز فمنه الثقيل ومنه الخفيف وفي كل واحد من ذلك غرض مقصود فلا يجوز السلم فيه مع التفاوت. واما القرض فوجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان السلم اوسع باب من القرض بدلالة ان الثياب يجوز السلم فيها ولا يجوز استقراضها فاذا لم يجز السلم في الخبز فالقرض اولى. وجه قول محمد

ان العادة قد جرت باستقراضه من غير نكير فجوزه للعادة ✽ قال هشام اخبرنا عبد الكريم الجرجاني عمن
ذكره عن ابرهيم انه سئل عن اهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون اصغر او اكبر قال لا باس به ✽ والذي ذكره
هشام عن محمد انه استعظم قرضه وزنا فقد حمله ابو الحسن رحمه الله على انه انما استعظم قول من قال لا يجوز
وزنا لان العادة قد جرت بالعدد فاذا جاز عددا فالوزن اولى ✽ واذا حملنا قول محمد على ظاهره فلان
القياس يمنع من جواز استقراضه وانما تركنا القياس للعادة ولم تجر العادة باستقراضه وزنا وانما جرت
بالعدد فيجوز من ذلك ما جرت العادة به والعادة لم تجز به وزنا ✽

باب استقراض الفلوس والدراهم المحمول عليها مثل البخارية

والغطريفية وغير ذلك ثم تكسد ✽ قال ابو الحسن رحمه الله واذا استقرض الرجل من الرجل دراهم
بخارية او طبرية او يزيدية او فلوسا في الحال التي ينفق فيها ثم كسدت فان بشر بن الوليد قال سمعت ابا يوسف قال عليه
قياس قول ابي حنيفة مثلها ولست اروي ذلك عنه والمزاوزية في الفلوس اذا اقترضها ثم كسدت ✽ قال ابو الحسن
لم يختلف عن ابي حنيفة في قرض الفلوس اذا كسدت ان عليه مثلها ✽ قال بشر وقال ابو يوسف عليه قيمتها
من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك اصنافها ✽ وقال محمد قيمتها اذا كسدت في اخر وقت نفاقها
فلان تكسد لابي حنيفة ان القرض تضمن بضمان المقبوض بمثله ورد المثل ممكن فلم يجز العدول الى قيمته ✽
ولان الكساد يوجب تغير سعرها وهذا المعنى لا يوجب الانتقال الى قيمتها كالرخص ✽ ولان كساد الفلوس
يخرجها من ان تكون ثمنا ولا يمنع من ابتداء استقراضها فاذا جاز ان يستقرضها بعد الكساد ابتداء فلان يجوز
البقاء اولى ✽ وجه قولهما ان الكساد يخرجها من حكم جنسها بدلالة انها كانت اثمانا فصارت في حكم العروض
فتعذر الرد على الوجه الذي وقع عليه القرض فوجبت القيمة ✽ ثم اختلفا في وقت القيمة بحسب اختلافهم
فيمن غصب ما له مثل كالفواكه فانقطع من ايدي الناس فقال ابو يوسف تجب قيمته يوم غصبه وقال محمد
اخر ما انقطع ✽ وهذه المسألة تجي في موضعها ✽ واذا ثبت من قول ابي حنيفة ان قرض الفلوس ما ذكرنا فالدراهم
البخارية فلوس على صفة مخصوصة والطبرية واليزيدية هي التي يغلب عليها الغش فتجري مجرى الفلوس
فلذلك قاسها ابو يوسف على الفلوس ✽ قال المعلى لو ان رجلا استقرض من رجل دراهم بخارية او دراهم
بخارا بجلفة فهو جائز وليس عليه في القرض مثل ما قبض ✽ فان التقيا في بلد لا يقدر فيه على البخارية اجله
في القرض قدر المسافة ذاهبا وجائيا حتى يعطيه مثلها ويستوثق منه ✽ وقال في موضع اخر اذا استقرض
دراهم بخارية فالتقيا في بلد لا ينفق فيه فعليه قيمتها من الذهب ✽ قال ابو الحسن رحمه الله المسألة الاولى محمولة
على انهما التقيا في بلد ينفق مثلها فيه ولم يوجد فاجله وفي المسألة الاخرى لا ينفق فيه فعليه قيمتها من الذهب
وذلك لانها اذا كانت نافقة فلم تتغير في الذمة فكان عليه ان ينظره امكان الاداء واذا لم ينفق فقد
تغيرت في الذمة فانتقل الى قيمتها ✽ قال وهذا الذي ذكره من التأجيل يجب ان يكون برضا صاحب الحق فان لم يرض
بذلك كان له القيمة لانه يلحقه ضرر بتأخير حقه فتعذر بعد وجوده فصار كالرطب اذا انقطع فان صاحب الحق بالخيار
ان شاء اخذ حقه وان شاء طالب بالقيمة ✽ وقال بشر سمعت ابا يوسف قال في رجل استقرض من رجل الف درهم
مكحلة او مزيفة وهي تنفق بين الناس اني اكره ذلك واكره انفاقها لانها فساد وغش للعامة وعلى المستقرض
مثلها ✽ فان نهي عنها فكسدت فعليه قيمتها من الذهب وذلك لان المكحلة والمزيفة دراهم فيها غش
ففي التصرف فيها تلبيس على الناس فكره لذلك واذا كسدت لزمه مثلها في القرض عند ابي حنيفة والقيمة
عند ابي يوسف ومحمد على اختلافهم في الفلوس وقد بيناه ✽ واذا اشترى مبيعا بفلوس كاسدة او بدراهم
طبرية او بخارية او مكحلة او مزيفة في موضع لا تنفق فالبيع فاسد اذا كانت بغير عينها وان كانت بعينها
جاز لانها اذا كسدت فهي في حكم العروض وفي الشرى بعروض بغير عينها لا يجوز ✽ واما اذا اشترى بها وهي
نافقة ثم كسدت فسد البيع في قول ابي حنيفة ✽ فان كان المبيع قائما بعينه رده المشتري على البائع وان
كان مستهلكا وجب قيمته وقال ابو يوسف ومحمد على المشتري قيمة الفلوس وعند ابي يوسف تجب
يوم الشرى وعند محمد اخر ما كانت نافقة ووجه قول ابي حنيفة ان الفلوس اذا كسدت صارت مبيعة بعد
ان كانت ثمنا والشرى بمبيع بغير عينه لا يجوز فيفسد العقد وعلى قولهما تثبت في الذمة ثم تعذر تسليمها
فصارت كالفاكهة اذا انقطعت من ايدي الناس فيعدل الى القيمة ✽ وقد قالوا فيمن له على رجل دراهم جياد فاخذ
منه مزيفة او مكحلة فرضي بذلك جاز لانه حط بعض حقه فكانه اخذ ناقصا في الوزن ✽ قال واكره ان
يرضى بذلك وان ينفقه وان يشتري به وان بين ذلك ✽ وكذلك الزيوف والنبهرجة والستوق اكره
انفاقها وان بين وان تجاوز بها البائع والمقتضي قبل ان في انفاقها ضررا على العامة وما كان ضررا عاما
فهو مكروه ليس فيه مصلحة ترى ان هذين الحاضرين قيل انما تحرز به عن التدليس على الجاهل به وعن
الفاجر الذي لا يتحرج ✽ قال ابو يوسف وكل شي من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغي ان يقطع
ويعاقب صاحبه اذا انفقه وهو يعرفه ✽ ✽

باب الصرف في دار الحرب

قال ابو الحسن رحمه الله واذا دخل الرجل المسلم دار الحرب بامان او كان اسيرا في ايديهم او رجل اسلم من اهل دار الحرب
وهو مقيم فباع احد ممن ذكرنا من اهل الحرب درهما بدرهمين او دينارا بدينارين وكان ذلك نقدا او نسيئة فان البيع جائز عند
ابي حنيفة ومحمد وكذلك الذمي يدخل اليهم بامان وقال ابو يوسف لا يجوز للمسلم في دار الحرب الا ما يجوز له في دار
الاسلام وجه قولهما ما روى مكحول ان النبي عليه السلام قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب والمرسل عندنا من
الثقة كالمتصل في جواز الاحتجاج به وروي ان النبي صلى الله عليه خطب بمكة فقال كل ماثرة ودم كان في الجاهلية
فهو موضوع تحت قدمي واول ربوا اضعه ربا العباس بن عبد المطلب وقد كان العباس اربى بمكة فابطل النبي عليه السلام
من ذلك ما لم يقبض ولم يتعرض لما قبض فدل على ان الربوا في دار الحرب بين المسلم والحربي جايز ✽ ولان مال
الحربي على اصل الاباحة بدلالة ان من اتلفه لم يكن عليه ضمانه ومن اخذه ملكه وانما منع المسلم من اخذه لما فيه من خفر
الامان فاذا عاقدهم فقد تراضوا من الخفر الامان وصار اخذا لماله على حكم الاباحة فكانه تغلب بعقد اخذه وعلى
هذا اذا اعطى المسلم درهمين بدرهم جاز لان الدفع لماله متعلق بالبيع صار كانه وهب للحربي درهمين ووهب
له الحربي درهما ✽ لابي يوسف انه عقد لا يجوز بين المسلمين فلا يجوز بين المسلم والحربي كما لو كانا في
دار الاسلام وهذا لا يصح لان الحربي اذا دخل الينا بامان صار ماله محظورا فما يوخذ منه انما يوخذ بحكم العقد
فلا يجوز فيه التفاضل ✽ واما اذا اسلم الحربي ولم يخرج الى دار الاسلام حتى بايعه المسلم درهما بدرهمين
جاز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وهذا فرع على اختلافهم في حكم ماله فعند ابي حنيفة
انه على حكم الاباحة ما لم يحرزه بدار الاسلام ولهذا لو اتلفه متلف لم يلزمه الضمان فصار كالحربي وعلى
قولهما ماله محظور بالاسلام ولو اتلفه متلف وجب عليه ضمانه فصار كالمسلم التاجر اذا دخل الحرب ✽ قال
ولو دخل رجلان من المسلمين الى دار الحرب بامان فباع احدهما من الاخر درهما بدرهمين لم يجز لانه انما ياخذه بحكم
العقد فلا يجوز الا ما يجوز في دار الاسلام ✽ قال فان اسلم اهل الحرب او اسلم الحربي الذي بايع المسلم وخرج
الى دار الاسلام فما كان من ربوا مقبوض او بيع فاسد مقبوض خمرا او خنزيرا او ميتة باعهم المسلم ذلك
واخذ اموالهم فقد تكاثر ما مضى وما كان غير مقبوض فبطل البيع فيه ✽ وكذلك ان صار اهل الدار ذمة
للمسلمين جاز فيما قبض ولم يجز فيما لم يقبض ✽ قال والاصل في ذلك ان تحريم الربوا لما نزل اجاز
النبي عليه السلام ما قبض وابطل ما لم يقبض ✽ وقد دل على ذلك قوله سبحانه يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما
بقي من الربوا ✽ قال ابن جريج كانت ثقيف قد صالحت النبي عليه السلام على ان ما لهم من الربوا على الناس فهو
لهم وما كان للناس من ربوا عليهم فهو موضوع فلما كان الفتح استعمل عتاب بن اسيد على مكة وكانت
بنو عمرو بن عمير بن عوف ياخذون الربوا من بني المغيرة وكانت بنو المغيرة يربون لهم في الجاهلية فجا
الاسلام ولهم عليهم مال كثير فاتاهم بنو عمرو يطلبون رباهم فابى بنو المغيرة ان يعطوهم في الاسلام
ورفعوا في ذلك الى عتاب بن اسيد فكتب عتاب الى رسول الله صلى الله عليه فنزلت يا ايها الذين امنوا
اتقوا الله وذروا ما بقي من الربوا الاية فكتب بها النبي عليه السلام الى عتاب بن اسيد وقال ان رضوا والا
فاذنهم بحرب ✽ قال ابن جريج قال ابن عباس فاذنوا بحرب فاستيقنوا بحرب من الله ورسوله ✽ قال
واهل الذمة في مبايعة اهل الحرب واهل الاسلام سوا لان الذمي من اهل دار الاسلام فهو
ماخوذ باحكامهم الا ما خصه دليل ✽ قال وما بطل من بيوع المسلمين بطل من بيوع اهل الذمة
الا خصلتين بيع الخمر والخنزير فان بيع اهل الذمة ذلك بعضهم من بعض جائز كما يجوز ذلك في دار
الاسلام وذلك لان التصرف في الخمر والخنزير استثني لهم بعقد الامان وما سواه حكمهم وحكم
المسلمين فيه سوا ✽ وقد روي ان النبي صلى الله عليه كتب الى مجوس هجر اما ان تذروا الربوا او تاذنوا
بحرب من الله ورسوله فدل على ان الذمي يحرم عليه الربوا كالمسلم لما امرهم بترك الربوا ✽ قال
ومن هذا النوع بيع المولى من عبده اذا لم يكن عليه دين درهما بدرهمين يجوز وذلك لانه بيع ماله
بعضه ببعض فلا يكون ما ياخذه بحكم العقد فلا يمنع منه ✽ وان كان على العبد دين لم يجز ان ياخذ
منه درهمين بدرهم لان حق الغرما متعلق بماله فكانه اخذ درهما بغير عوض وان اعطاه درهمين
بدرهم لم يجز ايضا لانه ليس بعقد في الحقيقة فصار كانه وهب من عبده درهمين واخذ درهما
فلا يجوز ذلك لحق الغرما ✽ واما بيع المولى من مكاتبه فلا يجوز درهم بدرهمين لان المكاتب
احق باكسابه من المولى فصار كالاجنبي ✽ وقد قالوا في المتفاوضين اذا باع احدهما درهما
بدرهمين جاز لان ما يشتريه كل واحد منهما يشتريه للشركة فكانه بيع المال بعضه ببعض ✽
وكذلك شريكا العنان اذا باع احدهما من الاخر درهما بدرهمين من مال الشركة ✽ وان كان من غير
مال الشركة لم يجز لانهما في غير مال الشركة كالاجنبيين فلا يجوز ذلك ✽

باب الوكالة في الصرف وما في معناها

قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا وكل رجل رجلا بصرف بيع أو شراء فإنه لا يجوز من ذلك للوكيل إلا ما يجوز له لو كان مشتريا لنفسه في جميع ما ذكرت لك من وجوه الصرف مما يجوز أو يبطل؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل عندنا فكأنه عقد لنفسه. قال: وكذلك الحاكم يفعل ذلك لليتيم أو يوكل من يفعل له، وكذلك أمين القاضي في تركة الميت؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالحاكم وبأمينه إلا أن الضمان لا يلزمهم نصا، والذي تتعلق الحقوق كالوكيل. وكذلك الأب يبيع لابنه من أجنبي أو يشتري له، وكذلك الوصي، لأن الحقوق تتعلق بهما. وكذلك الأب إذا اشترى من مال ابنه لنفسه فإنه يجوز من ذلك ما يجوز بين الأجنبيين، لأنه لا يملك مال ابنه ولا يجوز أخذه بغير عوض. وكذلك المضارب إذا باع من رب المال شيئا لأن المضارب متعلق بمال المضاربة فيجعل مالكه كالأجنبي، وبالله التوفيق.

تم كتاب الصرف ولله الحمد والمنة والصلوة على محمد وآله. تلوه كتاب الرهن

كتاب الرهن

قال الشيخ رضي الله عنه: الرهن في الشرع عقد وثيقة بمال، وينفصل عن الكفالة والحوالة لأنها عقد وثيقة بذمته، وينفصل من المبيع في يد البائع لأنه وثيقة. والأصل في جواز الرهن قوله سبحانه: فرهان مقبوضة. وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه مات ودرعه مرهونة بوسق من شعير. وروى ابن عباس وأنس قالا: كان للنبي عليه السلام درع عند يهودي فما وجد ما يفتكه حتى توفي. ولأنه صلى الله عليه بعث والناس يرهنون فأقرهم على ذلك، ولا خلاف في جواز الرهن في الجملة. ولأنه نوع عقد فكان فيه ما يصح كسائر العقود. وقال أصحابنا: يجوز الرهن في السفر والحضر، ومن الناس من قال: لا يجوز إلا في السفر. لنا حديث عائشة أن النبي صلى الله عليه استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه درعه. ولأن كل عقد جاز في السفر جاز في الحضر كعقد البيع. وقوله سبحانه: وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة، فإنما خص السفر لأن الغالب أن الإنسان لا يتمكن فيه من الشهود فيستوثق بالرهن، وفي الحضر يتمكن من الاستيثاق بالشهود، فلذلك لم يذكر الرهن فيه. قال: ومن شرط الرهن القبض عندنا، وعند مالك يصح بالإيجاب والقبول. لنا قوله سبحانه: فرهان مقبوضة، فجعل القبض من صفات الرهن، وهذا يقتضي أن يوجد معه هذه الصفة. ولأنه عقد تبرع بدلالة أن الإنسان لا يجبر عليه ولا يتعلق الاستحقاق به إلا بمعنى ينضم إليه كالوصية. ولأن الراهن لو مات قبل أن يقبض لم يجبر ورثته على القبض، فلو تعلق الاستحقاق بعقده لزم ورثته كالبيع. قال: ولا يجوز إلا مقبوضا محوزا متميزا مفرغا من غيره غير متعلق بالمرتهن عليه عقد الرهن. قال: والكلام في الحيازة يتعين في رهن المشاع، فعندنا لا يصح، وقال الشافعي: يصح. لنا أنه عقد وثيقة ليس فيه معنى التمليك فلا ينعقد في المشاع كالكفالة بالنفس. ولأن يد المرتهن تصير مستحقة كيد البائع بمعنى قارن العقد يحق للملك، فصار كما لو رهنه يوما ويوما لا. قال: وهذه المسألة مبنية على استدامة قبض الرهن من حقوق المرتهن، لا يجوز للراهن الانتفاع به ولا إجارته. قال: والدليل على ذلك أن المقصود منه الوثيقة، وذلك لا يكون إلا باستدامة القبض، بدلالة أن العادة جرت أن الناس يرهنون ويحبسون الرهن. ولأنه عقد من شرط صحته القبض، فكان استدامة القبض حقا للقابض كالهبة. وإذا ثبت أن استدامة القبض من حقوق المرتهن، ورهن المشاع ينعقد مع فقد الاستدامة، فلم ينعقد العقد مع مقارنة ما ينفي المقصود منه. وقد قال أصحابنا: إن رهن المشاع لا يجوز فيما يقسم وفيما لا يقسم، وذلك لأن الإشاعة تؤثر لأنها تمنع استدامة القبض، وهذا المعنى موجود في الجميع. وفرقوا في الهبة بين ما يمكن قسمته وما لا يمكن، لأن المانع من هبة المشاع أن الواهب فرط في التسليم الذي يصح به الهبة لأنه كان يقدر على القسمة ليسلم تسليما صحيحا، وهذا المعنى لا يوجد فيما لا يقسم. وقالوا في رهن المشاع: لا يجوز من الشريك، وكذلك هبة المشاع. وجوز أبو حنيفة إجارة المشاع من الشريك في الرواية المشهورة؛ لأن المانع من الرهن عدم استدامة القبض، وهذا المعنى موجود في الرهن من الشريك، لأن المرتهن يمسكه يوما رهنا ويستخدمه يوما وليس برهن. والمانع من الهبة التفريط في الإقباض، وهذا موجود في الشريك. والمانع من الإجارة أن المستأجر لا يتمكن من استيفاء ما اقتضاه العقد إلا بالمهاياة، وهذا المعنى لا يوجد في الشريك. وأما الإشاعة الطارية فقد ذكر في كتاب الرهن أنها تمنع من الرهن، وصورتها أن يوكل الراهن العدل أن يبيع الرهن كيف رأى مجتمعا ومتفرقا فيبيع بعض الرهن، أو يرهن قلبا فيه عشرون درهما بعشرة دراهم فينكسر فيضمن نصف القلب وهو حصة المضمون، ويبقى حصة الأمانة رهنا فينقطع حتى لا يكون مشاعا. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه رجع عن هذا وقال: إن الإشاعة الطارية لا تمنع صحة الرهن كما لا تمنع بقاء الهبة. وجه رواية الأصل أن الإشاعة تؤثر في الابتداء لأنها تمنع من استدامة قبض المرتهن، وهذا المعنى موجود في الإشاعة الطارية. وليس كذلك الهبة، لأن الإشاعة فيها تمنع لتأثيرها في القبض، واستدامة القبض ليس بشرط. بين الفرق بينهما أن الواهب لو رجع في بعض الهبة بقيت الهبة في الباقي، ولو اتفق الراهن والمرتهن على رد بعض الرهن وأرادا تبقية العقد في الباقي لم يجز. وجه رواية ابن سماعة أن حكم البقاء أوسع من حكم الابتداء، ألا ترى أن العدل يبيع الرهن فيصير الثمن في ذمة المشتري رهنا، ولو رهنه في الابتداء دينا لم يجز، فكذلك لا يمتنع أن يصح الرهن في المشاع في حال البقاء وإن لم يصح في حال الابتداء. ولأنه عقد من شرط صحته القبض، والإشاعة الطارية لا تؤثر فيه كالهبة.

قال: ولا يجوز رهن ثمرة في نخل ولا كرم ولا شجر حتى يجوز ويسلم إلى المرتهن، ولا يرتهن ذلك دون ثمرته، ولا رهنهما دون الأرض، ولا رهن نخل ولا كرم ولا شجر في أرض دون الأرض، وكذلك إن زرع أرضا فرهن الزرع دون الأرض أو رهن الأرض دون الزرع. ولا يجوز رهن الأرض دون ما فيها من شجر أو نخل أو كرم؛ وذلك لأنه إذا رهن أحدهما دون الآخر فالرهن متصل بما ليس برهن منفصل عنه فلا يجوز كرهن المشاع. وإذا رهن الأرض دون ذلك فالرهن مشغول بما ليس برهن، فلا يصح القبض فيه فلم يصح الرهن. فإن رهن الشجر أو النخل أو الكرم بمواضعه من الأرض جاز ذلك عندهم جميعا، لأنه إذا رهنه بموضعه فقد رهن بقعة محوزة بما فيها من الشجر، وإنما هي مجاورة لبقية الأرض، ومجاورة الرهن لغيره لا تمنع صحة الرهن. وإن كان في ذلك ثمر دخل في الرهن، لأن العقد لا يصح على النخل دون الثمر، ودخوله في العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه، وقد قصدا إلى عقد صحيح فدخل فيه ما لا يصح إلا به. وليس كذلك إذا باع النخل، لأن بيعه دون النخل يصح، فلم يكن بنا حاجة إلى إدخال الثمر فيه بغير تسمية. وإذا رهن أرضا فيها نخل أو شجر أو كرم فقال: قد رهنتك الأرض دون الشجر والنخل والكرم، فإن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة أن ذلك جائز، وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: الرهن باطل. ووجهه أن الرهن مشغول بما ليس برهن فصار كرهن الأرض التي فيها متاع الراهن. وقال الحسن في روايته: إنه لو رهن الأرض دون البناء لم يصح لأن الرهن مشغول بالبناء، فكذلك هو مشغول بالشجر والنخل. وجه رواية الحسن أن النخل عبارة عن البدن مع مكانه، والشجر عبارة عن الخشب مع موضعه، ألا ترى أنه بغير موضعه جذع وليس بنخل. وكذلك إذا استثنى النخل بمكانه من الأرض فيصير راهنا لما سواه، وذلك جائز. وليس كذلك إذا استثنى البناء لأنها عبارة عن الآلة دون مكانها، فدخل مكانها في الرهن وهو مشغول بها فلا يصح. وأما إذا رهن الأرض واستثنى النخل بمواضعه جاز في قولهم، لأنه رهن ما سواه، وذلك بقعة محوزة مجاورة لمكان النخل فيصح فيها الرهن. وإن رهن بيتا من دار بعينه أو طائفة من دار جاز عندهم، لأنه رهن بقعة محوزة فجاز. وإن قال: رهنتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذه القرية، وأطلق القول إطلاقا ولم يخص شيئا دون شيء، دخل البناء والشجر والنخل والكرم الذي في الأرض في الرهن. وكذلك يدخل الزرع والرطبة في الأرض في الرهن. أما البناء والغرس فيدخل في البيع وإن لم يتوقف صحة البيع إلى دخوله، ولأن يدخل في الرهن وصحته تقف على دخوله أولى. وأما الزرع والرطبة فلا يدخلان في البيع ويدخلان في الرهن، لما بينا في الثمرة أن الرهن لا يصح دونه، ودخولها فيه لا يخرجه من ملك الراهن، فلذلك دخل تصحيحا للعقد. وإذا رهن الأرض بما فيها أو الدار ثم استحق بعض الرهن نظرت فيما بقي، فإن كان يجوز ابتداء الرهن عليه [illegible] لا يجوز عليه بطل الرهن كله، وذلك لأن الاستحقاق نعلم به أن المستحق لم يدخل في الرهن فصار راهنا لما بقي، فإن جاز إفراده بالرهن صح الرهن، وإلا لم يجز. ومن هذا النوع قال الحسن عن أبي حنيفة: إن رهنه دارا والراهن والمرتهن في جوفها فقال: سلمتها إليك ودفعتها إليك رهنا، وقال المرتهن: قد قبلت، لم يكن رهنا حتى يخرج الراهن من الدار. فإن خرج من الدار بعد ذلك لم يتم الرهن إلا أن يقول الراهن: قد سلمتها إليك بعد ما خرج من الدار؛ وذلك لأنهما إذا كانا في الدار فيد الراهن ثابتة فيها فلم يصح تسليمه إلى المرتهن، وإذا لم يصح ذلك التسليم حتى خرج احتاج إلى تجديد تسليم آخر. وإن كان في الدار متاع قليل أو كثير أو ثياب أو حب أو شيء مما ينتفع به، ثم سلم الدار رهنا وذلك فيها، لم يتم الرهن حتى يفرغ ذلك منها، لأن الدار مشغولة بما فيها وذلك يمنع من تسليمها. قال: ولو رهنه الدار وما فيها وخلى بينه وبينها وهو خارج منها تم الرهن، وذلك لأن ما فيها يصح رهنه، فإذا دخل في الرهن لم يمنع من صحة القبض في الدار. ولا يقال: أدخلتم المتاع في الرهن وإن لم يسمه طلبا لتصحيح العقد كما أدخلتم الثمرة والزرع؛ وذلك لأن الثمرة والزرع في حكم التابع للنخل والأرض، ألا ترى أنه لو باعها بحق قليل وكثير هو فيها دخل في البيع، والمتاع ليس من حقوقها، ولا يجوز أن يدخل من غير تسمية. ولو رهنه دابة عليها حمل لم يتم الرهن حتى يلقي الحمل عنها ويدفعها، وذلك لأنها مشغولة بالحمل كتشغل الدار بالمتاع. وإن رهنه الحمل دون الدابة ودفعها إليه بالحمل كان ذلك رهنا تاما في الحمل، لأن الرهن ليس بمشغول بغيره ولا هو تابع له، فصار كرهن متاع في دار خلى بينه وبينه. وإن رهنه سرجا على دابة أو لجاما في رأس الدابة أو رسنا في رأسها ودفع إليه الدابة بالسرج واللجام والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه من الدابة ثم يقبضه فيتم فيه الرهن. وهذا كله على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف وزفر؛ وذلك لأن السرج واللجام من توابع الدابة فلا يصح إفراده عنها بالرهن كثمرة النخل، ولهذا قالوا: لو رهنه دابة عليها سرج أو لجام ورسن فذلك كله للراهن دخل في الرهن، لأنه من توابعها ولا يصح إفرادها دونه. وقال ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف: لو أن رجلا رهن رجلا صوفا على ظهر غنم لم يجز ذلك إلا أن يجزه ويقبضه، ولو كان قبض الغنم والصوف على ظهرها لم يجز الرهن لأنها متصل بما ليس برهن فصار كالثمرة. وإن رهنه وعاء من الأوعية وفيه متاع للراهن لم يفرغه ويقبضه

المرتهن بالمتاع لم يكن رهنا ولم يجز وهذا البيت رهنه وهو مملوء طعاما للراهن هـ قال ولو رهنه ما في البيت
ثم خلى بينه وبينه فان حمله المرتهن فهو قبض وان لم يحمله المرتهن فليس بقبض لانه ليس كذلك قبض الرهن كقبض
الشرا او قبض الهبة والصدقة مثل قبض الرهن ولم يجعل ابو يوسف التخلية قبضا في الرهن حتى يوجد
النقل والتحويل والمشهور عنهم خلاف ذلك لان القبض اذا حصل بحكم عقد اعتبر فيه التخلية كقبض المبيع ووجه قول
لابي يوسف ان الاستحقاق في الرهن لما تعلق بالقبض وقد تقدمه اعتبر فيه النقل والتحويل كقبض الغصب

باب جعل الرهن على يدي عدل

قال ابو الحسن رحمه الله قال اصحابنا جميعا ان وقع عقد الرهن بين رجلين على ان يجعلاه على يدي عدل بينهما فهو جايز
وهو مقبوض وقبض المرتهن وقبض العدل بمنزلة واحده في صحة الرهن وقال ابن ابي ليلى لا يصح الرهن بقبض العدل
وهو كرهن لم يقبض لنا ان القبض حق من حقوق المرتهن فملك ان يستوفيه بنفسه فملك ان يستوفيه
بغيره كسائر حقوقه ولان يد العدل قايمه مقام يد البايع لذلك يد العدل قايمه مقام يد المرتهن وهما
استويا في المعنى لان العدل ممسك المبيع لحق البايع حتى يستوفي ثمنه فقام يده مقام يده والعدل في
الرهن ممسك لحق المرتهن حتى يستوفي دينه فقامت يده مقام يده هـ وروى ابن سماعه عن محمد ان البايع
اذا امتنع من تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن فاتفقا على وضعه في يدي عدل قامت يد العدل مقام يد البايع
لانه لما لم يسلم الى المشتري لم يرض بازالة يده عن المبيع ؛ فان هلك المبيع انفسخ البيع هـ فان ترك
التسليم الى المشتري فاتفقا على وضعه على يدي عدل قامت يد العدل مقام يد المشتري مثل مسئلتنا
فعلى هذا لا فرق بينهما ولا يقال كيف يكون يد العدل يد المرتهن ولو اراد المرتهن اخذه لم يكن له ذلك
وكذلك لو شرطا ان يقبضه المرتهن ثم يجعلاه على يدي اخر لان يد العدل اذا قامت مقام يد المرتهن جاز ان
يحصل بعد قبضه وقبل قبضه هـ وكذلك لو جعلاه على يدي عدل في الابتدا وجعلاه مسلطا على بيعه فذلك
جايز وللعدل ان يبيعه ويوفي المرتهن الدين وليس لواحد منهما فسخ شي من ذلك لان الاذن في البيع توكيل
من الراهن للعدل بالبيع وتوكيله جايز كما لو وكله من غير رهن هـ وليس للراهن ان يفسخ هذه الوكاله اذا كانت
مشروطه في العقد لانها لما شرطت فيه صارت من حقوقه لان الرهن الموكل ببيعه اوثق من الرهن الذي لم يوكل
ببيعه واذا صارت الوكاله من حقوق الرهن لم يكن للراهن ابطالها كما ليس له ابطال القبض هـ وقوله وليس لواحد
منهما فسخ شي من ذلك فلان الراهن لا يملك الفسخ لما قدمنا ؛ والمرتهن لا يملك لان العدل وكيل للغير بالبيع
قال وكذلك لو مات الراهن او مات المرتهن او ماتا كان العدل على امره في امساك الرهن وبيعه وذلك لان الوكاله
المشروطه في الرهن من حقوقه فلا يبطل بموت الراهن ولا تبطل بموت المرتهن لانه ليس بموكل وليس
هذا كالوكاله المبتداه بعد الرهن لانها لما لم تشترط فيه لم تكن من حقوقه فجاز للموكل العزل عنها وهذا كما
قالوا في الوكيل بالخصومه ان المدعي اذا طالب خصمه عند القاضي بوكيل يقيمه فنصب له وكيلا لم يجز للموكل عزله
لان حق الخصم تعلق بهذه الوكاله حتى تثبت مطالبته ولو كان وكله ابتدا او لو كان وكله ابتدا بالخصومه من غير
مطالبه جاز عزله لانه لم يتعلق بالوكاله حق الخصم هـ قال ولو مات العدل بطل ما جعل اليه من ذلك ولم تقم
ورثته مقامه في ذلك ولا وصيه لان العدل وكيل بالبيع والامساك والوكاله لا تورث ؛ ولان الموكل رضي برايه
ولم يرض بوارثه ولا بوصيه ؛ وكذلك لو جعلاه على يدي عدل وسلطا رجلا اخر على بيعه وتسليم ثمنه الى
المرتهن جاز ذلك لان الامساك والبيع كل واحد منهما ينفرد عن الاخر فجاز ان يتولاهما واحد وان يتولاهما
اثنان وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن وسلطه الراهن على بيعه وذلك شرط في عقد الرهن فذلك جايز
وليس لواحد منهما فسخ شي من ذلك وهذا مثل الوجه الاول وقال الشافعي لا يجوز توكيل المرتهن بالبيع هـ
لنا ان ما جاز ان يشترط للعدل جاز ان يشترط للمرتهن كالامساك ؛ ولان المرتهن موكل باستيفا
الدين من ثمن الرهن وذلك جايز كما لو قال بع هذا الثوب وليس برهن واستوف دينك من ثمنه ؛ قال
وان لم يشترط البيع في عقد الرهن وجعل الراهن للمرتهن البيع او العدل بعد ذلك فكل واحد منهما
وكيل للراهن وللراهن ان يفسخ الوكاله ؛ وكذلك ان مات بطلت الوكاله وروي عن ابي يوسف انه قال
الوكاله الطاريه على العقد انها كالمشروطه في العقد ؛ وجه قولهم المشهور ان هذه الوكاله لما
انفردت عن العقد صارت وكاله مبتداه فجاز العزل عنها ؛ لابي يوسف انها الحقاها بالعقد والملحق بالعقد
يصير كالموجود معه هـ قال وليس لاحد من هولا ولا للمرتهن ان يتصرف في الرهن بشي غير الامساك
لا ببيع ولا بواجر ولا يعير ولا يستخدم ولا يخرجه من يده الى يد غيره وهو بمنزلة الوديعه فيما لا يجوز له
في الوديعه من التصرف لا يجوز في الرهن وما جاز في الوديعه جاز في الرهن ؛ وله ان يسلم الرهن الى
زوجته وخادمه ومن في عياله من ولده واجرايه الذين يتصرفون في ماله ؛ وذلك لان المرتهن والعدل
مستحقان الرهن باذن الراهن وانما هو اذن في الامساك للتوثق ولم ياذن في الاستخدام ولا في الاجاره
فلم يجز ما لم ياذن فيه كما لا يجوز في الوديعه ؛ واما الحفظ بمن في عياله فلانه مامور بالحفظ وهو يحفظ بعياله

الا ترى انهم اذا كانوا في عياله صار ذلك الشي في ايديهم وان لم يسلمه اليهم ؛ فاذا قبض المرتهن الرهن او العدل ولم يكن
شرط في الرهن تسليط احد على بيعه ثم وكل الراهن ببيعه بعد وقوع الرهن او سلط على ذلك المرتهن او العدل
فهو وكيل للراهن وله ان يخرجه من ذلك وينهاه عنه ؛ وان مات الراهن بطل ما جعله الراهن الى الوكيل من ذلك
وذلك لما قدمنا ان الوكاله اذا لم تشترط في الرهن جاز للموكل العزل عنها ؛ واذا بطلت بالعزل بطلت بالموت هـ
واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن وصار الثمن هو الرهن كان الثمن مقبوضا او غير مقبوض كان توي على المشتري
او بعد ما قبضه المرتهن توي من مال المرتهن وذلك لانه لما باعه انتقل الملك فيه الى المشتري فاستحال ان يبقى
رهنا بعد صحه انتقال الملك فيه ؛ وانما صار الثمن رهنا لانه قام مقام الرهن فتعلق به من الحكم ما تعلق بالرهن
وليس يمتنع ان يكون رهنا وان لم يقبض لانه قام مقام ما قبض وقد ال العوض فيه لا يخرجه من ان يكون رهنا كما
لو استعار الراهن الرهن هـ واما قولنا ان الثمن اذا توي كان من مال المرتهن فلانه قام مقام الرهن فصار هلاكه كهلاك
الرهن فيكون من ضمان المرتهن ؛ ولا يقال كيف يكون مضمونا عليه وليس في قبضه فهلاكه كهلاك الرهن في يد الراهن
او في يد المستعير من الراهن وذلك لان الدين ثبت في ذمه المشتري بحق المرتهن فصار كونه في ذمه المشتري
ككونه في يد المرتهن او في يد المودع ؛ وكذلك ان قتل الرهن فغرم القاتل قيمته او قتله عبد فدفع به فقد
صار ما دفع عن العبد رهنا لانه قام مقامه فتعلق به من الحق ما تعلق بالاصل هـ فان قبض العدل الرهن وهو
مسلط على البيع فباع وقبض الثمن وسلمه الى المرتهن ثم استحق العبد او رد عليه بعيب بقضا قاض فللمشتري
ان يرجع على العدل بالثمن والعدل اذا رجع عليه بالخيار ان شا رجع على المرتهن وعاد الدين على الراهن وان
شا رجع على الراهن لان ذلك من حقوق العقد وهي عندنا متعلقه بالعاقد ؛ وان كان العدل قبض الثمن وسلمه
الى المرتهن فهو بالخيار ان شا رجع على المرتهن وان شا رجع على الراهن ؛ اما المرتهن فلانه سلم اليه ما
لا حق له متعلق به الا ترى انه لو لم يسلم اليه تخلص من المطالبه بدفعه الى المشتري فصار المرتهن من هذا
الوجه كالراهن وكغاصب الغاصب الا انه لا يرجع عليه واذا قبض لزمه مقدار المقبوض هـ واما
الرجوع على الراهن فلان البيع وقع لحقه وبامره ولانه ادخل العدل في هذا الضمان فعليه خلاصه ؛ فان رجع
على المرتهن عاد دينه على الراهن لان العقد انفسخ فصار كانه لم يكن وان رجع على الراهن صح قبض المرتهن لان
المقبوض سلم له فكانه لا استحقاق في حقه لم يكن ؛ واما اذا لم يسلم العدل الثمن الى المرتهن فلا رجوع له
عليه لان البيع وقع على ملك الراهن وبامره فالرجوع عليه ؛ وانما كان يثبت له الرجوع على المرتهن لاجل
قبضه الثمن فاذا لم يقبض نفي الضمان على الموكل هـ ولو كان الراهن سلط العدل على بيع الرهن بعد
عقد الرهن على غير شرط كان في عقد الرهن فهو وكيل للراهن خاصه ؛ وما لزم العدل بالبيع رجع به على
الراهن خاصه قبض المرتهن الثمن او لم يقبض وذلك لان التوكيل بعد العقد انما وقع لحق الراهن
خاصه دون حق المرتهن الا ترى ان المرتهن لا يملك مطالبه هذا الوكيل بالبيع ولا يمنع الراهن من عزله
واذا وقعت الوكاله خاصه لحق الراهن لم يثبت له الرجوع على غيره وصار كمن وكل رجلا ببيع شي وان
يقضي بثمنه دينا له ففعل ثم لزمه ضمان لم يرجع على المقضي له ؛ وليس كذلك الوكاله المشروطه في
الرهن لانها لحق المرتهن بدلاله انه يملك المطالبه بالبيع ويمنع الراهن من العزل ؛ واذا وقع البيع لحقه
وسلم له عوضه جاز ان يلزمه الضمان هـ وقد قالوا ان العدل اذا قبض الثمن فهلك في يده كان من ضمان
المرتهن لانه بدل عن الرهن فصار هلاكه كهلاك الرهن هـ واذا اقر العدل انه قبض الثمن وسلمه
الى المرتهن فالقول قول العدل اذا انكر المرتهن وقد بطل دين المرتهن فيما قبض وذلك لان العدل
امين فالقول قول الامين في براءه نفسه ولا يقبل قوله في ايجاب الضمان على غيره فلا يصدق في
تسليم الثمن على المرتهن ويصير كان الثمن هلك في يده فيسقط به الدين من طريق الحكم هـ وقد
قالوا في الرهن ان كان نخلا او شجرا او حيوانا فما حدث بعد ذلك من ثمره او ولد او غير او ما يكون
من نفس الرهن مما يكون رهنا مع ما نما منه فان للعدل ان يبيعه مع الرهن وحكمه في ذلك حكمه هـ
وكذلك كل ما قام مقام الرهن من قيمه قد دفع به او بقي عينه قد دفع بعينه لان الوكاله اذا شرطت في
العقد فهي من حقوقه فتعلقت بالنما والبدل كما يتعلق الامساك بذلك هـ وقد قالوا في الراهن
اذا كان هو العدل في الرهن فان كان الرهن في يده لم يقبض فليس برهن وان كان المرتهن قبضه
وجعل الراهن مسلطا على بيعه فهو رهن وبيع الراهن منه جايز ؛ وذلك لان تمام الرهن يتعلق
بالقبض فاذا لم يقبض لم يصح الرهن هـ واما اذا قبض ثم جعل الراهن مسلطا على البيع جاز لان
الراهن يملك بيع ملك نفسه وانما منع منه لحق المرتهن فشرط المرتهن تولي ذلك اسقاط لحقه من
المنع ؛ وبيعه الراهن بحكم ملكه لا بالتسليط هـ وقد قالوا فيمن رهن رهنا وسلط عدلا على بيعه
عند حل الدين فلم يقبض الرهن حتى حل الدين فالرهن باطل والبيع جايز لان تمام الرهن يتعلق بالقبض
ولم يوجد والوكاله تنفرد عن الرهن فجاز البيع وان لم يصح الرهن هـ وكذلك قالوا فيمن رهن
رهنا مشاعا وسلط العدل على بيعه فالرهن باطل والوكاله صحيحه لانها تنفرد عن الرهن فبطلان

الرهن لا يوجب بطلانها ۞ وقد قالوا اذا جعل عدلان في الامساك والحفظ وعدلا اخر في البيع فهو جايز ۞
وذلك لان الوكالة بكل واحد من الامرين منفرد عن الاخر فجاز ان يتولاها اثنان ∴ ولا يملك الراهن عزل العدل
لان وكالته مشروطة في العقد وكذلك ان مات الراهن لم ينعزل ∴ وقد قالوا في المرتهن اذا طالب الراهن
بحقه فقال الراهن للعدل بع الرهن واوفه حقه وقال المرتهن لا اريد البيع وانما اريد حقي فله ذلك
لان البيع اخراج للعين من الرهن ونقل حق المرتهن الى العوض فله ان يمتنع من ذلك ∴ وان طالب
المرتهن العدل بالبيع فقال له الراهن لا تبع فابى العدل ان يبيع اجبر حتى يبيع لان البيع ثبت لحق المرتهن
وقد طالب بحقه والراهن لا يملك عزله فنهيه لا يتعلق به حكم ∴ واما العدل فلما قبل الوكالة المشروطة
في الرهن وجب عليه البيع فلم يجز له الامتناع منه لتعلق حق الغير به ۞ وقال محمد في الزيادات
ان للعدل ان يبيع بالنقد والنسيئة لان عموم الامر بالبيع يقتضي الامرين الا ان يكون الراهن نهاه عند
عقد الرهن ان يبيع بالنسيئة لانه وكله حينئذ وكالة خاصة ∴ وان كان اطلق الوكالة ثم قال له بعد ذلك
لا تبع بالنسيئة فباعه بالنسيئة جاز لان اطلاق الامر يقتضي جواز البيع بالنسيئة وهو لا يملك تغيير ما
اقتضاه الوكالة ۞ وقال الحسن لو رهنه رهنا وسلطه على بيعه ولم يقل عند محل المال ولم يوقت له
وقتا كان له ان يبيع الرهن متى شا قبل ان يحل المال وبعده لانه اطلق الامر بالبيع ولم يخصه بزمان
دون زمان ∴ فان باع قبل ان يحل الدين كان ثمن الرهن رهنا مكانه حتى يحل المال فيقبضه لان الثمن
يقوم مقام الرهن والمرتهن لا يملك الاستيفا فصار الثمن رهنا ۞ وقال بشر عن ابي يوسف
في رجل رهن رهنا من عبد تاجر على ان يكون في يد سيده لم يجز الرهن اذا كان على العبد دين او لم يكن
ولو ان المولى هو الذي رهن الرهن بدين عليه ووضع الرهن على يدي عبده جاز وذلك لان المولى لا يجوز
ان يكون وكيلا للاجنبي في استيفا الدين من عبده كما لا يكون وكيلا في استيفايه من نفسه وقبض العدل
للاستيفا ويجوز ان يكون العبد وكيلا للاجنبي باستيفا المال من مولاه لانه لا يملك مال المولى فجاز ان يكون
قابضا للرهن الذي يتعلق بقبضه الاستيفا ∴ قال وذكر هذه المسله ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة في
نوادره ۞ وقال ابو يوسف لو ان مكاتبا ارتهن او رهن فجعل الرهن على يدي مولاه او على يدي
المكاتب فان ذلك يجوز للمكاتب اذا ارتهن ان يجعله على يدي مولاه ∴ وكذلك اذا رهن المولى على
ان يكون في يد المكاتب جاز لان كل واحد منهما لا يملك ما في يدي الاخر كالاجنبيين ۞ ولو كان الراهن
مفاوضا فجعل الرهن على يدي شريكه المفاوض فانه لا يكون رهنا ولا يكون هذا مقبوضا لان يد كل واحد
من المتفاوضين كيد الاخر فكان الراهن لم يخرج الرهن من يده ۞ قال وكذلك شريك العنان في التجارة اذا
رهن بدين فيها لان تصرف كل واحد منهما في تجارتهما يقع للاخر ∴ واما اذا كان من غير التجارة فهو جايز في المفاوض وشريك
العنان وذلك لان كل واحد من الشريكين فيما لا يدخل في الشركة كالاجنبي ۞ ولو رهن المضارب رهنا من المضاربة بدين
فيها ووضعه على يدي رب المال لم يكن رهنا رضي بذلك رب المال او لم يرض وذلك لان مال المضاربة ملكه ويد
المضارب فيها كيده فكانه لم يخرج من يد الراهن ۞ ولو كان رب المال هو الراهن بعض مال المضاربة بدين فيها
على ان وضع الرهن على يد المضارب فانه لا يكون رهنا لان تصرف رب المال في مال المضاربة يقع للمضارب فكانه
هو الذي رهن ۞ وكذلك رجل تستوي لابن له صغير شيا ورهن رهنا ووضعه على يد نفسه فان الشرا
جايز والرهن باطل لان حقوق المداينة تتعلق بالامر فاذا رهن وبقي الرهن في يده فلم يوجد القبض وكذلك
الكفيل بالمال يرهن رهنا ووضعه على يدي المكفول عنه او يرهن المكفول عنه ويضعه على يدي الكفيل فهذا
كله باطل لا يكون رهنا وذلك لان كل واحد من الكفيل والمكفول عنه لا يجوز ان يكون وكيلا في قبض الدين من الاخر
فلم يجز ان يكون عدلا في الرهن ۞ وقال ابو يوسف في الجوامع اذا مات العدل لم يبطل الرهن ويوضع على يدي
عدل اخر عن تراض منهما ∴ فان وقع فيه اختلاف وضعه القاضي على يدي عدل بينهما وذلك لان موت
العدل كموت المرتهن وذلك لا يبطل الرهن الا ان الراهن لم يرض بيد المرتهن ولا بيد ورثة العدل ∴ فان
اتفقا على عدل اخر كان الرضا به كالرضا في الابتدا ∴ وان اختلفا فقد امتنع الراهن من حق عليه وامتنع المرتهن
بالرضا بمن يدعي الراهن انه رضا فقام القاضي مقامهما وذلك لانه يملك ان يلزم الراهن فعل ما عليه من نصب
العدل ويملك تعيين العدل للمرتهن اذا ابى المرتهن الرضا بمن يكون الرضا به ∴ وليس لهذا العدل الثاني
ان يبيع لان الراهن لم يوكله بالبيع وانما وكل الاول ۞ قال ابو حنيفة الا ان لموت الراهن لانه اذا مات
ولي القاضي في قضا ديونه قال ابو يوسف احسن ذلك عندي ان يامر القاضي اذا اعدى في الرفق بالامر
وان ابى فانه يبيعه حتى يبيع عبد الله اخر ليس برهن هذا احسن ما سمعنا في ذلك وانما نعني به انه يابى الراهن
حتى نقضي دينه فاذا امتنع ولي علينا في بيع العبد كما يلي عليه عند ابي يوسف في بيع امواله ۞

فصل

في اختلاف العدل والراهن والمرتهن فيما بيع به الرهن ۞ قال اصحابنا
اذا باع العدل الرهن واقر الراهن والمرتهن بالبيع فقال الراهن بعته بماية والدين ماية وقال المرتهن بعته
بخمسين واعطيتنيها وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه وذلك لان الراهن خرج من الضمان

بالبيع واستقل الضمان الى البدل فاذا اختلفا في مقداره فما انتقل اليه من الضمان كان القول قول المرتهن لانه هلك
الرهن واختلفا في قيمته ۞ ولو قامت لهم بينة كانت البينة بينة الراهن والعدل لانها تثبت زيادة فهي بينة
بينة المرتهن ۞ ولو لم يقر الراهن بالبيع وقال مات الرهن في يدي العدل كان القول قول الراهن اذا كان فيه
الرهن والدين سوا يوم قبض الرهن وذلك لان الرهن مضمون بالقبض فاذا ادعى العدل والمرتهن خروجه من
الضمان واستقل ذلك الى غيره لم يقبل قولهما ۞ وقال الحسن بن زياد في كتاب الرهن قال ابو حنيفة لو ان رجلا
ارتهن رهنا على انه مسلط على بيعه ثم قال قد بعته وفي الرهن وفا مات ابا يوسف قال اذا كان الرهن يساوي
الفا فهو رهن بالف والمرتهن مسلط على بيعه فقال المرتهن قد بعته بالف او اكثر فالقول قوله مع يمينه ∴ وان
قال بعته بتسعماية لم يقبل قوله وكانه ضاع ∴ ولا يرجع على الراهن بالنقصان الا ان يجي ببينة انه باعه او يصدقه
الراهن انه باعه وقال بعته بالف او اكثر وقال المرتهن لم ابعه الا بتسعماية فالقول قول المرتهن مع يمينه ويرجع
على الراهن بالماية وهذا على ما قدمنا ان الرهن مضمون فاذا ادعى المرتهن انتقال الضمان الى الثمن وهو اقل من المضمون
لم يقبل قوله الا ببينة او تصديق الراهن ۞ وكذلك لو ادعى العدل انه باعه بتسعماية ولا يعلم ذلك الا بقوله وقال
الراهن لم يبعه لم يكن على العدل الا تسعماية مع يمينه ويصير الرهن كانه ذهب بما فيه ولا يرجع المرتهن على
الراهن الا بالماية الفاضلة وذلك لان العدل موتمن فالقول قوله في براة نفسه ولا يقبل قوله في اسقاط الضمان
عن بعض ما تعلق به ولا في اثبات الرجوع على الراهن ∴ وذكر ابن شجاع عن الحسن عن زفر في رجل رهن متاعا
يساوي مايتي درهم بماية وسلط المرتهن على بيعه فاتضع المتاع فقال المرتهن بعته بخمسين ومايه ولذلك الراهن
ان الماية والخمسين بينهما نصفين على ذلك ان قال بعته بماية او اقل او اكثر وذلك لان نصف الرهن امانة فالقول
قول المرتهن فيه كالمودع والنصف الباقي مضمون فلا يقبل قوله في اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ∴ وسوى
زفر في ذلك بين ان يصدق الراهن على البيع او يكذب لان المرتهن في الوجهين جميعا يدعي تغيير الضمان عما
وقع عليه القبض فلا يصدق ۞ وقال في الاملا في رجل رهن عند رجل عبدا بماية وقيمته ماية وجعل المرتهن
مسلطا على بيعه عند حل المال فاقام المرتهن بينة انه باعه بتسعين وقبضها واقام الراهن بينة انه
مات في يد المرتهن قال فاني اخذ بينة المرتهن انه باعه بتسعين وكذلك رواه ابن سماعة عن محمد
في نوادره ∴ وقال ابو يوسف في الاملا وابن سماعة عنه البينة بينة الراهن وجه ما ذكره
في الاصل ان الحاصل من بينة الراهن ان المرتهن لم يبع وبينة المرتهن تثبت البيع فكانت المثبتة اولى وجه
رواية ابي يوسف ان بينة تثبت زيادة فان نفيه بينة المرتهن فهي اولى ∴ وقال ابن رستم عن محمد في رجل
اسلم الى رجل في طعام او ثياب واخذ بالسلم رهنا فان اوفاه عند محله والا باعه فان باعه بطعام او ثياب
او غير ذلك جاز عند ابي حنيفة وقال محمد يبيع بالدراهم والدنانير او بجنس المسلم اليه ∴ قال ابو الحسن رحمه الله
وهذا عندي قياس قول ابي يوسف وهذا فرع على اختلافهم في الوكيل بالبيع عند ابي حنيفة يبيع بالاثمان
وغيرها وعندهما لا يبيع الا بالاثمان الا انهما جوزا ها هنا البيع بجنس المسلم فيه لان الغرض من البيع ايفا
الدين فصار البيع بمثل الدين معلوما بدليل فان باعه بغير جنسه من العروض لم يجز على اصلهما ۞

باب ما يجوز الارتهان به

قال ابو الحسن رحمه الله الرهن جايز بالديون كلها ما كانت ومن اي وجه كانت قال وجملة هذا ان الرهن لا يخلو اما ان
يكون بعين او بدين وان كان بدين جاز بكل حال سوا كان الدين من الاثمان او من غيرها وباي وجه وجب
من وجوه الضمان وذلك لان الرهن للاستيفا والدين يمكن استيفاوه من ثمن الرهن فجاز الارتهان به ۞
واما الاعيان المضمونة فهي على وجهين ما كان منها مضمونا بنفسه كالغصوب جاز الرهن بها والمضمون
بنفسه ما يجب عند هلاكه مثل ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل وانما جاز الرهن به لانه مضمون ضمانا
صحيحا فامكن استيفا المضمون من الرهن فجاز الرهن به ∴ واما الاعيان المضمونة بغيرها فلا يجوز
الرهن بها كالمبيع في يد البايع لانه لا يجب بهلاكه حق على الضامن يستوفي من الرهن وانما يبطل
بهلاكه البيع وتسقط الثمن فصار كما ليس بمضمون ∴ واما الاعيان التي ليست بمضمونة كالودايع
والعواري والمضاربات والشركة فلا يجوز الرهن بها لان مقتضاه الضمان فما ليس بمضمون لا يوجد فيه
هذا المعنى ۞ قال ويجوز الرهن بالاعيان المتزوج عليها والمخالع عليها ومن دم العمد وذلك لانها مضمونة
بانفسها الا ترى انها اذا تزوج على دراهم بعينها واعطاها رهنا لم يجز في قول اصحابنا وقال زفر يجوز وهذا
فرع على اختلافهم في تعيين الدراهم فعندنا لا تتعين وانما يجب مثلها في الذمة فقد اخذت رهنا بما ليس بمضمون وعند
زفر انها تتعين كالثياب ∴ فان هلك الرهن فقد اخذ بشي من هذه الاعيان المضمونة بانفسها فانه يهلك
في يد تلك العين سلم ما في يدك وخذ من المرتهن الاقل من الدين ومن قيمة الرهن لان الرهن عندنا مضمون
بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك صار كانه استوفى ما هو مضمون به فان هلكت الاعيان قبل الرهن فالرهن
رهن بقيمة تلك الاعيان لانه هو المضمون ∴ فان هلك الرهن بعد هلاك الاعيان هلك بالاقل من قيمته ۞

ومن قيمة العبد الذي كان عليه رهنا وهذا على ما قدمنا. وإن أعطى رهنا بالمبيع فالرهن باطل فإن هلك ذهب بغير شيء فالحاصل هذا الرهن على ثلاثة أضرب: رهن جائز وهو الرهن بالديون والأعيان المضمونة بنفسها، ورهن فاسد كالرهن بالخمر، ورهن باطل كالرهن بالودائع والأعيان المضمونة بغيرها. فالصحيح من الرهن يتعلق به الضمان على ما نبينه من بعد، والفاسد يتعلق به الضمان كما يتعلق بالبيع الفاسد الضمان على ما يتعلق بصحيحه، والباطل لا يتعلق به الضمان كالبيع بالميتة والدم. وإذا ثبت هذا قلنا إن الرهن بالمبيع باطل لأنه ليس في مقابلته حق مضمون بنفسه، ألا ترى أن المبيع إذا هلك سقط ضمانه، ولا يجوز أن يكون رهنا بالثمن لأن الثمن حق للبائع على المشتري فلا يجوز أن يعطي منه رهنا. وإن هلك الرهن في يد المشتري فالمبيع على حاله لأن الرهن لم يقع على عقد البيع فهلاكه لا يؤثر فيه. ولو أعطى المؤدي رهنا بعبد الإجارة فالرهن باطل لأنه ليس بمضمون عليه، ألا ترى أنه لو هلك انتقضت الإجارة. وأما الرهن بالأمانات والودائع والعواري فهو رهن باطل لا يتعلق به ضمان لأنه ليس في مقابلته حق مضمون فصار كالبيع بالميتة لما لم يكن في مقابلته عوض. وقد قال في الأصل في قتل العمد إذا صالح الولي على عبد أو ثوب بعينه ورهن بذلك رهنا فهو صلح جائز، وهذا على ما قدمنا أن البدل مضمون بنفسه. وإن كان القتل خطأ فصالحه من ذلك على عبد أو ثوب أو شيء مما يكال أو يوزن بعينه ثم رهنه بذلك مقبوضا لم يجز لأن البدل هاهنا ليس بمضمون بنفسه، ألا ترى أنه مما لو تسبب يلحقه الفسخ، فإذا هلك انفسخ الصلح فصار كالمبيع.

باب ما لا يجوز ارتهانه والارتهان به

قال أبو الحسن رحمه الله: كل ما لا يجوز بيعه برضا المتعاقدين عليه فلا يجوز رهنه، فلا يجوز رهن حر ولا مدبر ولا مكاتب ولا أم ولد، وذلك لأن الرهن مقبوض للاستيفاء والدين لا يمكن استيفاؤه من هذه الأعيان فلم يجز ارتهانها. ولا يجوز أن يرتهن المسلم خمرا ولا خنزيرا ولا يرهن، وسواء كان المتعاقدان مسلمين أو أحدهما، وذلك لأن الرهن للإيفاء والمسلم لا يمكن أن يوفي دينه من الخمر، والارتهان للاستيفاء. وإنما لم يجز هذا العقد بين المسلم والذمي لأن المرتهن إن كان مسلما لم يجز أن يستوفي دينه من ثمن الخمر، وإن كان هو الراهن لم يجز أن يوفي بها، إلا أن الراهن إذا كان ذميا فالخمر مضمونة على المسلم لحق الذمي كما يضمنها بالغصب. وإن كان المرتهن ذميا لم يضمنها لحق المسلم كما لا يضمنها في الغصب. قال: ويجوز ارتهان الخمر والخنزير عندهم، كالعصير عندنا، والخنزير عندهم كالشاة عندنا. وأما رهن الميتة والدم فلا يجوز من ذمي ولا غيره لأنها ليست بمال فلا يجوز التصرف فيها. قال: ولا يجوز الرهن بقصاص في نفس ولا فيما دونها لأن الحق لا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يصح الرهن به. فإن كانت الجناية خطأ جاز الرهن بأرشها لأنه يمكن استيفاء الأرش من الرهن. ولا يجوز الرهن بالكفالة في النفس، وذلك لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل، ألا ترى أنه إذا هلك لم يلزمه بهلاكه شيء فلا يصح الرهن به. ولأن المضمون هو الإحضار وذلك لا يمكن استيفاؤه من الرهن. ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن المبيع ليس بمضمون على المشتري للشفيع، ألا ترى أنه لو هلك لم يلزم المشتري ضمانه. ولا يصح الرهن بالعبيد الذين في رقابهم الجنايات على بني آدم، وكذلك العبيد الذين في رقابهم الديون لا يجوز للغرماء أن يأخذوا من المولى رهنا من رقبتهم لأن رقبة الجاني ليست بمضمونة على المولى، وكذلك المديونة، ألا ترى أنه إذا هلك لم يلزمه منه شيء. ولا يصح الرهن بضمان الدرك، وكذلك لو قال الرجل لآخر ما بايعت فلانا فثمنه علي، فأخذ المقول له رهنا من القائل بذلك قبل المبايعة لم يجز لأن الضمان في المسألتين جميعا غير ثابت في الحال وإنما هو متعلق بالشرط. ولا يجوز الرهن بحق غير مضمون، وكذلك الرجل يستأجر نائحة أو مغنية وأعطى بالأجر رهنا فضاع في يدها لم يكن عليها ضمان بالرهن، وذلك لأن الإجارة باطلة والأجر غير مضمون، والرهن إذا لم يكن في مقابلة شيء مضمون كان باطلا. قال: ورهن المشاع والثمرة المعلقة في النخل وما في هذا المعنى وما قدمت ذكره قبل هذا الباب فإنه إذا هلك ذهب بغير شيء لأن القبض في هذه المواضع لا يصح، والرهن إنما يتعلق ضمانه بصحة القبض.

قال: ومن هذا النوع قال محمد في الجامع الكبير: إذا ادعى رجل على رجل ألف درهم فجحدها ثم صالحه من ذلك على خمسمائة وأعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة فضاع عنده ثم تصادقا على أن ذلك المال كان باطلا كان على الذي هلك الرهن في يده أن يرد على الراهن خمسمائة. وقال بشر عن أبي يوسف في نوادره في رجل ادعى على رجل عبدا فرهنه عبدا فهلك الرهن ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء قال لا يضمن الرهن. لأبي يوسف أنهما إذا تصادقا على بطلان الدين فقد قبض الرهن وليس هناك دين مضمون ولا يتعلق به ضمان. وجه قول محمد أنه قبضه بملك مضمون في الظاهر فصار كالمقبوض بالدين الثابت. قال: ولو أن رجلا اشترى من رجل عبدا بألف درهم وقبض العبد وأعطى بالألف رهنا يساوي ألفا فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة أن العبد حر أو استحق العبد أو لم يوجد حرا ضمن المرتهن الرهن، وذلك لأنه قبضه على مال مضمون في الظاهر، وهذا على رواية الأصل. ولو اشترى مسلم من مسلم خلا بدراهم وأخذ منه رهنا بالثمن أو اشترى منه شاة مذبوحة وأعطاه بالثمن رهنا ثم علم أن الخل خمر والشاة ميتة ضمن المرتهن الرهن لأنه قبضه على مال مضمون في الظاهر. ولو قتل عبدا وأعطاه بقيمته رهنا ثم علم أن العبد حر ضمن المرتهن الأقل من قيمته ومن قيمة الرهن، وذلك لأنه قبضه على مال مضمون في الظاهر، وهذا أصله على الرواية الظاهرة في الأصول، ويجب على قول أبي يوسف أن لا يضمن لأنه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة.

ولو ادعى المودع أو المضارب هلاك الوديعة والمضاربة وادعى رب المال على المضارب أو المودع استهلاكها وتصالحا على مال فأعطاه به رهنا فهلك في يده لم يضمن في قول أبي يوسف الأول، ويضمن في قوله الآخر وهو قول محمد. وهذا فرع على اختلافهم في جواز الصلح بعد ادعاء المودع الهلاك: فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الصلح باطل، فقد قبض الرهن وليس هناك مال مضمون في الظاهر، وعلى قول محمد الصلح جائز والمال ثابت والرهن مضمون. وقال ابن سماعة في نوادره عن محمد في رجل قال لآخر: قد ضمنت ما لك على فلان إذا حل، أو قال: إذا حل ما لك على فلان فهو لك علي، قال: إذا أخذ به لك كفيلا أو رهن به رهنا فهو جائز. ولو قال: إذا قدم فلان فأنا ضامن لما لك عليه، قال: لا يجوز فيه الرهن ويجوز فيه الكفالة. وقال: لأن ضمان الدين عند حلوله إضافة ضمان إلى سبب وجود المطالبة، ولذلك تأخر الدين فجاز أن يضيف إليه الضمان، وإذا صح الضمان بدين ثابت جاز أن يعطي به رهنا أو كفيلا. وليس كذلك إذا أعطى رهنا بضمان الدرك لأن المضمون لم يوجد فلم يجز أن يتعلق به الرهن. وأما قدوم فلان فليس بسبب مؤثر في الدين، ألا ترى أن الدين لا يجب بقدومه ولا يتعلق وجوب المطالبة بذلك، فلم يجز أن يأخذ به رهنا، ويجوز أن يأخذ به كفيلا لأن القدوم سبب يتسهل به الاستيفاء والمطالبة، فجاز أن يتعلق الكفالة به. وخلاف الكفالة أوسع من الرهن، ألا ترى أن الكفالة يجوز أن تقع بما يجب من الدين في الثاني إذا قال: ما بايعت فلانا فهو علي، ولا يجوز أن يتعلق الرهن بذلك.

باب ما يجب للمرتهن من الحق في الرهن

قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا ارتهن الرجل من الرجل رهنا صحيحا وقبضه فقد ثبت حق المرتهن فيه، وحقه أن يمسك الرهن بالدين الذي ارتهنه، لأن الرهن يقصد به الوثيقة، والوثيقة تقع بالإمساك فكان ذلك من حقوقه. ولأنه تقف صحته على القبض فكان استدامة القبض من حقوق القابض كالهبة. قال: وليس له أن يرتهنه بدين ولا يمسكه به إن كان على الراهن قبل الرهن أو بعده دين، وذلك لأن الدين إنما يتعلق بالرهن بتعليق الراهن، فهو لم يرض أن يتعلق به إلا بقدر من الدين سماه، فما سوى ذلك لا يتعلق به، كما لو حصلت العين في يد المرتهن من غير رهن لم يتعلق حقه بها. قال: وإن قضاه بعض الدين الذي الراهن رهن به لم يكن له أن يقبض من الرهن بحسابه ما نقد، وليس للراهن ذلك، وللمرتهن أن يحبسه بما بقي من ذلك الدين، بقي قليل أو كثير، لأن الرهن محبوس بالدين فكان محبوسا بكل جزء منه كالمبيع في يد البائع. ولأن الراهن لا يملك تفريق الصفقة على المرتهن في الرهن، وفي أخذ بعضه تفريق الصفقة عليه.

وإن مات الراهن وعليه دين غير دين المرتهن فالمرتهن أحق بالرهن الذي في يده حتى يستوفي ماله الذي به الرهن، لأن تعلق حقه به أسبق من تعلق حق الغرماء، ألا ترى أن حق المرتهن يتعلق بالعين وحق الغرماء ينتقل إلى المال بالموت، فمن سبق حقه إلى المال كان أولى به. ولأن فائدة المرتهن في الرهن أن يكون أحق به من سائر الغرماء، فلو شاركوه لبطلت فائدته في الرهن. فإن فضل من ثمن الرهن شيء ضم إلى مال الراهن فقسم بينهم بالحصص، وذلك لأنه ما فضل عن دين المرتهن لا يتعلق حقه به فصار بعد استيفائه لدينه كسائر أموال الراهن فيصرف في ديونه. فإن لم يف ثمن الرهن بدين المرتهن رجع بما بقي من دينه في مال الميت فكان بينه وبين الغرماء بالحصص. وكذلك إن كان للمرتهن دين آخر ضرب به في مال الميت مع الغرماء، وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن، وذلك لأن ما زاد على مقدار الرهن من دين المرتهن دين لا رهن به فساوى به الغرماء في تركة الميت. وكذلك إن كان له دين آخر شاركهم به لأن ذلك الدين غير متعلق بالرهن فصار كدين لا رهن به. ولا يملك أن يستوفيه من ثمن الرهن لأنه غير متعلق به، فلا يجوز أن ينفرد عن الغرماء بشيء لم يسبق حقه.

قال: وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن باستخدام ولا سكنى ولا لبس ثوب ولا ركوب دابة لأنه تصرف بإذن المالك، وإنما أذن المالك في الإمساك دون الانتفاع. ولأن الانتفاع بملك الغير لا يجوز إلا بإذنه. وكذلك ما نما من الرهن من ثمرة أو لبن أو صوف أو شعر أو ولد لا سبيل للمرتهن على شيء منه بغير إذن الراهن مع الأصل، وذلك لأن نماء الرهن داخل في الرهن عندنا، فأكثر أحواله أن يصير كالأصل، فلا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بما يجوز له في الأصل. وليس للمرتهن أن يبيع الرهن في حياته إذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه أو أذن له فيه، وذلك لأن بيع ملك الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية ولم يوجد أحدهما. ولأن المرتهن ثبت حقه بعقد الرهن فكان له أن يتصرف بما اقتضاه العقد من الإمساك، إلا أن يجعل له الراهن ما زاد على ذلك. وليس له أن يؤاجر ولا أن يعيره، وذلك لأنه لا يملك الانتفاع فلا يجوز أن يملكه غيره. فإن فعل شيئا من ذلك فسخ ورد إلى يد المرتهن رهنا لأنه عقد باطل، وإذا لم يجزه المالك فسخ، ولا يبطل الرهن بهذا التصرف لأنه تعدٍّ من المرتهن، وإذا فسخ زال وعاد الرهن بحاله كالمودع إذا تعدى في الوديعة ثم أزال التعدي. فإن أعاره المرتهن من الراهن أو الراهن من المرتهن فذلك جائز، وقد خرج الرهن من ضمان المرتهن ولم يخرج من الرهن، فهو رهن على حاله، ولكل واحد منهما أن يبطل العارية ويرده إلى الرهن، وذلك لأن المنافع على ملك الراهن وإنما منع من استيفائها لحق المرتهن، فإذا أذن الراهن للمرتهن جاز لأنه حق لهما وقد تراضيا بذلك. وأما خروجه من ضمان الرهن فإن الراهن إذا استعاره زال القبض الذي هو المعنى الذي تعلق به الضمان، ومن موجب زوال الضمان. فإن استعاره المرتهن فقد خرج من قبض الرهن

فصار في يده عارية وقبض المستعير غير مضمون عندنا . وانما كان لكل واحد منهما ان يبطل العارية لانها عقد بنوع ولا
يتعلق بها الاستحقاق فكان للراهن فسخها . وكذلك للمرتهن لانه قد صار في الرهن كالمالك . وانما لم يبطل الرهن
بزوال قبض المرتهن لان الاستحقاق يتعلق به بالقبض الاول فخروجه من يده لا يوجب بطلان حقه كما لو غصب غاصب
من يده . وقال ابو يوسف في الامالي اذا كان الرهن جارية فاستعارها الراهن فوطئت في يده كان للمرتهن ان ياخذها
وولدها فتكون رهنا معها وذلك لما بينا ان يد القابض المرتهن لا يمنع من تعلق الاستحقاق بالرقبة فيسري ذلك الى الولد
فان اجره الراهن من المرتهن فقد خرج من الرهن ولا يعود الى ذلك ابدا وكذلك ان اجره الراهن من غير المرتهن واجازه
المرتهن او اجره المرتهن من غيره واجازه الراهن جازت الاجارة وقد خرج من الرهن ولم يعد الى ذلك ابدا وذلك
لان الاجارة عقد يتعلق به الاستحقاق فاذا اقدما عليه كان ابطالا للرهن لانه لا يصح مع بقا الرهن فكانهما تفاسخاه
ولان الاجارة عقد يتعلق به الاستيفا كالرهن ولو رهنه الراهن فاجازه المرتهن بطل الرهن الاول فكذلك اذا اجره
وهذا مبني على ان الراهن لا يملك ان يواجر الرهن الا برضا المرتهن خلاف ما قاله الشافعي لان الاجارة عقد يتعلق
به استحقاق يد المرتهن كالبيع . ولانه عقد يقصد به الاستيفا كالبيع . فان باعه الراهن فاجازه المرتهن
او باعه المرتهن فاجازه الراهن خرج العبد من الرهن فكان الثمن رهنا مكانه قبض المشتري او لم يقبض .
فان توي على المشتري او توي بعد ما قبض توي من مال المرتهن والمرتهن من الجنس في الثمن ما كان له من الجنس في
الرهن الى ان يحل الدين قال وهذا على وجهين ان كان البيع مشروطا في عقد الرهن ولان الرهن لم يوجب بطلان
الرهن كالامساك . ولان المرتهن انما اشترط زيادة في التوثق فلو ابطل ذلك حقه من الثمن زال المقصود من التوثق
فلم يجز . قال الطحاوي في الاختلاف ولم يحك في ذلك خلافا . واما اذا لم يكن البيع مشروطا فانه يوجب انتقال
الحق الى الثمن عند ابي حنيفة ومحمد وروى بشر ان ابا يوسف قال ان شرط المرتهن في الاجارة ان الثمن رهن
فهو رهن والا فقد خرج من الرهن وجه قولهما ان السبب الموجب لسقوط الحق عن الرهن هو الموجب
للعوض فانتقل حق المرتهن اليه كما لو استهلك الرهن مستهلك انتقل الحق الى القيمة ولان حق
المرتهن يتعلق برقبة الرهن فاذا اجاز البيع انتقل الى ثمنه كما لو باع العبد المدين فاجاز الغرما وجه
قول ابي يوسف ان الحق متعلق بالرقبة وقد اسقط حقه عنها بالاجازة فلم ينتقل الى البدل الا بالتراضي
كالعبد الموصى بخدمته اذا باعه الوارث واجازه الموصى له . وليس كذلك العبد المدين لان الحق الثابت
للغرما هو البيع فاذا اجازوه لم يسقط حقهم . والحق الثابت للمرتهن ليس هو البيع وانما هو الامساك
والبيع نائب الامساك وهذا ليس بصحيح لا حق الموصى له في المنفعة دون الرقبة فاذا اجاز البيع
لم ينتقل حقه الى العوض عن الرقبة التي لا حق له فيها . ولانه لو اجاز على ان ينتقل الحق الى الثمن لم
ينتقل فعلم ان الوصية مخالفة للرهن . واما قولهم ان الثمن اذا توي كان من ضمان المرتهن فلانه
صار رهنا فحكمه حكم الاصل وانما جاز ان يكون الثمن في الذمة رهنا وان كان لا يجوز رهنه ابتدا لان البقا يجوز فيه ما لا يجوز في
الابتدا . ولان المانع في الابتدا ان القبض مشروط وذلك لا يمكن في الدين والبقا يجوز من غير قبض وليس في الدين اكثر
من تعذر القبض . واذا ثبت ان الثمن صار رهنا فان كان الدين حالا وهو من جنسه استوفاه منه لانه وجد جنس حقه وان كان
موجلا امسكه لان التاجيل حق الراهن فلم يجز اسقاطه فاذا حل الدين والثمن من جنسه اخذه قصاصا لما بينا وان كان من
غير جنسه وكان المرتهن مسلطا على بيعه واستيفا الدين فله ان يبيع الثمن ويستوفي الدين وذلك لان الاستيفا
لا يمكن بغير جنس الحق وهو ماذون في الاستيفا فكان له ان يفعل ما لا يقع الاستيفا الا به . قال وللمرتهن
المسلط على ان يبيع بالاثمان والعروض في قول ابي حنيفة وقالا لا يبيع الا بالاثمان او بجنس الدين وقد
بينا هذه المسئلة . واذا ثبت من اصل ابي حنيفة ان بيعه بالعروض جايز كان له ان يبيعها لانه اذن له في البيع
والاستيفا . والاذن عام في البيع بجنس الدين وغيره فكان له ان يبيعها لانه اذن له في البيع والاستيفا والاذن
عام في البيع بجنس الثمن وغيره فكان له ان يبيع العروض لانه لا يقدر على الاستيفا الا بذلك . قال وللمرتهن
ان يطالب الراهن بدينه اذا كان حالا ولا يمنعه الارتهان به من ذلك لانه دين واجب فجاز له المطالبة
به ولانه ياخذ الرهن ليتوثق من حقه ويتمكن من استيفايه فلم يمنع ذلك المطالبة . فان خاصمه
الى الحاكم اوجب عليه دفع الدين فان امتنع حبسه به ولم يمنعه من ذلك كون الرهن في يد المرتهن لان الرهن
انما يوخذ للتوثق فلا يبطل الحق الثابت لصاحب الحق قبله . قال ويبيع الحاكم الرهن في يد المرتهن في قول
ابي يوسف ومحمد ولا يبيعه في قياس قول ابي حنيفة ولكن الحاكم يحبس الراهن حتى يودي الدين وهذا
فرع على اختلافهم في الحجر بالتفليس فعند ابي حنيفة ان الحاكم لا يبيع مال المفلس ولكنه يحبسه حتى يبيعه وعلى
قولهما يبيعه اذا امتنع من المبيع هو

باب ضمان الرهن

قال ابو الحسن رحمه الله الرهن محبوس بجميع الدين الذي رهن به كانت قيمته اقل من الدين او مثله او اكثر منه كاينا ما كان
الرهن عينا واحدا او اعيانا كثيرة مختلفة في الجنس والقيم او متفقة وذلك لان الرهن محبوس للاستيفا كالمبيع في
يد البائع فكما ثبت للبائع الحبس بالثمن قليلا كان او كثيرا كذلك ثبت للمرتهن . قال وليس للراهن ان يقبض شيئا من

حتى يودي جميع الدين فان ادى بعضا واراد ان يقبض بعض الرهن بحساب ما ادى لم يكن له ذلك اذا كان رهنا واحدا
بجملة المال لانه محبوس للاستيفا كالمبيع ومعلوم ان المشتري لو نقد بعض الثمن لم يكن له ان ياخذ بعض المبيع
فكذلك الراهن . ولان في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الحبس وهذا لا يجوز . وان رهن اعيانا في
عقد واحد وسمى لكل عين شيئا من المال الذي رهنه به فذلك جائز . فان ادى ما سمى لاحد الاعيان ثم اراد قبض
ذلك ففيه اختلاف نفسره في موضعه . وقد ذكره في هذا الباب وهو ان محمدا ذكر في الاصل ان الراهن ليس له
ان يقبض بعض الرهن وان كان قد سمى له دينا منفردا . وقال في الزيادات اذا رهن مايه شاة بالف على ان كل
شاة رهن بعشرة فان ادى عشرة واراد ان يقبض شاة منها فله ان يقبض . وروى ابن سماعه عن محمد مثل رواية الاصل
قال الحاكم ما ذكره في الاصل قول ابي يوسف وما ذكره في الزيادات قول محمد وجه قول ابي يوسف انه محبوس
بعقد واحد فلم يجز تفريق الصفقة فيه وان افرد كل عين بتسميه كالمبيع في يد البائع وجه قول محمد ان الرهن
لا يكون بعضه شرطا في بعض بدلالة انه لو رهن عنده عبدين فقبل احدهما جاز فصار كل واحد من الاعيان كالمنفرد
بالعقد الا انه اذا سمى دينا واحدا لم يجز تفريق الصفقة فيه واذا افرد كل عين بتسميه فكانه افردها بالعقد وليس
كذلك العقد لان بعضه شرط في بعض الا ترى ان المشتري لا يملك القبول في بعض الاعيان دون بعض فلذلك
استوى تفريق الثمن وجمعه . وكان ابو بكر الرازي يقول مثل ما قال الحاكم ويقول ان ابن سماعه روى عن محمد مثل
ما قال في الاصل والمسئلة على روايتين عن محمد . قال ابن سماعه وكذلك لو رهنهما جميعا فقال هذا رهن بخمسمايه
وهذا رهن بخمسمايه فهو رهن واحد لا يفتك واحد منهما الا باداء جميع المال لان القبول قبول واحد كما لو كان
الايجاب جملة . قال والرهن في ذلك مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الذي رهن به اذا كان الرهن شيئا
واحدا فان كانت اشيا متفرقة فكل عين منها مضمونة بالاقل مما يخصها ومن قيمتها اذا كان الرهن جملة كان
رهنا بجميع الدين وان كان سمى لكل عين حصة فكل عين منها مضمونة بالاقل من قيمتها ومما سمي لها من الحصة
اما الكلام في ضمان الرهن عندنا انه مضمون وعند الشافعي امانة لا يسقط بهلاكه شي من الدين لنا
حديث عطا ان رجلا رهن فرسا على عهد رسول الله صلى الله عليه فنفق فقال المرتهن لرسول الله صلى الله عليه فقال ذهب
حقك ولا يجوز ان يكون المراد به ذهب حقك من الامساك لان ذلك يعلم مشاهدة ولا حق المطالبة برهن
اخر لان ذلك لم يكن حقا له فلم يبق الا ان يكون المراد به ذهب حقك من الدين . ولانه عقد على الرقبة
مختص بمال في مقابلته فكان مقتضاه الضمان كالبيع . ولانه عقد مختص بعين من احدى الجنبتين ودين من
الاخرى فاقتضى الضمان كالسلم . ولانه مقبوض لجهة الاستيفا المقبوض على [illegible] كالمقبوض على حقيقتها الا ترى
ان المقبوض على جهة السوم لما قبض على جهة التمليك كان كالمقبوض على وجه التمليك في الضمان وقد اعتبر الشافعي هلاك
الرهن بموت الكفيل وهذا ليس بصحيح لان التوثق يقع بذمة الكفيل في مقابلة ذمة الغريم والتوثق بذمة الغريم لا يوجب
ان يكون مضمونا على صاحب الدين [illegible] والرهن يتوثق به في مقابلة الدين ولو قبض الدين كان مضمونا
عليه لذلك [illegible] ما يتوثق به منه . ولا يقال ان قبض المرتهن لو تعلق به الضمان [illegible] على الراهن
[illegible] الضمان عند الاستحقاق [illegible] الغاصب [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين [illegible] الدين محبوس [illegible] وصفه
[illegible] امانة . فان كان الدين الف وقيمة الرهن خمسمايه [illegible]
فان هلك سقط من الدين بقدر [illegible] وهذا قول عمر رضي الله عنه وقال علي رضوان الله عليه يترادان الفضل وقال
شريح الرهن بما فيه ولو خاتم من حديد [illegible] على علي رضي الله عنه فلان ما يتعلق به من
حق الاستيفا [illegible] الفضل فيه معنى الضمان فلا ينبغي
[illegible] الاستيفا [illegible]
[illegible] كالمبيع [illegible]
يسقط الثمن [illegible] ولان هلاك المبيع يرفع العقد فيسقط الثمن وهلاك الرهن لا
يسقط سبب المداينة وانما [illegible] المرتهن مستوفيا بهلاكه فيسقط مقدار ما يتعلق به من الاستيفا
قال وهذا اذا هلك الرهن بغير فعل الراهن ولا بفعل غيره . فان استهلكه المرتهن ضمن قيمته
[illegible]
[illegible] اجنبي ضمن قيمته وكان رهنا مكانه . فاما اذا استهلكه المرتهن فلان الاستهلاك غصب
والمغصوب يضمن قيمته [illegible] فاذا استهلكها المرتهن ضمنها
كالمودع [illegible] اذا استهلك الرهن فلان حق المرتهن تعلق بعين الرهن فصار كالمالك فيه
كالاجنبي فلذلك لزمه الضمان . قال وهذا [illegible] على وجهين [illegible]

ولم يطالب بقيمة الرهن لان الدين قد وجب فلا معنى للمطالبة بالقيمة. وان كان الدين لم يحل اخذت منه القيمة لانه اسقط
حق المرتهن من الحبس فلزمه اعادة حقه ولا يمكن ذلك الا بضمان الرهن ومن كان حق المرتهن في الحبس تعلق بالمضمون
والامانة فلذلك ضمنها الراهن. قال واذا رهنه عبدين او ثوبين او كر طعام وكر شعير ولم يسم لكل واحد من ذلك
شيئا من الدين جعله رهنا به فسبيل ذلك ان يقسم الدين على قيمة تلك الاشيا فما اصاب كل عبد او ثوب او كل
كر فهو مضمون بالاقل من تلك الحصة التي حصته بالقسمة ومن قيمته نفسه وذلك لان الدين لما كان في مقابلة الرهن
والضمان منقسم وجب ان يقسم على المتفقين بالاجزا وعلى المختلفين بالقيمة كما يقسم الثمن على المبيع. واما اذا سمى لكل
واحد منهما حصة من الدين لم يعتبر القيمة وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى له لانه جعل في مقابلته
مقدار التسمية فلا معتبر بالقيمة كالمسلم فيه اذا سمى لكل واحد ثمنا وقد تاول ابو الحسن رحمه الله ما روي عن علي رضوان الله عليه
انه قال يترادان الفضل ان ذلك على حال بقا الرهن اذا استوفى المرتهن منه مقدار دينه لانه قد روى محمد بن الحنفية
عن علي رضوان الله عليهما قال اذا كان الرهن افضل مما فيه فهلك فهو بما فيه لانه امين في الفضل واذا كان بالاقل مما
رهن به رد الراهن الفضل. قال ابو الحسن رحمه الله واذا امكن ان يحمل الروايتان عنه على الموافقة كان اولى من
المخالفة. وتاول ما روي عن ابرهيم انه قال الرهن بما فيه اذا كان فيه فضل يعني حال بقا الدين. وذكر حديث معوية
بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه قال لا يغلق الرهن وروي عن مغيرة انه قال سالت ابرهيم عن غلق الرهن فقال يقول ان
لم افتكه الى غد فهو لك. قال ابن رستم عن محمد في رجل في يده ثوب رهن فقال الراهن ان لم اعطك حقك في
كذي وكذي فهو بيع لك بمالك قال لا يجوز وقال في قوله لا يغلق الرهن من صاحبه فهو هذا. وروى ابو يوسف
باسناده ان النبي صلى الله عليه قال لا يغلق الرهن الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ابو يوسف وتفسير هذا
والله اعلم ان الفضل في قيمة الرهن لرب الثوب ولا يكون مضمونا ولا يغلق وان كان فيه نقصان رجع بالفضل.
وقال ابو عبيد لا يغلق جا تفسيره عن غير واحد من الفقها وذكر حديث ابرهيم قال ابو عبيد وقد روي عن طاوس
نحو هذا وكذلك عن مالك وسفيان وتاول الشافعي الحديث على صلوات الله عليه انه اذا هلك لم يرجع المرتهن بدينه.
قال ابو الحسن رحمه الله وهذا مذهب ليس عليه اهل العلم ولا يجوز في كلام العرب ان يقال اذا ضاع فقد غلق وانما
يقال قد غلق اذا استحقه المرتهن فذهب وهذا كان من افعال الجاهلية فرده النبي صلى الله عليه وابطله بقوله لا يغلق الرهن
وانشد: وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا. يعني انها اخذت قلبه فمضت
به واي شي ضيع هاهنا. قال ابو عبيد اما الحديث الاخر في الرهن له غنمه وعليه غرمه فمعناه معنى الاول
لا يغلق فان تقول يرجع الرهن الى ربه فيكون غنمه له ويرجع رب الحق عليه بحقه فيكون غرمه عليه ويكون
شرطهما الذي شرطا باطلا وهذا كله اذا كان الرهن قائما بعينه لم يضع. فاذا ضاع فحكمه غير هذا وهذا صحيح
لان قوله الرهن من راهنه يقتضي بقا الرهن واذا هلك لم يكن رهنا في الحقيقة وانما يقال كان رهنا ومن حكم
اللفظ ان يحمل على الحقيقة.

باب نفقة الرهن

قال ابو الحسن رحمه الله قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد والحسن ولا اعلم خلافا عن زفر ان الرهن اذا كان حيوانا
فنفقته في ماكله ومشربه على الراهن وكذلك كسوة الرقيق وكذلك ان كانت امة فولدت فاجر الظئر على الراهن وكذلك
الحسن وكذلك ان كان الرهن بستانا فيه شجر ونخل وكرم فليس فيه بعد وهو مما يتم بسقيه وتلقيح نخله وجداده
والقيام بمصلحته على الراهن. وسوا كان في الرهن فضل على الدين او لم يكن فذلك كله على الراهن دون المرتهن
لانه ملك له ما كان منه مضمونا وما لم يكن. واما الحفظ في جميع هذه الوجوه فهو على المرتهن ما كان مضمونا منه
وما لم يكن لان له حبس ذلك كله. وكذلك ان احتيج الى استيجار من يحفظه فعلى المرتهن ان يستاجر من يحفظه
وكذلك الماوى للبقر والغنم على المرتهن دون الراهن. قال وهذا عندنا على وجهين كل نفقة كانت لمصلحة
الرهن وتبقيته فهو على الراهن وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن. وانما
قلنا ان النفقة من المطعم والمشرب والكسوة على الراهن لان العين على ملكه ومنافعها مملوكة له فكانت
نفقتها عليه كالوديعة. ولانه هو الموجب لهذا الحق في ملكه فكانت نفقته عليه كالموجر وليس هذا كالعبد
الموصى بخدمته ان النفقة على الموصى له لان الوارث لم يوجب هذا الحق في ملكه لان الموصى له احق بمنافع هذه
العين من المالك فمن منفعته سلمت له فكانت النفقة عليه كالموقوف على المالك وعلى هذا اجر الراعي لانه
محتاج اليه لعلف الحيوان فهو كالطعام والشراب. واما اجرة الحافظ فعلى المرتهن لان الامساك من حقوقه
فوجب ان يكون عوضه عليه. وكذلك اجرة المسكن الذي يحفظ فيه في الرواية المشهورة لان الحفظ والامساك
حق له فكان ما يلزم فيه من العوض عليه. وروى ابن سماعة عن ابي يوسف في الراهن والمرتهن اذا اختلفا في
ماوى البقر والغنم والدواب الذي تاوي اليه فان كان عند المرتهن فهو في منزله وان ابى ذلك تكارا
لها ويكون الكرا على الراهن ووجه ذلك ان من لزمه نفقة الحيوان في ملكه لزمه في حفظه اجرة موضعه
كالمودع. واما جعل الابق ورد العبد الى يد المرتهن فهو جعل الابق وذلك لازم للمرتهن اذا كانت قيمته
والدين سوا وان كانت قيمة الرهن اكثر كان على المرتهن بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الامانة.

وذلك لان الجعل انما يجب لاعادة يد المرتهن وذلك حق له فكان الجعل عليه. واما حصة الامانة فهو فيها كالمودع فيكون على
المالك وليس هذا كاجرة المسكن لانا جعلناها على المرتهن وان كان في الرهن فضل لانها تلزمه لاجل الحبس الذي هو حقه
وحقه في حبس الامانة كحقه في حبس المضمون. وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف ان الجعل في رقبة العبد ان اداه الراهن
حسب قصاصا من دين المرتهن. وان اداه المرتهن فانما اصلح رهنه ودينه ثابت على حاله وهذا اذا كانت القيمة والدين سوا
فجعل حال النما في الجعل على المرتهن لانه تعلق برقبة العبد لانه وجب بسبب من جهته وهو الاباق فصار كالجناية.
واما النفقة التي تجب بجزء من العين فهي مداواة الجراحة بالحيوان والقروح ومعالجة الامراض فمن حكمها ان تقسم فما
كان من حصة المضمون فعلى المرتهن. وما اصاب الامانة فعلى الراهن وذلك لان المرتهن يصلح بالنفقة حقه لانه يحيي ان
ما يفوت من الرهن يذهب بدينه فاذا عاد سلم له الدين بحاله واذا كان في ذلك اصلاح حقه كان عليه. واما حصة الامانة
فالمرتهن فيها كالمودع فيكون على المالك. قال ابو الحسن رحمه الله وما نما من الرهن من ولد او لبن او صوف او وبر
او شعر او ثمر فهو رهن كله مع الاصل والكلام في هذه المسالة يجي في الباب الثاني. فان اراد الراهن ان يجعل
النفقة التي ذكرنا انها عليه فيما نما من الرهن فليس له ذلك وللمرتهن ان يمنعه من جميع ذلك وذلك لان النما داخل في الرهن
فلا يجوز للراهن ان يجعل النفقة فيه كما لا يجوز له ان يجعلها في نفس الرهن. قال ويبيع ما يخاف فساده من ذلك
باذن الحاكم ويمسك الثمن مع جميع النما رهنا في يده ويكون النفقة على الراهن في ماله خاصة وذلك لان النما اذا لم يمكن
تبقيته والمرتهن مامور بحفظه لم يقدر على حفظه الا بالبيع. ويبيع بامر الحاكم لان الراهن لا يقدر على البيع فتولى
الحاكم فيه كما يلي على الغايب. فان باع المرتهن شيئا من ذلك بغير امر الحاكم ضمن وذلك لانه باع ملك الغير
بغير اذنه ولا ولاية له عليه. قال والخراج على الراهن خاصة لانه مونة ملزمة للمالك لاجل ملكه فصارت
كالنفقة. قال والعشر في الغلة فيما يخرج من الزرع والثمر ياخذه الامام من ذلك ويكون ما بقي رهنا بحاله ولا يفسد
ذلك الرهن لان العشر يتعلق وجوبه بالعين فيقدم على حق المرتهن كحق المستحق. وانما لا يبطل الرهن في الباقي
لان وجوب العشر لا يمنع ملك الراهن في العشر الا ترى انه لو باع جاز بيعه ولو اعطى من غيره جاز فلم يود ذلك
الى الاشاعة في الاصل وجرى مجرى انتقال الملك بسبب طاري وليس كذلك الاستحقاق لانا تبين به عدم
الملك في الاصل. قال والفدا في الجناية والدين الذي يلحق الرهن كجعل الابق. وذلك لان جناية المضمون في
يد الضامن يجري مجرى جناية الضامن عليه فتكون في ماله. واما جناية الامانة فتكون كجناية الوديعة فتكون
على الراهن. قال ابو يوسف وان لم يعد باقي الدين ولا في الجعل بعينه وقضى الجعل والدين ما بقي من ثمنه
فهو رهن لان البيع بالدين مستحق وما فضل عن مقدار الدين فقد تعلق به حق الاصل فيعود الى الرهن.
قال وكل ما وجب على الراهن ففعله المرتهن واداه بغير اذن الراهن فهو متطوع وكذلك ما وجب على
المرتهن واداه الراهن بغير اذنه فهو متطوع لانه قضا دين غيره بغير امره. فان انفق المرتهن النفقة
التي تجب على الراهن بقضا قاض رجع به وكذلك الراهن اذا رجع بما ما يجب على المرتهن بامر
قاض رجع به وذلك لان القاضي له ولاية على كل واحد منهما فاذا امتنع من الانفاق امر بالاخر فجاز للقاضي
ان ياذن ويجعل ذلك دينا عليه وكذلك ان امر كل واحد منهما صاحبه ان يدفع ما وجب عليه كان جايزا ولزمه
الامر ما فعله الاخر وذلك لانه لما اذن صار الاخر وكيله في الانفاق فرجع عليه بحكم الوكالة. قال ابن سماعة
اخبرني الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال اذا كان الراهن غايبا فانفق المرتهن بقضا
قاض رجع عليه وان كان حاضرا لم يرجع وقال ابو يوسف يرجع سوا كان حاضرا او غايبا وهذا فرع على
اختلافهم في الحجر فعند ابي حنيفة ان الحاكم لا يلي على الحاضر فيجبره على النفقة فاذا انفق بالامر لم يرجع بما
عليه لانه كان يقدر على انفاقه بالزامه عليه الحق فاذا كان غايبا تعذر عليه الحكم فلذلك ولي عليه في الاذن
وعلى قول ابي يوسف القاضي يلي عليه عند الامتناع مع الحضور فاذا اذن فما انفق دين عليه.

باب [illegible]

قال ابو الحسن رحمه الله واذا رهن رجلان رجلا بدين عليهما رهنا واحدا وهو عبد او عبدان والدين عليهما صفقة واحدة
او كان على كل واحد منهما دين على حدة فذلك جايز فان ادى احدهما ما عليه لم يكن له ان يقبض من الرهن شيئا وللمرتهن
ان يحبس جميع الرهن حتى يستوفي جميع الدين لانه رهن لا ينقسم والواحد يحصل القبض فيه من غير شايع فجاز
كرهن الواحد من الواحد. ولا معتبر باختلاف الدين واتفاقه وانما المعتبر باتفاق صفقة الرهن. ولو
رهن رجل من واحد عينا في صفقتين لم يجز لاختلاف صفقة الرهن فدل على ان اختلاف صفقة الدين لا يوثر.
فاما اذا ادى احدهما فليس له ان ياخذ نصيبه لان في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الامساك وهذا
لا يجوز كما لو كان الرهن واحدا وكذلك لو ارتهن رجلان من رجل رهنا بدين لهما عليه جاز فان شرط ان
لكل واحد منهما دين عليه لا شي له لصاحبه فيه فان الرهن ايضا جايز وذلك لان المقصود بالرهن الوثيقة
ويمكن ان يجعل الرهن وثيقة لهذا بجميعه ووثيقة لهذا فلا يودي ذلك الى الاشاعة فيجب الرهن.
وليس هذا كالهبة الواحد من اثنين عند ابي حنيفة لان المقصود من الهبة الملك ويستحيل ان يكون جميع
العين ملكا لهذا ولهذا فلا بد ان يكون لكل واحد منهما النصف فيحصل الشيوع في مشاع فلا تصح الهبة له.
قال فان ادى الراهن الى احد المرتهنين ما له عليه واراد ان يقبض بعض الرهن فليس له ذلك وللمرتهن الاخر

ان يمسك جميع الرهن حتى يستوفي ماله على الراهن لما بينا ان جميع العين رهن عند كل واحد منهما فاذا استوفى احدهما بقيت
العين رهنا عند الآخر بحالها وعلى هذا حبس المبيع اذا استوفى الا ثمن الواحد فادى احدهما حصته من الثمن كان
للبائع ان يحبس المبيع بنصيب الآخر . واذا اشترى الواحد من اثنين فادى الى احدهما لم يكن له ان يقبض نصيبه

باب الرهن يكون منه النماء

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله واذا رهن الرجل عقيقا او حيوانا او ارضا فيها شجر او نخل او كرم فحدث من الحيوان الولد
او اللبن او صوف او وبر او شعر فذلك كله رهن مع الاصل للمرتهن ان يحبسه حتى يستوفي جميع دينه ولا سبيل
للراهن عليه قبل ذلك . والنماء ليس بمضمون على المرتهن والاصل هو المضمون وان تلف النماء في يد المرتهن ذهب
بغير شيء والرهن على حاله بجميع الدين وقال الشافعي النماء المنفصل لا يدخل في الرهن وللراهن اخذه والانتفاع به
لنا ان حق المرتهن مستقر في الرقبة بدلالة انه ينتقل الى القيمة ويثبت للوارث والحقوق المستقرة في
العين تسري الى النماء كحق الملك والاستيلاد وليس كذلك ولد المستأجرة لان الحق لا يتعلق بالرقبة وانما
يتعلق بالمنفعة وليس كذلك الموصى بخدمتها لان الحق فيها غير مستقر الا ترى انه لا ينتقل الى الوارث
ولا ينتقل الى القيمة في الحقيقة ايضا لانهم قالوا لو جني عليها جناية لا توجب نقصان منفعتها اخذ الورثة
ارشها ولم يثبت للموصى له فيه وانما قالوا ينتقل الحق الى القيمة اذا قتلت او نقصت المنافع بالجناية لانه حقه في
خدمته تعلقت بالتركة فصار كما لو اوصى له بخدمة عبد مطلق . وليس هذا كولد الجانية لان الحق غير مستقر
في رقبتها بدلالة ان للمالك ان ينقله الى ذمته ويتصرف فيها . واما قوله ان النماء ليس بمضمون على المرتهن
لانه دخل فيه على طريق التبع في العقد فلا يسقط بهلاكه شيء كولد المبيعة . قال ويقسم الدين على قيمة
الرهن يوم وقع العقد عليه وعلى ما نماه منه يوم يفتك هذه حقيقة القسمة وما وقع من القسمة قبل ذلك فانما
هو على الظاهر الى ان يؤول الى قيمة النماء يوم الفكاك . وانما اعتبر في القسمة قيمة الرهن يوم القبض لانه
دخل في ضمانه بالقبض فتعتبر قيمته وقت القبض كالمغصوب والمقبوض على سوم البيع . فاما النماء فانما يتبين
حصته من الضمان بالفكاك الا ترى انه لو هلك قبل ذلك هلك بغير شيء فاعتبرت قيمته حتى حصلت له الحصة
وهذا كما قالوا في نماء المبيع ان الثمن ينقسم على قيمة المبيع يوم البيع لانه صار مضمونا بالبيع وعلى قيمة النماء
يوم القبض لانه دخل في ضمان المشتري بالقبض . واما قوله وما وقع من القسمة قبل ذلك فانما
هو على الظاهر فانما يريد به ان المرتهنة اذا كانت قيمتها الفا وهي رهن بالف فولدت ولدا قيمته
الف فالدين ينقسم في الظاهر نصفان ويجوز ان يزيد قيمة الولد او ينقص فيتغير هذه القسمة ولا يتغير
نقصان قيمة الرهن من سعر ولا بدن ولا زيادة وذلك لان المعتبر بقيمته يوم القبض فما حدث بعد ذلك لا يغير
الضمان . واما الولد فانما تعتبر قيمته يوم الفكاك فلذلك تغير حكمه بالزيادة والنقصان . قال وتفسير
ذلك رجل رهن امة قيمتها الف بالف فولدت ولدا يساوي الفا فالدين الآن في الظاهر نصفان نصف في
قيمتها ونصف في ولدها . فان مات الولد ذهب بغير شيء وكانت الام رهنا بجميع الدين لما بينا ان الولد دخل
فيه على طريق التبع فلا يسقط بهلاكه شيء فصار بعد الهلاك كانه لم يكن . وان ماتت بعد موت الولد ذهبت
بجميع الدين . وان ماتت قبل الولد ذهبت بنصف الدين وافتك الراهن الولد بنصف الدين وذلك لانها اذا
ماتت بعد موت الولد كان الولد لم يكن فسقط الدين بهلاك الام وان ماتت الام قبله فقد صار للولد حصة
بالفكاك فسقط من الدين بقدر قيمة الام وهو النصف . وان لم يفتك الراهن حتى مات بعد امه فقد ذهبت
بغير شيء وصار كانه لم يكن وذهبت الام بجميع الدين وذلك لما بينا انه لا حصة للولد قبل الفكاك فاذا مات
فكانه لم يكن فنحكم بان الام هلكت بالدين . فان لم يمت واحد منهما حتى جاء الراهن يفتك الرهن وقد
نقصت قيمة الام في السعر او البدن فصارت تساوي خمسمائة فصارت تساوي القيمة وقيمة الولد على حالها
فالولد بنصف الدين على ما كان والام بنصفه ولا يلتفت الى زيادة قيمة الام بالسعر وغيره وهذا لما بينا ان
قيمة الام تعتبر يوم القبض فما حدث بعد ذلك لا يعتبر به . فان كانت الام على حالها الاول وعلى حالها
في نقصان السعر وزيادته وجاء الراهن يفتك وقيمة الولد يومئذ خمسمائة لنقصان في السعر او لعيب
دخله في بدن عور او شلل او مرض فان قيمته في الدين الثلث وفي الام الثلثان وهذا على ما بينا
ان قيمة الولد تعتبر يوم الفكاك فاذا كانت خمسمائة وقيمة الام يوم القبض الف انقسم الدين على ذلك
فكان اثلاثا ولم يعتبر الاختلاف في عقدها بين الحالين . وان كانت قيمته زائدة يوم الفكاك فصارت
الفين بسعر او بدن كان في الولد ثلثا الدين وفي الام الثلث وذلك لان الاعتبار في الولد بحال الفكاك
واذا كانت قيمته الفين وقيمة الام يوم القبض الف ففي الولد ثلثا الدين . وان كانت الام لما ولدت الولد
وقيمته مثل قيمتها اعورت بعد الولادة او اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه مائتان وخمسون
وذلك ان قيمة الولد لما ساوت قيمتها انقسم الدين عليهما نصفين وللعين منها النصف فذهب نصف
ما فيها وهو ربع الدين وانما استوى في العور ان يكون قبل الولادة او بعدها لان نقصان الرهن يوجب

لا استيفاء ولا استيفاء يلحقه الفسخ اذا وقع فيما يشبهه كمن قبض دينه فوجده زيوفا فرده كذلك الاستيفاء من طريق
الحكم يجوز ان يلحقه الفسخ فاذا كان كذلك والاعورار قبل الولادة او بعدها سواء لانه ما يتعلق به من الاستيفاء
يجوز ان يتغير بحدوث الولادة وليس هذا كالمبيعة لانهم قالوا اذا باع الرجل جارية بالف تساوي الفا فاعورت
ثم ولدت ولدا يساوي الفا فان الولد يسلك بالاخذ والام بسدسها وكذلك لانه سقط بالعور نصف الثمن فلما
ولدت ولدا قيمته الف انقسم ما بقي بينهما اثلاثا . ولو كانت ولدت ولدا ثم اعورت فذهب بالعور ربع الثمن
لان ما فيها انقسم بينها وبين ولدها فذهب بعورها نصف ما اصابها . وانما فارق البيع الرهن اذا كان العور
قبل الولادة لان العور ينفسخ فيه البيع وما انفسخ فيه البيع لا يعود بعد ذلك فلهذا لم يتغير حكمه بالولادة .
وهلاك الرهن يقع بالاستيفاء وذلك يجوز ان يتغير . فان مات الولد وقد اعورت الام قبل الولادة او
بعدها ذهب نصف الدين لان الولد صار كان لم يكن فيبقى جميع الدين في الام فيسقط بعورها نصف الدين
فان اعور الولد لم يذهب بعوره شيء لانه لو هلك لم يسقط بهلاكه شيء فكذلك بنقصانه الا ان ثلث الدين في
الظاهر في الولد لان قيمته نصف قيمة الام . فان كانت اعورت قبل الولادة او بعدها وقبل اعورار الولد او بعده
ذهب باعورارها ايضا ثلث الدين لان قيمتها يوم العقد الف وقيمة الولد يوم الفكاك وهو اعور خمسمائة ففيها
ثلثا الدين فلما اعورت ذهب نصف ذلك وهو ثلث الدين . وان ولدت الامة الرهن ولدين او ولدا ثم ولدت
احدهما بعد الآخر فالقسمة على قيمتها يوم العقد وعلى قيمتهم يوم الفكاك وهم والولد الواحد سواء لانهم
نماء منها فحكمهم وحكم الولد سواء . وان ولدت الامة ولدا ثم ولدت الولد ولدا فكانهما في الحكم ولدان للاولى
فيقسم الدين على ذلك ولا يقسم على الحوز . وعلى الولد الاول لم يقسم ما في الولد الاول عليه وعلى ولده وذلك
لان الولد ليس بمضمون فيتبعه ولده في حكمه . واما الام فهي المضمونة فولدها وولد ولدها تابع لها .
فان رهن امة بالف قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا ثم ان الراهن زاد المرتهن مع الولد عبدا يساوي
الفا فذلك جائز وهو رهن مع الولد خاصة وما في الولد مقسوم على الولد وعلى العبد الزيادة . وذلك ان
الزيادة في الرهن جائزة عندنا استحسانا والكلام فيها ياتي في باب الزيادة والولد داخل في الرهن فاذا زاد فيه جاز
كما لو زاد في الاصل ولا تدخل الزيادة مع الام لان الراهن لم يرض بدخولها معها وانما رضي بدخولها مع الولد .
وليس هو كولدها لانه يدخل حكما فيلحق بالاصل المضمون في الحقيقة وهاهنا يدخل شرطا فيثبت على الوجه الذي شرط
واذا ثبت انه داخل مع الولد خاصة نظرت الى قيمة الولد يوم الفكاك وقيمة الام يوم القبض فقسمت الدين على ذلك
فما اصاب الولد قسمته على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لانها دخلت في الضمان بالقبض . فان
مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لما بينا ان الولد اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن والزيادة لا تصح الا
مع صحة المزيد عليه فاذا بطل بطلت . وان كانت الزيادة مع الام فكانت معها دون الولد لما بينا ان الراهن لم
يرض ان يوردها الا في حكم الاصل فيثبت على الوجه المشروط . ويقسم الدين على قيمة الام يوم القبض وعلى
قيمة الزيادة يوم قبضها فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة لما دخلت على الام فكانها كانت
في اصل العقد معها فيقسم حصتها عليهما . ويكون الولد داخلا في حصة الام خاصة . وان ماتت الام بعد
الزيادة ذهب ما كان فيها خاصة وبقيت الزيادة والولد بما فيهما لان موت الام لا يوجب بطلان العقد
فيها وانما موتها اتمام للعقد لانه استيفاء يقع به . واذا تم العقد فيها لم تبطل الزيادة عليها . فان مات
الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العبد زيد في الامة ولا ولد معها فيقسم من الدين على قدر قيمته يوم
زيد وقيمة الام يوم العقد عليها لان هلاك الولد يجعله كان لم يكن فيسقط حكمه من العقد ويبقى الام والزيادة .

باب في تسليم الرهن عند قبض المال

قال ابو الحسن رحمه الله واذا كان لرجل على رجل الف درهم فرهنه بها جارية فلما حل المال اراد صاحب المال قبض ماله
من الراهن وابى الراهن ان يدفع المال حتى يحضر المرتهن الجارية فذلك للراهن ويقال للمرتهن احضر الرهن واذا
احضره قيل للراهن سلم الدين اولا ثم اقبض الجارية وهذا بمنزلة البيع . قال والاصل في هذا ان تسليم
الدين يجب تقديمه على تسليم الرهن لان الرهن وثيقة للاستيفاء ولو سلمناه قبل الاستيفاء لبطل معنى الوثيقة
المقصودة منه . ولان من حق المرتهن ان يكون اولى بالرهن من سائر الغرماء فاذا سلم الرهن جاز ان يموت الراهن
في الحال فيصير المرتهن اسوة الغرماء وفي هذا ابطال حقه الا ان الراهن لا يلزمه تسليم الدين الا بعد احضار
الرهن لانه يجوز ان يكون قد هلك وسقط الدين فلا ينبغي وجوب تسليم الدين الا بعد احضار الرهن . ولان
الراهن اذا دفع الدين وجب ان يقبض الرهن فاذا لم يكن حاضرا تاخر حقه وهذا لا يجوز وعلى هذا قال
اصحابنا في البيع ان المشتري يلزمه تسليم الثمن اولا الا انه لا يسلمه حتى يحضر البائع المبيع لجواز
ان يكون قد هلك فيسقط الثمن ولجواز ان يكون دخله عيب يثبت للمشتري الخيار . ولو كان الراهن
سلط المرتهن في عقد الرهن على بيع الرهن عند حل المال فباعه المرتهن عند حل المال بمائة دينار وقبضها ليصرفها
ويقبض دينه ثم ان المرتهن اخذ الراهن بماله فابى الراهن ان يدفع اليه الا الف وقال ادفع الي المائة الدينار التي قبضت

وقال لا ادفع الا القاضي ترفع الى الجاريه دنانير فان الراهن لابد فيحق يدفع الدنانير بعد ذلك لان الرهن تحول من الجاريه الى الثمن فصارت الدنانير هي الرهن ولهذا يسقط الدين بهلاكها فوجب احضارها وتقديم تسليم الدين على تسليمها على ما بيناه في اصل الرهن * ولو ان رجلا قتل الجاريه الرهن ولم يكن المرتهن باعها وقضى القاضي على عاقلة القاتل بقيمتها في ثلث سنين فحل المال فطلب المرتهن اخذ دينه من الراهن وابى الراهن ان يدفعه اليه حتى يدفع اليه قيمة الجاريه او يحضر ذلك فاذا قبض دينه دفع القيمه والقيمه التي قضى بها القاضي دنانير فانه ليس للمرتهن ان يقبض دينه حتى يحضر القيمه فاذا قبض دينه دفع القيمه وذلك لان القيمه قامت مقام الجاريه فحكمها حكمها ولانه بدل عنها كالثمن * ولو كانا جعلا الرهن على يدي عدل وجعلا للعدل ان يضعه عند من احب فاختصما وقد جعله العدل عند رجل فطلب الذي له المال اخذ المال من الراهن فابى الراهن ان يدفع اليه المال حتى يرد عليه الرهن فان الراهن يدفع اليه المال ولا يكلف الذي له المال ان يدفع شيئا لم يقبض وذلك لان الراهن لم يرض بيد المرتهن ولا يجوز ان يلزمه تسليم ما ليس في يده * قال محمد الا ترى ان المرتهن لو اخذ الجاريه من العدل فهلكت في يده ضمن قيمتها بالغة ما بلغت * فلا يجد الحاكم تسليم شي لو اخذه كان غاصبا * ولو كانت الجاريه في يدي المرتهن لم يجعلاها على يدي عدل فالتقى الراهن والمرتهن في بلد اخر وقد حل المال فطالبه المرتهن بدينه وابى الراهن ان يسلم اليه الدين حتى يحضر الرهن فان الراهن يؤمر بدفع المال الى المرتهن وذلك لان المرتهن لا يلزمه ان يسافر بالرهن الا ترى انه يضمن بالسفر في قول بعض الفقهاء ويلزمه المؤونة في النقل واذا لم يجب عليه تسليم الرهن ههنا لم يطالب به * واما الدين اذا حل لم يختص تسليمه بمكان دون مكان اذا كان مما لا حمل له ولا مؤونة فلذلك وجب اداؤه * قال في الكتاب من قبل انه اذا حمله ولو حمل ومؤونة كان ضامنا وهذا على الرواية التي قال ابو يوسف ان المودع ليس له ان يسافر بالوديعة اذا كان لها حمل ومؤونة * قال ولو ان الراهن ادعى ان الجاريه قد ماتت وانه بري من الدين وقال المرتهن لم تمت وهي على حالها فان المرتهن يحلف البتة ما ماتت ولا يقبل منه اليمين على العلم وانما وجب عليه اليمين لان الراهن يدعي الايفا والمرتهن يجحد واليمين على البتات لان الراهن يدعي عليه الاستيفا بفعله الا ترى ان الرهن اذا هلك صار المرتهن مستوفيا بالقبض فلذلك كانت اليمين على البتات * ولو كانت الجاريه على يدي عدل فادعى الراهن انها قد ماتت وقال المرتهن لم تمت فان المرتهن يحلف على علمه في هذا الوجه وهذا كله رواية عن محمد لان الراهن يدعي على المرتهن الاستيفا بقبض العدل فصار كمن ادعى على صاحب الدين انه اوفى وكيله فيحلف على علمه *

باب جناية الرهن

قال ابو الحسن رحمه الله واذا رهن الرجل عند الرجل عبدا قيمته الف بالف فقتل العبد قتيلا خطا فضمان الجنايه على المرتهن لان العبد كله في ضمانه فيقال للمرتهن افد العبد من الجنايه فان فداه صح رهنه وكان دينه على الراهن على حاله * وليس للمرتهن دفع العبد على حال وانما ابتدي بالمرتهن في الجنايه لانا لو خاطبنا الراهن في الجنايه لجاز ان يختار الدفع فيمنعنا المرتهن من ذلك لان من حقه ان يقول انا افدي حتى اصلح رهني فلذلك وجبت البدايه به في الخطاب فاذا فدى فقد اسقط الجنايه عن رقبة العبد فكانها لم تكن فبقي الدين في الرهن على حاله ولا يرجع على الراهن بشي من الفدا لان العبد كله مضمون وجناية المضمون كجناية الضامن فلو رجع على الراهن لرجع الراهن عليه وانما لم يملك المرتهن ان يدفع قيل للراهن ادفع العبد او افده بالجنايه لانه مالك الرقبه والخطاب بحكم الجنايه يتوجه على المالك * وانما بدانا بالمرتهن لماله في الفدا من الحق فاذا امتنع من الفدا طولب الراهن بحكم الجنايه ومن حكمها التخيير بين الدفع والفدا فان اختار الدفع سقط دينه لان العبد استحق بسبب كان في يد المرتهن فسقط الدين بهلاكه * وكذلك ان فداه لانه استحق عليه بدله واستحقاق البدل كاستحقاق المبدل * ولو استهلك العبد الرهن مالا يستغرق قيمته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله وان ابى ان يودي الدين قيل للراهن بعه في دينه الا ان يختار ان يودي الدين عنه * فان ادى الراهن الدين الذي لزمه بطل دين المرتهن عن الراهن * فان لم يود بيع العبد في الدين الذي لحقه فاخذ صاحب دين العبد دينه فان كان ما اخذ غريم العبد من ثمن العبد مثل ما للمرتهن على الراهن او اكثر بطل دين المرتهن وكان ما بقي من ثمن العبد للراهن وان كان دين المرتهن اكثر من دين الغريم استوفى الغريم دينه وما فضل من ثمن العبد للمرتهن ان كان الدين حالا والا امسك ما فضل من ثمن العبد رهنا حتى يحل دينه فياخذه قصاصا بدينه وانما قلنا ان حق ولي الجنايه وحق ولي دين العبد مقدم على حق المرتهن لان حقهما مقدم على حق المالك فلهذا ابتدا خوطب المرتهن باداء الدين لانا لو خاطبنا الراهن به جاز ان يختار البيع فيمنعه المرتهن ويقول انا اودي الدين ليتخلص لي الرهن فلذلك بدانا به * فان ادى الدين فقد سقطت المطالبه فكان الدين لم يكن فبقي رهنه بحاله * وان لم يود سقط حقه وعاد الخطاب باداء الدين الى المالك * فان باع العبد في دينه وكان دينه مثل دين المرتهن او اكثر فقد استحق الرقبه بسبب كان في يد المرتهن فسقط دينه * وان ادى الدين سقط حق المرتهن لان ذلك استحق عليه بسبب كان في يد المرتهن فكان الذي استحق * واما اذا كان دين العبد اقل من دين المرتهن سقط من دين

بقدر دين العبد لان ذلك استحق بسبب كان في يد المرتهن وما بقي من ثمن العبد لا دين فيه فيبقى في يد المرتهن رهنا بما بقي من حقه فان كان دينه قد حل فلا معنى لحبس الدراهم بالدراهم فيستوفيه * فان كان لم يحل امسك الباقي حتى يحل دينه * وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يكن له ان يرجع بما بقي من الدين على احد حتى يعتق العبد فاذا عتق رجع عليه ولم يرجع العبد على احد بشي وذلك لان المستحق على المولى في ديون العبد رقبة العبد الا ان يختار قضاء الدين فاذا استوفيت الرقبه لم يبق عليه حق ولا يملك مطالبة العبد في يد المشتري لان الدين قد سقط عن رقبته فيتاخر الباقي الى حال الحريه فاذا اداه العبد لم يرجع به على احد لانه ادى دين نفسه الواجب بفعله * فان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف فان نصف الجنايه في ضمان الراهن ونصفها في ضمان المرتهن ويقال لهما افديا فان فديا كان العبد رهنا على حاله وذلك لان نصف العبد مضمون ونصفه امانه وحكم الجنايه في الامانه يلزم المالك للرقبه كالمودع وحكمها في المضمون يتعلق بالمرتهن فلذلك قيل لهما افديا * فان اجتمعا على الدفع دفعا وبطل دين المرتهن وذلك لان الرقبه استحقت بسبب كان في يده وقوله دفعا تجوز لان الدفع تمليك ولا يملكه المرتهن وانما نعني به ان المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفدا فدفع الراهن واضاف الدفع اليهما لانه تم باختيارهما وان لم يتم بفعلهما * وان تشاحا فقال المرتهن انا افدي وقال الراهن انا ادفع فللمرتهن ان يفدي ويمسك العبد فان فداه بالدين فهو متطوع فيما فدى فيما كان يلزم الراهن في قول اصحابنا جميعا وذلك لان الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن وللمرتهن بالفدا ان يحفظ حقه ولا يسقط حقا للراهن فكان اختياره اولى ويكون متطوعا في حصة الامانه وذلك لانه التزم الفدا في حصة الامانه ليحفظ حقه في المضمون وقد كان يقدر ان لا يلتزم الفدا حتى يخاطب الراهن به فلما التزمه صار متبرعا وهذا على الروايه التي يقول فيها انه اذا فدى مع غيبة الراهن رجع عليه بحصة الامانه * واذا فدى مع حضوره لا يرجع * فاما على الروايه الاخرى فينبغي ان يرجع عليه بحصة الامانه لانه لا يقدر على اصلاح الا بفدا الامانه * وان قال الراهن انا افدي وقال المرتهن انا ادفع فليس له الدفع الى الراهن ان يفديه ويبطل دين المرتهن ويخرج العبد من الرهن وياخذه الراهن وذلك لان اختيار المرتهن الدفع مع اختيار الراهن الفدا لا فايده فيه للمرتهن لانه يسقط دينه بالدفع كما يسقط الا انه بالدفع يسقط حق الراهن عن الرقبه * وقد يكون للراهن غرض في التزام الفدا حتى تسلم له الرقبه فلم يجز للمرتهن تفويت ذلك الغرض عليه وهي فايده ترجع اليه * وان ابى المرتهن ان يفدي وفدى الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفدا من دينه * فان كان نصف الفدا اقل من الدين سقط من الدين بقدر نصف الفدا من دينه * فان كان نصف الفدا اقل من الدين سقط من الدين بقدر نصف الفدا وكان جميع العبد رهنا بما بقي من دين المرتهن وذلك لان الراهن ليس بمتطوع في الفدا لان حكم الجنايه يلزمه شا او ابى وفي الدفع والفدا اسقاط حق المرتهن على وجه واحد وقد يكون الفدا انفع اذا كان اقل من الدين لان حق المرتهن يبقى في الفاضل فلذلك لم يكن متبرعا * ومقدار الفدا مستحق عليه بسبب كان في يد المرتهن فهو من ضمانه وما بقي من دين المرتهن يحبس به جميع العبد كما لو استوفى بعض دينه بالقبض وبقي بعضه * وان كان الراهن غايبا والمسئله على حالها ففداه المرتهن فهو متطوع في قول ابي حنيفه وان كان حاضرا فهو متطوع على الراهن روى ذلك عن ابي يوسف ومحمد عن ابي حنيفه وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف عنه ايضا وروى زفر عن ابي حنيفه ان الراهن اذا كان حاضرا لم يكن متطوعا * واما في قول ابي يوسف ومحمد وزفر والحسن فالمرتهن متطوع غايبا كان الراهن او حاضرا * وحجة رواية ابي يوسف ان الراهن اذا كان حاضرا امكن استيفا الجنايه منه ومخاطبته بها فلم يلزم المرتهن حكمها فاذا فدا فقد تبرع على الراهن فصار كالاجنبي وليس كذلك اذا كان غايبا لانه لا يمكن استيفا الجنايه منه فلم يبق الا ان يخاطب به المرتهن ولا يقدر على اصلاح المضمون منه الا باصلاح الامانه فكان ماذونا له من طريق الحكم كالمشتريين اذا غاب احدهما وادى الاخر جميع الثمن وكصاحب العلو والسفل اذا بنى صاحب العلو * وجه رواية زفر ان الراهن اذا كان غايبا لم يخاطب المرتهن بحكم الجنايه لانه غير مالك للرقبه فاذا التزم الفدا فلم يخاطب به كان متبرعا * وليس كذلك اذا حضر الراهن فان الخطاب بالجنايه توجه عليه ويجوز ان يدفع فيسقط به حق المرتهن فكان له ان يفدي ليبطل به حقه * وجه قولهما وقول زفر ان المرتهن فدا ملك غيره بغير اذنه كالاجنبي ولانه اصلح بالفدا حق نفسه فلم يرجع به على غيره * واذا رهن الرجل عند الرجل جاريه بالف قيمتها الف والفان فولدت ولدا في يد المرتهن فقتل الولد رجلا خطا فلا ضمان على المرتهن فيه وضمان الجنايه على الراهن ويقال له ادفع او افد فان دفعه خرج من الرهن ولم يذهب شي من الدين وكانت الام رهنا بجميع الدين * وان فداه الراهن فهو رهن مع امه على حاله وذلك لان الولد ليس بمضمون على المرتهن لانه لا يسقط بهلاكه شي من دينه فصار كعبد الوديعه اذا جنى فجنايته على مولاه * وان دفعه فقد زال ملكه عنه وبطل الرهن ولم يسقط شي من الدين كما لا يسقط بهلاكه * وان فداه سقطت الجنايه عنه فكانه لم يكن فيبقى الرهن وكذلك ان لحقه دين فباعه الراهن فيه خرج من الرهن وان ادى دينه بقي في الرهن لما ذكرنا * وان اختار الراهن في مسئلة الجنايه الدفع وقال المرتهن انا افدي او اختار في مسئلة الدين البيع وقال

المرتهن انا افضى الدين فله ذلك لان الولد وان لم يكن مضمونا فهو في تبعه المرتهن الا ترى انه يقوم مقام الام عند
هلاكها ويسقط في الدين من ثمنها ويكون احق بها من ساير الغرما فكان له ان يصلح حقه في الامساك بالفدا وقضا
الدين وفي ذلك منفعه للراهن من غير ضرر ◌

باب جنايه الرهن بعضه على بعض

قال رضي الله عنه ما الاصل في هذا الباب ان العبدين اذا كانا رهنا او احدا عند واحد فلا يخلوا اما ان يكون رهنا بعقد او
بعقدين فان كانا رهنا بعقد واحد فجنايه احدهما على الاخر لا يخلوا من اربعه اقسام جنايه الفارغ على الفارغ هدر وجنايه
المشغول على الفارغ هدر وجنايه المشغول على المشغول هدر الا ان الدين الذي في المجني عليه يسقط وجنايه
الفارغ على المشغول تثبت وينقل ما في المشغول من الدين الى الفارغ فيصير رهنا مكانه وانما كان كذلك
لان جنايه ملك الانسان على ملكه يكون هدرا كما لو لم يكن رهنا الا ترى ان ماله جنا بعضه على بعض
فلا فايده في اثبات حكم الجنايه وانما يثبت حكمها ليتعلق حق المرتهن بالرهن لانه يجعل المالك فيه كالاجنبي
ولذلك لو اتلف الرهن ضمنه فكذلك يجوز ان يجعل عبد الرهن كعبد الاجنبي ◌ واذا كانت الجنايه لا حكم
لها لولا الراهن فما كان في اثباته حق المرتهن يثبت وما لا حق له فيه يصير كجنايه عبد غير الرهن فلا يثبت
واذا ثبت هذا قلنا جنايه الفارغ على الفارغ كجنايه عبد الوديعه على عبد الوديعه اذا كان مالكهما واحدا لانه
لا حق للمرتهن في مقدار الامانه فلا يثبت حكم الجنايه ◌ واما جنايه المشغول على الفارغ فلا يثبت حكمها
ايضا لانه لا فايده للمرتهن في ثبوتها فلو ثبت لثبت لحق الراهن وماله اذا جنا بعضه على بعض لا يثبت
حكم الجنايه ◌ ولا يجوز ان يجعل جنايه المشغول على الفارغ كجنايه عبد الغصب على عبد الوديعه اذا كان
مالكهما واحدا لان المغصوب مضمون في الحقيقه فما يتعلق به التمليك فصار كجنايه الغاصب ◌
واما عبد الرهن فليس بمضمون في الحقيقه وانما يسقط الدين بهلاكه حكما ولا يملك بالدين فصار في
حق المرتهن كالوديعه ◌ واما جنايه المشغول على المشغول فليس في ثبوتها حق للمرتهن وقد بينا ◌
ان الجنايه لا تثبت لحق الراهن فسقطت وصار المجني عليه كالتالف بافه من السما فسقط ما فيه من الدين ◌
واما جنايه الفارغ على المشغول فيثبت حكمها ويصير كعبد الوديعه اذا جنا على عبد الرهن فيقال للراهن
ادفعه او افده وذلك لان الراهن لو جنا على المشغول لثبت جنايته فكذلك اذا جنا عبده واذا
ثبت حكم الجنايه انتقل ما في المشغول الى الفارغ وقام مقامه ◌ واما اذا رهن عبدين في صفقتين
فلا يخلوا ان يكون قيمتهما فضلا عن الدين او لا يكون فان كان فيهما فضل على الدين فقتل احدهما الاخر
ثبت حكم الجنايه وقيل للراهن ادفع القاتل مكان المقتول لانهما لما حبسا بصفقتين صار الحق المتعلق
باحدهما غير الحق المتعلق بالاخر فكانهما رهنا عند اثنين ◌ وليس كذلك اذا كانا في صفقه واحده لان الحق
المتعلق باحدهما متعلق بالاخر الا ترى ان المالك اذا قضى دين احدهما لم يكن له اخذه ◌ واما اذا لم يكن فيهما فضل
عن الدين فقد روى ابن سماعه وعلي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه يسقط ما في المجني عليه ولا يثبت
حكم الجنايه وذلك لان قيمه كل واحد منهما اذا كانت مثل قيمه الاخر والدين الذي فيهما به سوا فلا فايده للمرتهن
في الدفع ◌ قال واذا ثبت هذه الاصول قال ابو الحسن رحمه الله اذا رهن رجل رجلا عبدين يساوي كل
واحد منهما الف درهم بالفي درهم وقبضهما المرتهن ثم ان احد العبدين قتل العبد الاخر او جنا عليه جنايه فيما
دون النفس قليل ارشها او كثر فانه لا يلحق الجاني من ذلك شي كانه مات او دخله النقص بغير
فعل احد فيذهب من دين المجني عليه بقدر ذلك هذا في قولهم جميعا وذلك لان كل واحد من العبدين مشغول
بالدين وقد بينا ان جنايه المشغول على المشغول لا تثبت حكمها الا انه يسقط ما في المجني عليه كالذاهب
بافه من السما ◌ وان كانت قيمه كل واحد منهما الفا وهما رهن بالف وقتل احدهما الاخر فلا دفع في هذا
ولا فدا ويكون القاتل رهنا بسبعمايه وخمسين وذلك لان كل واحد من هذين العبدين نصفه مشغول ونصفه
امانه فاذا قتل احدهما الاخر فقد جنا النصف المشغول على نصف مشغول ونصف فارغ وجنايه على
الفارغ هدر وجنايه على المشغول يسقط بها الدين فسقط مايتان وخمسون وقد جنا النصف الفارغ على نصف
مشغول ونصف فارغ وجنايه الفارغ على الفارغ هدر وجنايه الفارغ على المشغول يثبت حكمها وينقل ما في
المشغول الى الفارغ فيصير في القاتل مايتان وخمسون فاجتمع في القاتل ما كان فيه بعقد الرهن وهو خمسمايه
وما انتقل اليه بالجنايه فذلك سبعمايه وخمسون وبطل من الدين مايتان وخمسون وانما لم يثبت في هذه
الجنايه دفع ولا فدا لانهما جميعا مال واحد رهن بعقد واحد فلا فايده في الدفع ولا يلزم الراهن الفدا لانه
لو لزمه لحق المرتهن لرجع به عليه ◌ وان فقا احد العبدين عين صاحبه والمسله بحالها فنصف الجاني فارغ
وقد سقط من دين المجني عليه بنصفه ويكون الجاني رهنا بستمايه وخمسه وعشرين لان العين من العبد نصفه
في حكم الجنايه وقيمتها خمسمايه ففيها من الدين مايتان وخمسون استوفاها نصف مشغول ونصف
فارغ فجنايه المشغول على المشغول والفارغ هدر الا ان حصه المشغول على المشغول يسقط من الدين [illegible]
وذلك ربع العين وجنايه الفارغ على الفارغ هدر وجنايه الفارغ على المشغول يثبت حكمها وينقل ما فيها الى
الجاني

فقد انتقل الى الجاني نصف ما كان في العين وهو مايه وخمسه وعشرون وسقط نصف ما فيها بجنايه المشغول على
المشغول وهو مايه وخمسه وعشرون فصار الفاقي رهنا بستمايه وخمسه وعشرين وصار المفقوه عينه رهنا بمايتين وخمسين
قال ولو ارتهن عبدين كل واحد منهما بجميعا وقيمه كل واحد منهما الف ارتهن كل واحد منهما على حده فقتل احدهما
صاحبه فانه يخير الراهن والمرتهن فان شا جعلا القاتل مكان المقتول وبطل ما كان في القاتل وان شا افديا
القاتل بقيمه المقتول فيكون الفدا رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وذلك لانهما اذا كانا رهنا بعقدين
فقد تعلق بكل واحد منهما حق مخالف للاخر الا ترى ان الراهن اذا قضى ما في احدهما من الحق كان له اخذه فصار
كالرهن عند اثنين ◌ ولو ان احدهما فقا عين الاخر قيل لهما ادفعاه او افدياه بارش عين الاخر فان دفعاه بطل ما
فيه من الدين وان فدياه كان الفدا عليهما نصفين وكان رهنا على حاله وكان الفدا رهنا مع المفقوه عينه وذلك
لما بينا ان حكم الجنايه ثابت فكان كعبد الرهن جنا على عبد اجنبي ◌ وان اختار الدفع قام مقام المجني عليه
وان اختار الفدا كان عليهما لان نصف العبد مضمون بنصف المايه ◌ فان قال المرتهن لا افدي في الجنايه
وانا ادع الرهن على حاله فله ذلك ويكون الفاقي رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما في المفقوه عينه
من الدين وذلك لان حكم هذه الجنايه يثبت لحق المرتهن ولا يثبت لحق الراهن الا ترى انه لولا حق المرتهن
لم يثبت حكمها فاذا لم يطالب المرتهن بحكمها لم يجز ان يثبت لحق الراهن ◌ فان قال الراهن انا افدي وقال
المرتهن لا افدي فان للراهن ان يفدي بارش الجنايه ويسقط من دين المرتهن ما في الجاني قدر نصف الفدا
وهذا انما يكون اذا طالب المرتهن بحكم الجنايه والتمس الدفع واختار الراهن الفدا فله ذلك لانه ليس للمرتهن
ان يعين عليه حكم الجنايه وهو ثابت على التخيير ◌ وان ابى الراهن الفدا وقال المرتهن انا افدي والراهن
حاضر او غايب فهو على ما عرفت في العبد الواحد اذا اختار المرتهن ان يفدي فيما يكون به متطوعا او لا
يكون على اختلافهم في ذلك وذلك لان للمرتهن حقا في اختيار الفدا الا ترى ان الراهن اذا دفع سقط احد
الدينين واذا افدى المرتهن يبقى الدينان جميعا وله في ذلك حق ◌ واما الاختلاف الذي ذكره فهو فيما
يرجع به من الفدا في حصه الامانه وذلك على الروايتين اللتين ذكرناهما ◌ وان كانت قيمه كل واحد
منهما الفا وهما رهن بالفين وهما رهنان متفرقان فقتل احدهما صاحبه فان دفعاه بالجنايه فانه يقوم مقام
المقتول وبطل الدين الذي في القاتل لان قيمته استحقت بسبب كان في يد المرتهن وان فديا
فالفدا كله ههنا على المرتهن فان شا فداه بالف واذا حل الدين دفع الراهن الفا واخذ عبده وكانت الالف
الاخرى التي عليه قصاصا بهذه الالف التي فداها ان كان المال واحدا وان كان مختلفا دفع الفا واخذ الفدا
وذلك لان كل واحد منهما مضمون لانه لا امانه فيه فالفدا على المرتهن لانه يتعلق به حق نفسه ◌ واذا حل الدين
فلا معنى لدفع الف واخذ الف وهما على صفه واحده فيدفع الفا وياخذ العبد القاتل ◌ وصير الالف بالالف
الاخرى قصاصا ◌ وان كان الرهن حيوانا غير بني ادم فقتل بعضه بعضا فالمقتول بما فيه ولا يرجع على
الاخر بشي من دينه ولذلك ما جنى بعضها على بعض من عقور او غيره ذلك ذهب من الدين بحساب ذلك كانه
ذهب بغير فعل احد وذلك لان جنايه البهايم هدر لا يثبت حكمها لقوله عليه السلام العجما جبار ◌ واذا لم يثبت حكم الجنايه
صار كالافه من السما فيسقط بها الدين ◌ قال وان كان الرهن عبدا ودابه فقتلت الدابه العبد وجنت عليه فذلك
هدر وكانه ذهب بغير فعل احد لما بينا ان جنايه البهيمه لا يثبت حكمها وان قتل العبد الدابه وهما رهن لرجل واحد
فما بطل من دين الدابه بالجنايه ينتقل الى العبد على حسب ما فيه من الفارغ على ما وصفت لك لان جنايه الادمي
تثبت حكمها على الادمي وغير الادمي ◌ وقال علي بن الجعد وابن سماعه عن ابي يوسف لو ان عبدين رهن عند
رجل كل واحد منهما بالف وقيمته الف وهما لرجل واحد ففقا احدهما عين الاخر فانه يذهب من المفقوه عينه نصف
الدين الذي فيه ◌ ولا يلحق الجاني جنايه في قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف المرتهن بالخيار ان شا طلب
الجنايه وان شا المولى يهدرا كانا جميعا بالالف التي في المفقوه عينه وبطل ما في الفاقي من الدين وخير المرتهن ان
يدعه على حاله فيكون هذا بالف وهذا بخمسمايه قال وهذا انما يريد به انهما رهن واحد فقول ابي حنيفه
ظاهر لان جنايه المشغول على المشغول في الرهن الواحد لا يثبت حكمها ويسقط من الدين بحسابها ويكون
جواب ابي يوسف خلاف المشهور ◌ وان كان وضع المسله على رهنين مختلفين فقول ابي يوسف
ظاهر لان للمرتهن حقا في تبقيه احد الدينين واسقاط الاخر فلذلك كان له المطالبه بالدفع او الفدا
واما جواب ابي حنيفه فهو خلاف المشهور ووجهه ان الدين اذا كان مستغرقا لهما وقيمتهما
سوا يسقط من الدين بالدفع ما يسقط منه اذا لم يدفع ولا يكون في المطالبه بالجنايه فايده فليسقط حكمها ◌

باب جنايه الرهن على الراهن او المرتهن

قال ابو الحسن رحمه الله واذا رهن الرجل عبدا بالف درهم وقيمته الف فجنا على الراهن في نفسه او ماله جنايه
توجب مالا فهو هدر في قولهم جميعا وذلك لان المولى لا يثبت له على عبده دين وحكم جنايه الخطا حكم الدين الا
ترى ان للمولى ان يقر عليه بكل واحد من الامرين ◌ ولا يقبل اقرار العبد بهما فاذا لم يثبت احدهما لم يثبت الاخر ◌

وليس كذلك الجناية على العبد لأنها لا تثبت بإقرار المولى عليه ولا تثبت بإقرار العبد فصار المولى معه فيها كالأجنبي ولأن الرهن على
ملك الراهن وإنما تثبت جنايته لحق المرتهن لأن تعلق حقه به جعل المولى كالأجنبي ولا فائدة للمرتهن في ثبوت هذه الجناية
فلم تثبت، وليس هذا كالجناية المغصوب على المولى لأن المغصوب مضمون ضمانًا يتعلق به التمليك فصار كعبد الغاصب
والرهن ليس بمضمون في الحقيقة. وإن جنى على المرتهن فهو هدر في قول أبي حنيفة وفي قولهما جنايته على
المرتهن ثابتة إذا كانت في بني آدم فإن شاء المرتهن والراهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن وإن شاء
المرتهن قال لا أطالب بالجناية وهو رهن على حاله. وجه قول أبي حنيفة أنا لو أثبتنا حكم هذه الجناية وطولب
الراهن بها رجع بها على المرتهن لأنها حصلت والعبد في ضمانه فمن حيث ثبتت هذه الجناية تسقط، ولأن جناية
المضمون في يد الضامن كجناية الضامن نفسه أو أجنبي على أجنبي. ولأنه لو جنى في مال المرتهن لم تثبت حكم جنايته
بالاتفاق فكذلك إذا جنى على نفسه لأن موجب كل واحد من الجنايتين المال. وجه قولهما أن في ثبوت هذه الجناية
فائدة للمرتهن ألا ترى أن المولى لو اختار الدفع فيملك المرتهن العبد ويجوز أن يكون له غرض في تملكه وأن يسقط
دينه ويجوز أن يكون يبغيه دينه وإسقاط حكم الجناية أنفع له فلذلك خيّر بين الأمرين وليس كذلك إذا جنى في
ماله لأنه لا يملك العبد بإتلاف المال وإنما يجب له مال يرجع به عليه ولا فائدة له في ذلك. قال محمد وهذا إذا كان
قيمته والدين سواء لا فضل فيه ولم يذكر قول أبي حنيفة إذا كان في قيمته فضل. وقد روي عنه أن حكم الجناية يثبت
في مقدار الأمانة لأنه ليس في ضمانه فيصير كعبد الوديعة. وقال في الرواية الأخرى لا تثبت حكم الجناية لأن
مقدار الأمانة رهن في يده فهو كمقدار المضمون. وقال محمد فإن أفسد متاعًا للمرتهن وقيمته ألفان وهو
رهن بألف فطلب المرتهن أن يأخذ بقيمة المتاع فإنه يعرض على الراهن إن شاء قضى عنه نصف الدين وجعل نصفه
على المرتهن وإن كره أن يعرض بيع العبد في ذلك كله فإن بقي شيء بعد فكان الرهن لأخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه
وذلك لأن القيمة إذا زادت على الدين فالزيادة أمانة فتثبت حكم جنايتها على المال، فإن اختار المولى قضاء الدين
قيل له اقض نصفه لأن حصة الأمانة ثابتة وحصة المضمون ليست بثابتة على ما قدمنا من قولهم. فإذا قضى
المولى النصف زال الدين فيبقى العبد رهنًا على حاله وإن اختار البيع بيع العبد. قال محمد فإن جنى على المرتهن
في نفسه أو على رقيقه فقيل لمولاه ادفعه أو افده فإن دفعه وقبله المرتهن بذلك كان نعمة له وبطل الدين
والرهن وإن فداه كان على الراهن نصف الفداء ويكون رهنًا على حاله، وذلك لأن المولى له اختيار الدفع فإذا اختار
الدفع فقد ملكه المرتهن من غير فكاك وزال ملك الراهن عنه بسبب كان في حال الضمان وسقط الدين كما
لو دفعه بالجناية إلى أجنبي وليس كذلك إذا باعه الراهن من المرتهن أن الدين لا يسقط لأن ملك الراهن زال
عنه بعقد الفكاك ألا ترى أنهما إذا تراضيا بالبيع خرج العبد من الرهن قبل أن ينعقد فيه البيع فيصير كما لو
تفاسخا الرهن ثم باعه، وأما إذا اختار الفداء فدى النصف لأن حصة المضمون لو فداه لرجع به على المرتهن
ولا فائدة في إثبات الفداء فلم يبق إلا مقدار الأمانة فلزمه عليها أن يفديه. قال الحسن عن أبي حنيفة
في رجل ارتهن جارية تساوي ألفين بألف فجنت على المرتهن شجة أو قطعت يده فإن نصف الجناية هدر
لأن نصف الجارية كان مضمونًا على المرتهن في يده ويقال للراهن ادفع النصف الذي كان المرتهن فيه مؤتمنًا
أو افده وهذا على ما بينا في إحدى الروايتين أن جنايته في مقدار الأمانة ثابتة. فإن فداه صار الفداء للمرتهن
وكانت رهنًا على حالها بالألف لأن الجناية سقطت عن رقبتها. وإن قال أنا أدفع فدفع النصف للمرتهن
بالجناية خرج النصف الآخر من الرهن ويأخذ الراهن ذلك النصف ويصير له وتصير الألف التي كانت الجارية
بها رهنًا دينًا للمرتهن على الراهن. قال الحسن وفيها قول آخر أن النصف يكون رهنًا على حاله بالألف
وبه نأخذ. قال الحسن الذي حكي عن أبي يوسف من بطلان الرهن في النصف هو قول أبي يوسف
الأول ثم رجع وقال هي رهن على حالها حكى رجوعه ابن سماعة في نوادره وهذه مسألة الإشاعة في حال البقاء
وقد مضى وجه كل واحد من الروايتين فيما تقدم. وقال الحسن قال زفر إذا جنت الجارية على المرتهن فشجته
شجة أو قطعت يده وهي تساوي ألفين وهي رهن بألف قيل للمرتهن أنت بالخيار إن شئت أبطلت نصف
الجناية في النصف الذي كان رهنًا وقيل للراهن ادفع النصف أو افده على ما وصفناه وإن شئت أبطلت
الرهن وقيل للراهن ادفع الجارية كلها بالجناية أو افدها بجميع الجناية وكذلك لو قتلت الجارية المرتهن أو
قتلت غلامًا له أو ابنًا له وذلك لأن للمرتهن له أن يبطل الرهن بغير اختيار الراهن فإذا أبطله صارت
الجارية كأنها لم تكن رهنًا فثبت حكم جنايتها وإذا لم يبطل الرهن ثبت مقدار الأمانة من الجناية وسقط مقدار
المضمون. وأما ما ذكر من الجناية على ابن المرتهن فهو موضوع على أن المرتهن هو الوارث فصار المستحق
لأرش الجناية عليه هو فكأن الجناية عليه. قال وحكى الحسن عن أبي حنيفة أن جناية الرهن على الراهن
أو على من هو وارثه كالجناية عليه، وكذلك الجناية على المرتهن أو على من هو وارثه كالجناية عليه.
قال محمد في الأصل إن جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن كالجناية على الأجنبي، وجه رواية الحسن
أن الوارث هو المستحق للأرش فصارت الجناية على مورثه كالجناية عليه. وجه رواية محمد أن جناية
الرهن إنما لم تثبت على الراهن لأنه لا يثبت له دين على عبده فأما ابن الراهن فيجوز أن يثبت له على عبد

ابنه دين فثبتت جنايته عليه كالأجنبي وإنما لم تثبت جناية الراهن على المرتهن عند أبي حنيفة لأنه في
ضمانه وهذا المعنى غير موجود في ابنه فصار كالأجنبي. قال أبو الحسن رحمه الله وما رواه الحسن من جناية
المضمون من الرهن أنه يبطل في قول أبي يوسف خلاف ما رواه محمد. قال محمد إذا جنى الرهن على المرتهن ونصفه
مضمون قيل للراهن ادفع النصف أو افده وكل واحد منهم روى ما هو قياس ما ابتدعوا عن أبي يوسف. وقال
بشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف لو أن رجلًا رهن عند رجل عبدًا بألف قيمته ألف فجنى على مولاه الراهن أو على
عبد له أو أكل طعامًا له أو أحرق ثوبًا له فإنه لا يلزمه من ذلك شيء في قول أبي حنيفة وإن جنى على المرتهن فهو
مثل ذلك إذا كانت قيمته والدين سواء وهذا على ما قدمنا. وقال أبو يوسف الخيار في ذلك إلى المرتهن
فإن شاء طالب بالجناية. فإن دفع المولى العبد بها أبطل الدين الذي كان رهنًا به وإن فداه المولى وكان أرش
الجناية أكثر من قيمته بطل الدين أيضًا وخرج من الرهن. وإنما أبطل أبو حنيفة جنايته من هذا الوجه. قال
أبو يوسف وقولي في الأول مثل قول أبي حنيفة وإنما جعل الخيار إلى المرتهن لأن له حقًا في إسقاط
الجناية ليبقى الرهن وله حق في المطالبة بها لأن ما لا يحصل له بها أنفع من تركه فكان بالخيار في أحد الأمرين.

باب الرهن يقتل عمدًا

قال رضي الله عنه الأصل في هذا الباب أن عبد الرهن إذا قتل عمدًا فليس للراهن القصاص إلا أن يجتمع المرتهن معه على ذلك
فإذا اجتمعا فله القصاص عند أبي حنيفة وفي قول محمد ليس لهما القصاص وإن اجتمعا وروى ابن سماعة عن أبي يوسف مثل ذلك
وروي عنه في موضع آخر أنهما إذا اختلفا وأدى الراهن الدين فللقاضي أن يبطل القصاص فله أن يقتص وإن اجتمعا
على القصاص ففيه القصاص. وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة عن أبي يوسف أن عبد الرهن إذا قتل قال لا
يقتل القاتل ويؤخذ بالقيمة ويكون رهنًا مكانه إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا إذا اجتمع الراهن والمرتهن على قتل
القاتل فلهما ذلك. وقال محمد لا قصاص اجتمعا أو لم يجتمعا. وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة
في عبد الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر فإن اتفق الراهن والمرتهن على القصاص فذلك لهما وإن
اختلفا فلهما القيمة تكون رهنًا مكانه. وجه قولهما أن الرهن ملك للراهن وإنما لم يجز له أن ينفرد بالقصاص
لما في ذلك من إسقاط حق المرتهن ألا ترى أن له حقًا في أخذ قيمته ليكون رهنًا بدينه فإذا رضي بالقصاص فقد
أسقط حق نفسه فثبت. ولأن الملك للراهن وللمرتهن حق الاستيفاء فإذا أسقط حقه بالرضا ثبت القصاص
كعبد الإجارة إذا قتل لما أسقط حق المستأجر لفسخ العقد فثبت القصاص، وعلى هذا قالوا في العبد الموصى
بخدمته إذا قتل لم يكن للورثة القصاص لأن للموصى له حقًا في أخذ القيمة ليشتري بها عبدًا آخر فإذا اجتمع
مع الورثة على القصاص فقد أسقط حقه فسقط وثبت القصاص وليس هذا كعبد المكاتب إذا قتل واجتمع
المولى والمكاتب على القصاص لأن المستحق للملك غير معلوم فلم يجز ثبوت القصاص لمجهول. وجه
قول محمد أن حق المرتهن مستقر في الرقبة ومنتقل إلى القيمة فيصير كحق أحد الشريكين وهو لا يملك
القصاص فكذلك المولى لا يملكه. وأما قول أبي يوسف إذا اختلفا فأدى الراهن الدين كان له القصاص
وذلك لأن حق المرتهن سقط بالاستيفاء فلم يبق إلا حق الراهن. وأما إذا اختلفا وأبطل القاضي
القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لأن القصاص كان مراعى فلما قضى القاضي بإبطاله سقط ولم يعد
إلا بتجدد سببه. وأما قوله أنهما إذا اجتمعا على القصاص سقط الدين فلأن العبد تلف بسبب كان في يد المرتهن
وأما قوله في الرواية التي قال لا قصاص للراهن والمرتهن إذا عفيا رجع المرتهن على الراهن بدينه
فلأن القيمة ملك للراهن وإنما للمرتهن فيها حق ولا يملك الراهن العفو لما فيه من إسقاط حق المرتهن
فإذا اجتمعا على العفو فإنما سقطت القيمة بعفو المولى ورضا المرتهن له أن ذلك في إسقاط حقه عن القيمة
فصار كما لو وهب الراهن الرهن وأجاز المرتهن الهبة لم يسقط دينه كذلك هذا.

باب الرهن يقتل آخر عمدًا

قال أبو الحسن رحمه الله إذا كان العبد رهنًا فقتل رجلًا عمدًا فإنه يقتل ويبطل الدين الذي كان فيه وذلك لأن حق
المرتهن لا يمنع وجوب القصاص في الرهن لحق المالك فإذا اقتص منه فقد تلف الرهن بسبب كان
في يد المرتهن فسقط دينه كموت الرهن. وإن قتل الراهن أو المرتهن عمدًا قال محمد في الأصل هذا
لا يشبه الخطأ وعليه القصاص في الوجهين ويبطل الدين وإنما وجب القصاص للراهن لأنه حق ثبت للمولى
على عبده ألا ترى أنه لا يملكه المولى منه فصار العبد فيه كالأجنبي وليس كذلك الجناية الخطأ لأن
موجبها المال وذلك لا يثبت للمولى على عبده. وأما وجوب القصاص للمرتهن فلأن أكثر أحواله أن يكون
حقه كحق المالك فإذا وجب القصاص للمالك كذلك للمرتهن وإنما يسقط الدين لأن الرهن تلف
بسبب كان في يد المرتهن.

باب الرهن يجني عليه وهو رهن

قال أبو الحسن رحمه الله إذا استهلك الراهن الرهن مستهلك فوجبت قيمته على من استهلكه غرم القيمة
وقبضها المرتهن وكانت رهنا في يده على سبيل ما كان عليه الرهن المستهلك وحقوق المرتهن فيها كحقه
في الرهن المأخوذ. وذلك لأن القيمة قائمة مقام العين فتعلق بها من الحق ما تعلق بالأصل. ولأن الغاصب
أزال يد المرتهن فكان عليه إعادتها كيد المالك. ولأن الرهن حق مستحق في الرقبة بدلالة أنه يسري إلى
الولد ويستحقه الوارث فصار كحق المالك. وإن استهلك المرتهن الرهن والدين إلى أجل غرم
قيمة الرهن وكانت في يده رهنا إلى أن يحل الدين وإذا حل الدين وهي من جنس الدين ومثل له في صفته
قبض المرتهن حقه منها فإن بقي شيء من القيمة كان للراهن وذلك لأن المرتهن أتلف ملك غيره ومن أتلف
ملكا ما وجب عليه قيمته. ولأن الرهن إن اعتبر بالأمانات فإتلافه يتعلق به الضمان كالوديعة
وإن اعتبر بالمضمونات فإتلافه يؤكد الضمان كالغصب. وإنما كانت القيمة التي تؤخذ منه رهنا لأنها
بدل عن الرهن كالقيمة المأخوذة عن الأجنبي. وأما حبسها بالدين المؤجل فلأن الأجل حق للراهن
فلا يجوز إسقاطه إلا برضاه. وأما إذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن حقه منها لأنه
وجد جنس حقه وأخذه لا يقف على الرضا وإنما يرد الفضل على الراهن لأنه استوفى حقه فصار كما لو استوفى
دينه والرهن في يده وجب رده. فإن عجزت القيمة عن الدين نظرت فإن كانت قيمة الرهن الأول مثل
الدين يوم قبضه المرتهن بطل باقي الدين عن الراهن. وذلك لأن الرهن مضمون بالقبض وإذا تلف في
يد المرتهن اعتبرت قيمته يوم القبض ولا يقال إن نقصان السعر في الرهن ليس بمضمون لأنه لا يضمن
مع بقاء عين الرهن. فأما إذا أتلفت العين فالضمان يتعلق بقبضها فكأنه استوفى مقدار قيمتها
يوم القبض وإنما لم يجب عليه بالإتلاف إلا قيمته يوم أتلف لأن الضمان المتعلق بالإتلاف من غير جنس
الضمان المتعلق بقبض الرهن فاعتبرت القيمة فيه عند الإتلاف ووجب فضل القيمة بالقبض السابق
بحكم ضمان الرهن. وإن كانت قيمة الرهن يوم قبضه ما غرم عنه رجع ببقية الدين على الراهن وذلك
لأنه استوفى جميع الرهن فيما زاد على مقداره في ذمة الراهن وإن كان الدين حالا في حال ما استهلك
المرتهن الرهن وحكم الحاكم بمثل دينه كان مقدار الرهن قصاصا. فإن فضل له دين رجع به وإن كان ما لزمه
من الغرم مثل قيمة الرهن. قال وهذا على أصلنا أن الدينين من جنس واحد يتقاصان في الذمة والمقاصة
بينهما لا تؤدي إلى فساد عقد صار أحدهما قصاصا بالآخر وإن لم يتقاصا لأنه لا فائدة في أخذ الدين ورده
إليه في الحال. قال أبو الحسن رحمه الله وتفسير ذلك رجل رهن رجلا عبدا قيمته ألف بألف درهم فنقصت
قيمته حتى صارت خمسمائة ثم قتله قاتل أو غصبه فمات في يده فعليه قيمته يوم قتله ويوم غصبه ولا ينظر
إلى قيمته قبل ذلك. وأما المرتهن فهو ضامن لجميع قيمته وإذا جنى عليه المرتهن وقد صارت قيمته خمسمائة
تغرم خمسمائة فالخمسمائة الجزء من القيمة مضمون على المرتهن بالدين بقبض الرهن دون الاستهلاك وباقي العبد
مضمون على المرتهن بالوجهين جميعا وهذا على ما قدمناه أن ضمان الرهن يتعلق بالقبض وإذا تلف صار
مستوفيا بقدر قيمته يوم القبض. وأما ضمان الاستهلاك فهو جنس آخر من الضمان تعتبر فيه القيمة
يوم الاستهلاك ولا تعتبر ما قبل ذلك. وإذا كان المرتهن هو المستهلك فنقصان القيمة مضمون
عليه بالرهن خاصة لأن الاستهلاك لم يحصل فيه وبقية العبد مضمون عليه بسببين بقبض الرهن
والاستهلاك ألا ترى أن المستهلك لو كان غيره فتوت القيمة عليه سقط دينه. قال وإن قتل
العبد الرهن وهو رهن بألف وقيمته ألف عبد قيمته مائة درهم فدفع به قام المدفوع مقام المقتول
ولم يذهب من الدين شيء ويقال للراهن افتك بجميع الدين وخذ العبد المدفوع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال زفر يأخذ الراهن العبد المدفوع ويدفع بقدر قيمته ويسقط عنه الباقي. وقال محمد الراهن بالخيار
إن شاء دفع جميع الدين وأخذ العبد المدفوع وإن شاء تركه عند المرتهن بالدين الذي رهنه به. وجه
قولهما أن المدفوع قائم مقام المقتول فكأن المقتول بحاله وقد نقص في السعر فيفتكه الراهن
بجميع الدين. وأما زفر فمن أصله أن المقتول لو كان باقيا فنقصت قيمته احتسب بنقصان
القيمة من دين المرتهن وأدى الباقي كذلك المدفوع لما قام مقامه. ووجه قول محمد أن الرهن مضمون
على المرتهن كالغصب ومعلوم أن العبد المغصوب إذا قتله عبد في يد الغاصب ودفع به وقيمته
ناقصة عن قيمة المقتول كان للمغصوب منه المطالبة بجميع قيمة عبده كذلك هاهنا له أن يلزم المرتهن
العبد المدفوع بجميع دينه. قال وكذلك العبد الرهن لو نقص في السعر حتى يساوي خمسمائة أو قتله
عبد قيمته مائة فدفع به فهذا والأول سواء الجواب فيه واحد على ما ذكرت من الاختلاف
لأن القاتل قائم مقام المقتول وهو ناقص القيمة فكأن الأول كان باقيا وقد نقصت قيمته لم يسقط
شيء من الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويسقط عند زفر. وأما محمد فقد وافقهما أن
المقتول لو كان باقيا ونقصت قيمته لم يسقط من الدين شيء إلا أنه يقول من حق الراهن أن يقول
قد تغيرت عين الرهن ولي الخيار لتغير العين لا لنقصان القيمة. قال ولو قتل العبد الرهن وهو
رهن بألف وقيمته ألف عبد فنقصت فصارت قيمته خمسمائة إذا قتل عبد ذلك فغرم القاتل قيمته يوم قتله
على النقصان أو غصبه وقد نقصت قيمته في السعر فقضي عليه بقيمته ناقصا يوم غصبه دراهم والدين دراهم
كانت الدراهم بمثلها من الدين وبطل ما بقي من دين المرتهن في قولهم وذلك لأن الدراهم لا يجوز أن يستوفى
بأكثر منها فلم يتعلق بها حق الاستيفاء إلا بقدرها وصار الباقي من الرهن تاويا فسقط به بقية الدين
وليس هذا كأخذ العبد القاتل لأن عين العبد يجوز أن يستوفى بها جميع الدين وإن كانت ناقصة عنه
بأن تزيد قيمته فلذلك يحبس بجميع الدين. وعلى هذا لو قضي بقيمته من غير جنس الدين مثل أن يقضى بالدنانير
كانت رهنا بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الدنانير يجوز أن تستوفى في ثمنها الدراهم وإن
كثرت بزيادة سعرها فصارت كالعبد فلم يسقط شيء من الدين.

باب الرهن يهلك في يد المرتهن بغير ضمان

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا ارتهن الرجل من الرجل عبدا بألف درهم وهو قيمته وقبضه ثم إن المرتهن أبرأ الراهن عن الدين أو وهبه
له ثم مات الرهن في يد المرتهن ولم يحدث فيه منعا بعد الهبة والبراءة فإنه يهلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه
استحسانا والقياس أن يضمن ووجه القياس أن هلاك الرهن يوجب استيفاء الدين فكأنه أبرأه ثم استوفى. ولأن
قبض الرهن وقع على وجه الضمان وكل قبض أوجب الضمان لم يزل الضمان مع بقاء القبض الموجب له إلا بإبراء المالك
كالغصب. ولهذا قالوا إنه لو أعطى رهنا مكان الرهن الأول ولم يقبض الأول حتى هلك كان مضمونا لأن القبض
الموجب لضمانه باق. ووجه الاستحسان أن البراءة والهبة لا يجوز أن توجب ضمانا على الواهب والمبرئ لأجلهما
ألا ترى أنهم قالوا استحقت الهبة وقد هلكت في يد الموهوب له ضمن قيمتها ولم يرجع على الواهب.
ولو وهب البائع الثمن للمشتري ثم هلك المبيع في يده لم يضمن. وإذا ثبت أن الهبة والبراءة لا توجب الضمان لأجلهما
ومعلوم أن هذا الرهن لو هلك قبل الهبة والبراءة سقط الدين بهلاكه ولم يضمن المرتهن شيئا فلو ضمناه لضمناه
لأجل الهبة والبراءة وهذا لا يصح. ولأن الرهن إذا تلف في يد المرتهن صار مستوفيا بقبضه لا بهلاكه ألا ترى
أنه لو قبضه وقيمته مثل الدين ثم نقصت قيمته وهلك صار المرتهن مستوفيا جميع دينه واعتبرت قيمته
يوم القبض فدل على أنه في الحكم كالمستوفي بالقبض والبراءة بعد ذلك فكأنه استوفى دينه ثم أبرأه فلا
تتعلق بالبراءة حكم ولا يلزمه ضمان. قال وكذلك كل وجه بطل فيه الدين عن الراهن بغير قبض من المرتهن أو
عقد يوجب عليه ضمان الدين وذلك لأنه إذا بطل بسبب لا يتعلق به ضمان صار كبطلانه بالبراءة. وإذا أحدث
المرتهن بعد سقوط الدين فيما ذكرنا منعا في الرهن ثم تلف في يده ضمن قيمته كلها وذلك لأن الدين لما سقط
صار مانعا بغير حق فهو كالغاصب. ولأن الرهن بعد البراءة من الدين في حكم الأمانة بدلالة أنه يهلك بغير
شيء والأمانة إذا امتنع بها عن صاحبها ضمنها. وكذلك امرأة أخذت رهنا بصداقها ثم طلقها زوجها قبل أن يدخل
بها ثم هلك الرهن في يدها فلا ضمان عليها في نصف الصداق الذي يسقط بالطلاق وذهب الرهن بما
بقي من الصداق. وكذلك لو ارتدت قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها لم يكن عليها ضمان وذلك لأن
الطلاق يسقط نصف الصداق على وجه لا يتعلق به ضمان فصار كسقوطه بالبراءة. قال وإن تزوجها
على غير صداق مسمى وأخذت منه رهنا ثم طلقها قبل الدخول بطل مهر المثل ووجب لها المتعة وليس لها
أن تحبس الرهن بالمتعة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر. وإن هلك الرهن في يدها ولم تمنعه بالمتعة
هلك بغير شيء ورجعت على الزوج بالمتعة. وقال محمد لها أن تحبس الرهن بالمتعة وإن هلك في
يدها هلك بالمتعة وهو وجه القياس وهو قول أبي يوسف الأول ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل وإنما ذكره
أبو الحسن أن المتعة دين حادث ليس ببدل عن مهر المثل ولا جزء منه بدلالة أنهما جميعا بدلان عن البضع فلا
يجوز أن يكون أحدهما بدلا عن الآخر وبدلالة أن أحدهما من جنس الأثمان والآخر من جنس الثياب فلا يكون جزءا
منه والرهن بالدين لا يكون رهنا بدين آخر حادث ليس ببدل عن الأول ولا جزء منه. وليس كذلك المرهون بالمسلم
فيه إذا تفاسخا أنه يكون رهنا برأس المال استحسانا لأن رأس المال بدل عن المسلم فيه والرهن بالمبدل
يكون رهنا ببدله كمن أخذ رهنا بالعين المغصوبة فتلفت صار رهنا بقيمتها. ولأن الرهن بمهر المثل لو صار
رهنا بالمتعة لهلك بمهر المثل ولم يهلك بالمتعة لأن قبضه وقع موجبا الضمان بمهر المثل ألا ترى أن الرهن بالمسلم
فيه لما صار رهنا برأس المال هلك بالمسلم فيه الذي أوجبه القبض فلما لم يجعله هالكا بمهر المثل دل على أنه
ليس بمضمون. ووجه قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول أن الرهن مقبوض بموجب العقد وموجب العقد
مهر المثل قبل الطلاق وبعده المتعة فكان رهنا بكل واحد منهما ألا ترى أن الرهن بالمسلم فيه رهن بموجب
العقد وذلك يكون تارة بالمسلم فيه وتارة برأس المال. وإنما جعله محمد هالكا بالمتعة ولم يجعله هالكا بمهر
المثل لأن مهر المثل سقط بسبب لا يوجب الضمان فلم يجز أن يصير الرهن مضمونا به وليس كذلك الرهن
بالمسلم فيه إذا هلك بعد الإقالة أنه يكون هالكا بالمسلم فيه لأنه يسقط بالإقالة وهو سبب موجب للضمان
ولو أسلم رجل إلى رجل في كر حنطة سلما صحيحا وأخذ بالطعام رهنا ثم تقايلا كان له أن يحبس الرهن برأس المال

فان هلك الرهن في يده هلك بالطعام في قولهم لان راس المال بدل عن المسلم فيه والرهن بالشي يجوز ان يكون رهنا
ببدله كالرهن بالعين المغصوبه اذا هلكت كان رهنا بقيمتها .. ولهذا قالوا في المستاجر اذا عجل الاجره ثم
انتقضت الاجاره انه يحبس العين المستاجره بالاجره وان كانت قبل الفسخ محبوسه في يده بالمنافع ما الهلاك
يقع على الوجه الذي اقتضاه القبض لان يكون سقوط الدين بسبب لا يوجب الضمان ولذلك البيع اذا انتقض
فكان في يد احد المتبايعين شي مما قبضه بالعقد فله حبسه حتى ياخذ بدله الذي دفعه .. وكذلك ان كان
اخذ به رهنا قبل الانتقاض فله حبس الرهن بالبدل فان هلك الرهن هلك بالاقل من قيمته وما قبضه رهنا لا ببدله
على ما وصفت لك في السلم اما انتقاض البيع الذي ذكره فصورته ان يتقايل المتبايعان ثم يتفاسخا
فللمشتري ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان حقه مع البايع عند الفسخ كحق البايع معه عند
العقد .. واما قوله وكذلك ان كان اخذ به رهنا قبل الانتقاض فهو البايع اذا سلم المبيع واخذ بالثمن
رهنا ثم تقايلا كان له ان يحبس الرهن حتى يقبض المبيع لانه كان محبوسا ببدله .. فان هلك في يده هلك
بالثمن على ما قدمناه .. واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به عملا فمات قبل ان ياخذ في العمل
مات على ضمان الرهن وكذلك ان مات بعد الفراغ من العمل وان مات في العمل مات بغير ضمان وذلك لان
يد المستعير مخالفه ليد المرتهن لان العاريه لا يتعلق بقبضها ضمان فالرهن يتعلق بقبضه ضمان فاذا
اذن الراهن المرتهن ان يستعمل الرهن ثم لم يستعمله فيد الرهن باقيه فاذا هلك هلك على
الضمان وكذلك اذا استعمله ثم فرغ من العمل فقد زالت يد العاريه وعادت يد الضمان .. واذا هلك
في حال العمل فقد هلك بعد زوال حكم الرهن وقبضه وحدوث قبض اخر غير مضمون فاذا هلك في هذه
الحاله هلك على الامانه .. قال وكذلك ان استعاره الراهن من المرتهن ليخدمه او ليعمل له عملا فانه
يخرج من ضمان المرتهن حتى يقبضه ويستعمله في ذلك العمل فالرهن يخالف العاريه في الوجهين
جميعا خارج من ضمان الرهن غير خارج من عقد الرهن .. وحقوق الرهن كلها باقيه غير الضمان لان الراهن اذا
استعاره وقبضه فقد زال القبض الموجب للضمان من المرتهن .. وانما لم يبطل العقد لان قبض العاريه لا يتعلق
به الاستحقاق فللمرتهن ابطاله متى شا ومتى لم يستحق يد المرتهن لم يبطل عقد الرهن وكذلك لو اعاره
الراهن برضا المرتهن او المرتهن برضا الراهن من رجل اجنبي فقبضه فهو خارج من ضمان الرهن وليس
بخارج من عقده ولكل واحد من الراهن والمرتهن ان يبطل العاريه ويرده رهنا كما كان وذلك لان
المستعير اذا قبض باذن الراهن والمرتهن فقد زال القبض الموجب للضمان وحدثت يد امانه فاذا
هلك لم يسقط شي من الدين ولا يبطل الرهن لما بينا ان يد المستعير ليست مستحقه .. قال
وللمرتهن ان يسترد الرهن متى شا لان الامساك حق له فهو كالمالك في ابطال العاريه ..
وكذلك الراهن ان طالبه برده الى يد المرتهن لان له حقا في ذلك الا ترى انه قبل الرد يهلك
على الامانه وبعده يهلك على الضمان .. قال ابن سماعه سمعت ابا يوسف قال في رجل رهن
امه بالف قيمتها الف ثم استعارها الراهن فهلكت في يده فان الدين عليه على حاله ولا يبطل وهذا على ما بينا
ولو لم تمت حتى ولدت ولدا يساوي الفا ثم ماتت ثم قبض المرتهن الابنه فان المال ثابت على الراهن
لا يبطل منه شي بموت الام ولا الابنه رهن بجميع المال وذلك لان الام هلكت بعد زوال ضمان الرهن
فتهلك على الامانه الا ان عقد الرهن بحاله والاستحقاق يتعلق بها فيتعلق بولدها فلذلك
كان للمرتهن ان يحبس الولد بجميع الدين .. وكذلك لو ولدت الابنه بنتا اخرى تساوي الفا فانها
رهن بجميع المال .. فان ماتا لم يحتسب بها وذلك لان ولد الرهن ليس بمضمون فلا يتعلق بهلاكه ضمان
وليس هذا لو هلكت الام في يد المرتهن ثم هلك ولدها لانا نحكم بانتقال الضمان الذي في الولد الى
الام فكانها هلكت به .. فاما ان يسقط بهلاك الولد شي فلا .. ومتى ما نقلنا ما في الولد الى مسلمنا
الى الام فقد هلكت غير مضمونه فلم يجز ان يسقط بهلاكها الدين ولا يسقط بهلاك الولد شي لانه
تبع فبقي الدين بحاله .. ولا يفتك الراهن واحده منها دون الاخرى حتى يودي المال كله .. وذلك
لانهما جميعا دخلا في الرهن والراهن لا يملك تفريق الصفقه على المرتهن .. قال ابو الحسن رحمه الله
هذه المسله تدل على ما قلنا انها تخرج من ضمان الرهن ولا تخرج من عقده ولو خرجت من عقد الرهن لم يكن
الولد المولود في يد الراهن وهي عاريه في يده داخله في الرهن .. وقد حكى ابو عمرو حفص بن صالح عن محمد
في مسايل الجمله التي ذكرناها .. قال واذا اعاد المرتهن الرهن من الراهن او غيره بامره فقد خرج
من ضمان المرتهن وهو رهن كما كان وله ان يعيده في الرهن اذا شا عند قاض وعند غيره وهذا على
ما بينا ان العاريه لا يتعلق بها الاستحقاق والرهن قد تعلق به الاستحقاق فكان له ان يعيده
الى قبضه .. فان هلك الرهن قبل ان يعيده في الرهن فالمرتهن احق به من بقيه الغرما وذلك
لان العاريه لا تبطل حكم الرهن ومن احكام الرهن ان يقدم المرتهن بثمنه على الغرما .. قال
وان اوجب للغير حقا في الرهن كالاجاره والبيع والهبه فان ذلك يخرجه من الرهن ولا يعود الا بعقد

فيه ابدا الا بعقد مستانف .. وان مات الراهن بعد ذلك وعليه دين لغير المرتهن فهو اسوه الغرما
وذلك لان هذه العقود اذا تمت تعلق بها الاستحقاق فاذا رضي المرتهن بها انفسخ الرهن لاستحالة ان يبقى
مع انتقال ملك الراهن او مع استحقاق المستاجر اليه .. وليس كذلك العاريه لان الاستحقاق
لا يتعلق بها فلم يبطل الرهن .. واذا بطل الرهن بهذه العقود ثم انفسخت لم يعد الرهن الا بعقد وقبض
لانه انفسخ بطريان ما يوجب الاستحقاق ..

باب الزيادة في الرهن

قال ابو الحسن رحمه الله .. قال اصحابنا جميعا في رجل رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم زاد امه في الرهن تساوي الفا فان الزياده
جايزه عندهم جميعا ويقسم الدين الذي هو رهن به على قيمه الاول يوم قبضه وعلى قيمه الثاني يوم قبض .. فان كانت قيمه
الزياده خمسمايه كان في الزياده ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين .. وان كانت قيمه الزياده مايتين ففيها سدس الدين
اما جواز الزياده في الرهن استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وما ذكره ابو الحسن انه قول اصحابنا جميعا
انما يعني به اصحابنا الثلاثه ووجه القياس هو قول زفر ان الزياده توجب تغيير الضمان الذي اوجبه القبض وذلك
لا يجوز مع بقا القبض كالغصب .. وجه الاستحسان ان الزياده تلحق على وجه لو كانت موجوده في ابتدا العقد صحت
الا ترى انه لو رهن العبدين ابتدا بدين جاز فلذلك اذا الحق احدهما بالاخر كالزياده في المبيع .. وليس كذلك الزياده في
الدين لانها لا تلحق على وجه لو كانت موجوده في الابتدا لم يصح الا ترى انها في التسميه منفرده عن الاولى فكانه قال رهنتك
بعض هذا العبد بكذا وبعضه بكذا .. ولان الرهن وثيقه فجاز ان يلحق به وثيقه اخرى وجرى كالكفيل بعد الكفيل
بدين اخر .. ولان الزياده في الرهن زياده فيما وقع عليه العقد كالزياده في الثمن والمبيع .. واما الزياده في الدين فزياده
فيما لم يقع عليه العقد الا ترى ان الدين ثبت بعقد اخر ابتدا لا بعقد الرهن والزياده لا تلحق بما لم يثبت بالعقد .. قال
واذا الحقت الزياده اعتبرت قيمه الاصل يوم القبض وقيمه الزياده يوم قبضها لان كل واحد منهما دخل في الضمان بالقبض
ويقسم الدين على قدر القيمتين .. قال ولا يعتبر نقصان قيمه الاول في السعر وذلك لما بينا ان الضمان تعلق بالقبض فاعتبر
القيمه يوم القبض .. قال ولو نقص الاصل في بدنه ذهب من الدين بقدر النقصان .. فان زاده الراهن بعد ذلك رهنا
اخر قسمت ما بقي من الدين في الاول على قيمه الباقي منه وعلى قيمه الزياده فيه يوم قبضت وكان الدين فيهما على قدر
ذلك .. وهذا كرجل رهن رجلا جاريه تساوي الف درهم بالف فاعورت ثم زاده الراهن عبدا يساوي الفا فقد
ذهب بالعور لان الامه نصف الدين وبقي خمسمايه فيها فيقسم الخمسمايه الباقيه من الدين على قيمه الامه عورا وعلى قيمه
العبد الزياده صحيحا يوم قبض فيكون في العبد الزياده ثلثا الخمسمايه وهو ثلث الالف ان هلكت هلك بثلث الالف
وان هلكت العورا ذهب بهلاكها ثلث الخمسمايه وقد ذهب بالعور خمسمايه وذلك لان الجاريه لما اعورت سقط نصف
الدين بعورها فاذا زاد في الرهن فالزياده فيما بقي من الدين فوجب قسمه الباقي وهو خمسمايه على ما بقي من الامه وهو
خمس مايه وعلى الزياده وهي الالف فيكون ما بقي من الدين فيهما اثلاثا .. وليس هذا كما لو ولدت بعدما اعورت
ولدا يساوي الفا ان الدين يقسم على قيمتها صحيحه وعلى قيمه الولد يوم الفكاك فما اصاب الام سقط بالعور
نصفه وذلك لان الولد متولد منها وتابع لها فالزياده منها يجوز ان يجعل كالموجود في الاصل وليس كذلك
الزياده من غيرها لانها غير تابعه لها فلم يعتبر حكم النقص الحاصل فيها .. وقد قالوا فيما كان هذه المسله اذا رهن
رجل من رجل جاريه بالف ثم قضى الراهن المرتهن خمسمايه ثم ان الراهن زاد المرتهن في الرهن عبدا قيمته
الف فان هذه الزياده تلحق الخمسمايه الباقيه من الدين ويقسم الباقي وهو خمسمايه على قيمه الزياده وهو الف
وعلى نصف قيمه الامه الاولى وهو خمسمايه وقيمه خمسمايه التي على الزياده وهي الف وعلى نصف الامه وهو
خمسمايه فيصير الزياده رهنا بثلثي الخمسمايه ونصف الامه رهنا نصفها بثلث هذه الخمسمايه ونصفها الاخر كانه
رهن بخمسمايه .. وان كانت الزياده كانت بثلثي الخمسمايه وان ماتت الامه الاولى ماتت بالخمسمايه التي قضى
المرتهن وثلث الخمسمايه فيموت بخمسمايه وستين وثلث وذلك لان الزياده بعد قضا الدين تلحق ما بقي
منه ولا تلحق بما قضى الا ترى انه لو قضاه كل الدين ثم زاده كانت الزياده باطله .. واذا الحقت بما بقي وهو نصف
الدين صارت الزياده في نصف الدين فيقسم ما بقي من الدين على قيمه الزياده يوم القبض وعلى قيمه نصف الجاريه
فيحصل في الزياده ثلثا مايتين .. وفي نصف الجاريه الثلث .. واما النصف الاخر من الجاريه فقد قضى الراهن ما كان
فيه من الدين الا ان ضمانه باق لبقا القبض فبقي مضمونا بالخمسمايه التي اقتضاها القبض الاول فلذلك قال ان الجاريه
اذا هلكت ذهب نصفها بالخمسمايه ونصفها بثلث خمسمايه .. قال فان لم يزد الراهن المرتهن في الرهن شيا فقضى
الراهن المرتهن خمسمايه .. ثم ان الجاريه اعورت فان المرتهن كانه بالعور استوفى خمسمايه فيصير هذه الخمسمايه
التي استوفاها مايتين وخمسين مما كان وقع عليه القضا ومايتين وخمسين مما بقي مما لم يقبض فان زاد الراهن المرتهن
في الرهن عبدا قيمته الف درهم نظرت ما في الامه العورا مايتين وخمسين مما لم يقبض ويلحق الزياده هذه المايتين والخمسين
فيقسم الباقي وهو مايتان وخمسون على قدر الزياده وعلى نصف الامه العورا فيكون المايتان والخمسون منها على خمسمايه
فما اصاب اربعه اخماسه مايه في خمسين فهو في الزياده وما اصاب الخمسين فهو في الامه العورا ..

باب الزيادة في الرهن بعد الولادة

قال ابن سماعه في نوادره سمعت محمدًا قال في رجل رهن عند رجل امة بالف قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا
ثم ان الراهن زاده في الرهن عبدا يساوي الفا فان العبد يكون رهنا بنصف الالف ولا يحتسب بالولد وذلك
لان الزيادة تلحق العقد وتصير كالموجوده فيه فكانه رهن العبد والامه بالف ثم ولدت الامه ان الدين ينقسم على
العبد والامه فما اصاب الامه انقسم فيها وفي ولدها فصار في العبد الزيادة من الدين خمسمائة وفي الجاريه وولدها
خمسمائة فان مات الولد لم يلتفت اليه ولم ينقص مما كان في العبد الزيادة من الدين شي ولم يزد فيه وكذلك
لو لم يمت الولد لكن زادت قيمته فصارت تساوي الفين او ولد الولد ولدا يساوي الفا او ولدت الامه ولدا اخر
يساوي الفا فان الدين في العبد الزيادة لا يتغير وذلك لما بينا ان الولد داخل في حصه الامه ولا يتغير بنقصانه
ولا بموته ولا بزيادته حكم العبد الذي لم يدخل معه وانما يختلف به حكم الامه فان مات عاد ما فيه
اليها وان زادت قيمته انتقل بعض ما فيها وان نقصت قيمتها انتقل بعض ما فيه الى الامه قال ولو ماتت
الام وبقي ولدها وقيمته الف مثل قيمه الام قال الام تذهب بمائتين وخمسين وذلك لان الدين انقسم فيها وفي
الزيادة نصفين فما بها خمسمائة انقسمت فيها وفي ولدها نصفين ولو زادت قيمه الام لم يتغير ما في الزيادة
ولم ينقص ذلك ولم يزد لان قيمه الام تعتبر يوم القبض فما تجدد بعده من الزيادة والنقصان لا يغير حكم القسمه
قال ابو الحسن رحمه الله وكذلك ان زاده عبدا مع الجاريه قبل الولاده ثم ولدت الامه فهذا والاول سواء
لان الولد اذا دخل في حصه الام خاصه فلا فرق بين حدوثه قبل الزيادة وبعدها قالوا والزيادة في الرهن تجوز
عند ابي حنيفه وابي يوسف ومحمد والحسن قال وفي الاصل تجوز استحسانا والقياس ان لا تجوز وبينا خلاف
زفر قال وان زاده المرتهن في الدين على ان يكون الزيادة في الرهن فان ذلك لا يجوز عند ابي حنيفه ومحمد
وزفر وقال ابو يوسف والحسن هو جائز لنا ان الزيادة في الدين تلحق على وجه لا يجوز في الابتدا الا ترى ان
كل الرهن مشغول بالدين الاول فاذا زاده مثله انتقل الدين الاول الى نصف الرهن والباقي الى نصفه ولو
رهنه ابتدا نصف العبد ونصفه بدين لم يجز كذلك في الباقي ولان الزيادة في العقود انما تثبت في
المعقود عليه والدين لم يثبت بعقد الرهن وانما ثبت بالمداينه والزيادة فيه زيادة فيما لم يعقد عليه العقد فلا
يلحق به ولهذا اجوزوا الزيادة في الرهن لانها زيادة في المعقود لابي يوسف ان الزيادة تلحق العقد
وتصير كالموجود فيه وكانه رهنه ابتدا بالدين ولان الرهن في مقابلة الدين ومضمون به كالمبيع في الثمن فلما جازت
الزيادة في الرهن كذلك فما هو مضمون به كما جازت الزيادة في المبيع والثمن وقال ابن سماعه عن محمد في رجل
عند رجل امه بالف قيمتها الف فجاءت بولد قيمته الف ثم ماتت الام فان الولد رهن بخمسمائة فان زاده الراهن
عبدا قيمته الف فان الولد والعبد رهن جميعا بخمسمائة فان مات العبد افتك الولد بمائتين وخمسين وذلك لان الزيادة
في مسلتنا لاحقه بالولد دون الام لان الام خرجت من العقد بالموت والزيادة انما تلحق بما هو معقود عليه
لم يبطل العقد فيه واذا دخلت الزيادة مع الولد خاصه انقسم ما فيه على قدر قيمته وقيمة الزيادة فكان بينهما نصفين
واذا مات مات بذلك قال وان مات الولد ولم يمت العبد اخذ العبد بغير شي وذلك لان موت الولد لا يتعلق
به سقوط شي من الدين وانما يرجع ما فيه الى الام وكانها لم تلد فيحكم بانها ماتت بكل الدين وبطلت الزيادة لانها
دخلت على ما لا ضمان فيه فاخذ العبد بغير شي قال محمد الا ترى ان الولد لو زادت قيمته فصار يساوي الفين
بعد موت امه انه يكون فيه وفي العبد الزيادة ستمائة وستة وستون وثلثان ثلاثا في العبد الزيادة ثلث ويكون
الام قد ذهبت بثلث الالف وكذلك لو نقص الولد حتى صار يساوي خمسمائة كان فيه وفي العبد الزيادة ثلث
العبد الا ان في العبد ما ذكرت في الولد الثلث وكل ما نقص قيمه الولد يعتبر ما فيها من الدين وكذلك ان زادت
قيمته نقص ما في العبد الزيادة من الدين وكذلك ان مات الولد ولم يبق فيه شي من الدين صار العبد الزيادة
بغير رهن اخذه صاحبه بغير شي وهذا على ما قدمنا ان قيمه الولد في القسمه تعتبر يوم الفكاك فيزيد ما فيه بزيادة
قيمته وينقص بنقصانها وانما ذكر محمد هنا الاستشهاد ليبين ان ما في الولد غير مستقر واذا مات فكانه
لم يكن فيبطل الزيادة التي دخلت عليه قال ولو مات العبد الزيادة بعد موت الولد قبل ان يقبضه الراهن
لم يكن من ماله على المرتهن قليل ولا كثير لانه ليس برهن الا ترى انه يقبضه ولا دين هناك ولا يقال انه
قبضه على دين مضمون في الظاهر لانه وان كان كذلك فقد بينا بهلاك الولد سقوط الدين في الظاهر
فصار كمن دفع رهنا بدين يظنه عليه ثم تصادقا انه لا دين عليه ثم هلك الرهن قال الحسن بن زياد عن
ابي حنيفه في رجل ارتهن جاريه بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا ثم ان الراهن زاد المرتهن
غلاما يساوي الفا فهذه زياده لك مع الامه كان الغلام رهنا بخمسمائة وكانت الام وولدها رهنا
بخمسمائة فان مات الولد صارت الامه رهنا بخمسمائة وان زاد الولد يساوي الفين صار رهنا بثلثي خمسمائة
وذلك لانه لو اطلق الزيادة لحقت بالامه على ما بينا فاذا شرط ذلك اولى فاذا دخلت مع الام انقسم الدين
عليهما ثم انقسم ما في الام عليها وعلى الولد فيحتسب قيمته يوم الفكاك قال ولو لم يزد الغلام
مع الام ولكن زاده مع الولد فهذا زيادة في الولد بما في الولد من الرهن ثم زاد الولد حتى يساوي
الفين كان هو والغلام رهنا بثلثي الالف فان مات الولد كان الغلام رهنا بغير شي ورده الراهن

وانما جازت الزيادة في الولد لان له حصة من الثمن في الظاهر وللراهن غرض في ادخال الزيادة على الولد دون
امه فيدخل معه وانقسم ما في الولد على قيمته وقيمه الزيادة فاذا مات الولد عاد ما فيه من الدين الى الام وصار
كانه لم يكن والزيادة دخلت على غير رهن فسقط حكمها

باب رهن الفضه بالفضه

قال الشيخ رضي الله عنه هذا الباب يختص برهن كل شي يقع فيه الربوا لجنسه وهو مبني على اصول منها انه اذا
رهن فضه بفضه او ذهبا بذهب او حنطه بحنطه او شعيرا بشعير فهلك الرهن وقيمته مثل الدين وقدره
كقدره هلك بالدين في قولهم لان هلاك الرهن يقع به الاستيفا واستيفا الدين بهذا الرهن جايز وان كانت قيمته
اكثر من قيمة الدين وقدره مثل قدر الدين انه هلك بالدين في قولهم لان من اصل ابي حنيفه ان الجوده
اذا لاقت جنسها فيما يثبت فيه الربوا لا قيمة لها فكانه مثل الدين وعلى هذا قول ابي يوسف ان الجوده كزيادة وزن
ولو كان الوزن زايدا هلك بعضه بالدين وبعضه على الامانه واما اذا كانت قيمته اقل من قيمه الدين فهلك
ذهب بالدين في قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد يغرم المرتهن مثله ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن
له مثل من غير جنسه ويرجع بالدين قال وهذه المسئلة مبنية على اختلافهم فيمن كان له على رجل دراهم
جياد واستوفي رديه وهو لا يعلم فانفقها قال ابو حنيفه لا يرجع بشي وقالا يرد مثل الزيوف ويأخذ
الجياد لابي حنيفه ان الفسخ لا يجوز ان يقع فيما لم يقع عليه القبض ما لا ينفسخ العقد فيما لم يقع عليه العقد
ولا يجوز ان يرجع بالنقصان لما فيه من الربوا فلم يبق الا ان يسقط حقه وجه قولهما ان حقه في الوزن
والجوده وقد استوفي احدهما فبقي الحق الاخر ولم يمكن استيفاوه الا بغرامة مثل المقبوض والرجوع بحقه
واذا ثبت هذا في مسئله الدين قال ابو حنيفه هلاك الرهن استيفا من طريق الحكم فهو كالاستيفا من
طريق المباشره فلا يرجع بشي وقالا يغرم ما استوفاه ويرجع بحقه فان قيل لا يشبه مسئله الرهن بما
ذكرتموه من قبض الدين لان تلك المسئله موضوعه على انه قبض الزيوف وهو لا يعلم بها ولو قبضها وهو
عالم بها لم يكن له الرجوع وفي مسئلتنا قبض المرتهن الرهن وهو دون حقه وهو عالم به قيل له انه لم يقبض
الرهن ليهلك حتى يصير راضيا بالاستيفا وانما قبضه ليحبس فلذلك لم يلزم هذا السوال واما
اذا دخل في الرهن نقص بغير فعل المرتهن فقد ذكر في الاصل عن ابي حنيفه انه يضمن قيمته فيكون هنا
وان كان وزنه اكثر من الدين ضمن منه بقدر الدين وروي ابن سماعه عن ابي يوسف عن ابي حنيفه في
الاملا وفي نوادره انه لا ضمان على المرتهن وهي روايه بشر في الاملا وفي نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفه
وكذلك روي علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفه والحسن بن زياد عن ابي حنيفه وقال محمد في
الزيادات هو قياس قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد اذا كانت قيمته مثل قيمة الدين ضمنه المرتهن
وان كانت قيمته اكثر من الدين ووزنه كوزن الدين فقد اختلفت الروايه عن ابي يوسف فروي محمد عن
ابي يوسف انه يضمن مقدار المقبوض من القيمة وروي بشر عنه انه يضمن قيمته وجه روايه الاصل
ان الرهن مضمون بالقبض كالغصب ومعلوم ان الغصب يستوي فيه ان يكون القبض بفعل الغاصب
او بغير فعله كذلك الرهن وجه الروايه الاخرى ان الرهن يتغير كالمبيع بيد البايع ومعلوم ان النقص
اذا حصل بغير فعل البايع لم يضمن كذلك هنا واما وجه روايه محمد عن ابي يوسف ان الرهن اذا كان وزنه
مثل الدين وقيمته اكثر يضمن منه مقدار الدين من قيمته فلان زيادة الجوده عنده كزياده الوزن واما وجه روايه بشر
عنه ان الجوده تبع للعين واذا كان وزن العين مثل الدين ضمن جميعها كما لو كانت مثل الدين في الجوده وقد قال
ابو حنيفه ان الرهن ان كان مثل وزن الدين فهو اجود من الدين فجميعه مضمون ولا اعتبار بالجوده لانها اذا لاقت
جنسها فيما فيه الربوا لا قيمه لها وقال ابو يوسف زيادة الجودة كزيادة الوزن لان لها قيمه بدلاله ان من كسر انا
فضه ضمن الجودة كما يضمن الوزن واما محمد فجعل الجوده تابعه للوزن وجعل المضمون من الوزن الا ان يكون
الدين اكثر من الوزن فيجعل المضمون منها لاجل الضروره فلم يتعلق بالتبع حكم عند عدم الحاجه وتعلق به حكما عند
الحاجة اليه وقد قال محمد في الرهن اذا دخله عيب وجودته مثل الدين او اكثر ان للراهن ان يتركه على المرتهن
بدينه ومنع ابو حنيفه وابو يوسف وذلك لان قبض الرهن لا يتعلق به تمليك كقبض المودع وليس كذلك
قبض الغاصب لانه وقع موجبا للتمليك فكان للمالك اختيار التمليك عند النقص واما محمد فقال انه
ضمان يتعلق بالقبض كالغصب واذا ثبتت هذه الاصول قلنا لا يخلوا اما ان يكون وزن الرهن مثل الدين او
اقل او اكثر فان كان مثل الدين لا يخلوا اما ان يكون مثله في الجوده او ادون او اجود وان كان وزنه اكثر من
الدين فلا يخلوا اما ان يكون قيمته اكثر من وزنه او اقل من وزنه ومثل الدين او اقل من وزنه واقل من الدين
او اقل من وزنه واكثر من الدين فان كان وزنه اقل من قدر الدين فلا يخلوا اما ان يكون قيمته اقل من وزنه
او مثل وزنه او مثل وزنه او اكثر من وزنه واقل من الدين او مثل الدين او اكثر من الدين فهذه ثلثه عشر فصلا
كل واحد منها لا يخلوا الرهن من هلاك او نقصان فذلك سته وعشرون فصلا فالفصل الاول اذا كان وزن الرهن
مثل الدين وقيمته كذلك وهو ان يكون الدين عشره ووزن الرهن عشره وقيمته عشره فلا يخلوا اما ان يهلك

او بالكسر فان هلك هلك بالدين في قولهم لانه مثل وزنه وجودته فوقع به الاستيفاء . وان انكسر ضمن قيمته
في احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وقال محمد للراهن ان يملكه بدينه على الاصل الذي قدمنا
وان كان وزنه مثل الدين وقيمته اقل وهو ان يكون ثمانية فان هلك فعند ابي حنيفة يهلك بالدين لان الجودة لا قيمة
لها فيصير مستوفيا للفضة الرديه بالجياد وعلى قولهما يضمن قيمته من الذهب فيرجع بدينه . فاما اذا انكسر ضمن
قيمته عند ابي حنيفة في احدى الروايتين وهو قول ابي يوسف ولا يمكن التمليك عند محمد لانه ادون من حق المرتهن
الا ان يرضى المرتهن بذلك فيكون راضيا باقل من حقه . واما اذا كانت قيمته اكثر من الوزن مثل ان يكون اثني عشر
وان هلك هلك بالدين عند ابي حنيفة لان الجودة لا قيمة لها عنده . وعند محمد ان الجودة لا اعتبار بها ها هنا لانها
فاضلة عن الدين فهي امانة . واما على قول ابي يوسف فالجودة مضمونة كالوزن . وقد قيل على قوله يهلك
خمسة اسداسه بالدين وسدسه بالامانة ان كان الوزن اثني عشر وفي هذا اشتباه لانه يصير مستوفيا لثمانية
دراهم بعشرة وهذا ربوا وكان يجوز ان في الاستيفاء بطريق الحكم يجوز ما لا يجوز في الاستيفاء بالمباشرة
بدلالة ان المسلم فيه لا يجوز ان يستوفي بغيره . ولو هلك الرهن به صار مستوفيا وقد قيل على قوله
يضمن المرتهن خمسة اسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه حتى لا يودي ذلك الى الربوا . واما اذا انكسر فله
ثلثة احوال اما ان يذهب بالانكسار بعض الجودة فيبقى قيمته احد عشر او كل الجودة فيبقى عشرة او اكثر الجودة فيبقى
قيمته ثمانية ففي جميع الاحوال عند ابي حنيفة يضمن جميعه لان المعتبر عنده الوزن والجودة لا معتبر بها . وعند
ابي يوسف في احدى الروايتين يضمن خمسة اسداسه لانه يجعل زيادة الجودة كزيادة الوزن وفي الرواية الاخرى
يضمن جميعه لان الوزن مثل الدين والجودة تبع . واما على قول محمد فان نقص من القيمة درهم او درهمان فلا
ضمان على المرتهن ويفتكه الراهن بجميع دينه لان عنده الجودة الفاضلة عن مقدار الدين امانة وان نقصت القيمة
عن الوزن كان للراهن ان يملكه المرتهن بدينه لانه يدفع اليه اجود من حقه فله ان يفتكه بجميع الدين ويسقط
ضمان الانكسار . وقد قيل على قوله ان له ان يضمنه لان في التمليك اسقاطا لحقه من الجودة فصار قوله
كقول ابي حنيفة . واما القسم الثاني وهو ان يكون الدين عشرة والوزن ثمانية وهو على خمسة فصول ان كانت
قيمته اقل من وزنه مثل ان يكون ستة فان هلك هلك بثمانية عند ابي حنيفة وعلى قولهما يغرم قيمته
من الذهب ويرجع بدينه وعلى ما قدمنا . وان انكسر ضمن قيمته في احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف
واما محمد فلا يمكنه ان يجوزه في التمليك لانه لا يجوز ان يملك المرتهن عنه ادون منه الا برضاه فلا بد من التضمين على
قوله . واما اذا كانت قيمته مثل وزنه فهلك هلك بمثل وزنه في قولهم . وان انكسر ضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد له ان يملكه بثمانية من الدين لانه مثلها في الوزن والجودة . وان كانت قيمته اكثر من وزنه واقل من الدين
مثل ان يكون تسعة فهلك هلك بثمانية في قول ابي حنيفة لان الجودة لا معتبر بها عنده وعلى قولهما يضمن قيمته
لحق الراهن حتى لا يستوفي منه اكثر من حقه . وان انكسر ضمن قيمته في قولهم لان جميعه مضمون الا ان
يرضى الراهن ان يملكه قيمته من دينه فيجوز ذلك عند محمد . وان كانت قيمته مثل الدين وهو ان يكون
عشرة فالكلام في الهلاك والانكسار كالكلام فيه اذا كانت قيمته تسعة . وان كانت قيمته اكثر من الدين
وهو ان يكون اثني عشر فان هلك هلك بثمانية عند ابي حنيفة لان المعتبر عنده الوزن واما ابو يوسف
فمن اصله ان المضمون خمسة اسداسه وقد قيل يهلك خمسة اسداسه بالدين وان كان اقل من الدين وزنا
على ما قدمناه في الاستيفاء من طريق الحكم وقد قيل عنه انه يضمن خمسة اسداسه من الذهب ويرجع بدينه حتى لا
يودي الى الربوا . واما اذا انكسر جميعه مضمون عند ابي حنيفة لان المعتبر الوزن وقال ابو يوسف
يضمن خمسة اسداسه لان الجودة عنده كالوزن وعلى رواية بشر يضمن جميعه لان الجودة تبع للوزن .
واما محمد فقال ان نقص بالانكسار درهم او درهمان لم يضمن لان ما زاد على الدين امانة عنده وان نقص اكثر
من ذلك ضمن الا ان يختار تمليكه بدينه واسقاط الجودة . واما القسم الثالث اذا كان وزنه اكثر من الدين
وهو ان يكون اثني عشر وان كانت قيمته مثل وزنه فهلك ذهب خمسة اسداسه بالدين وسدسه امانة في
قولهم . فان انكسر ضمن خمسة اسداسه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له ان يملكه خمسة
اسداسه بالدين لانه مثل حقه . واما اذا كانت قيمته اقل من وزنه واكثر من الدين مثل ان يكون وزنه اثني عشر
وقيمته احد عشر فان هلك هلك بالدين خمسة اسداسه عند ابي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل
وقد قيل ينبغي ان يضمن خمسة اسداسه ويرجع بدينه وقيل على قولهما يهلك بالدين وهو غلط لانا ان جعلنا
جميعه هالكا بالدين ادى الى ان يستوفي اكثر من حقه وان جعلنا بعضه هالكا بالدين هو مثل وزنه
ادى الى استيفاء اقل من حقه . واما اذا انكسر ضمن خمسة اسداس القلب عند ابي حنيفة لانه لا يعتبر
الجودة . وهكذا يجب ان يكون على قول ابي يوسف لانه لا جودة في الرهن فيعتبر الوزن . وعلى
قول محمد لا يجوز التمليك لان الوزن ادون من الدين . وقد قيل على قياس قولهما يغرم عشرة اجزاء من احد عشر
جزءا من الرهن لانه قدر المضمون وهذا يودي الى اسقاط الوزن واعتبار الامانة في القيمة . واما
اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة فهلك هلك خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة لان المعتبر عنده الوزن

وقالا يغرم خمسة اسداسه ويرجع بحقه . فان انكسر ضمن خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما يغرم
جميع قيمته . والتمليك لا يمكن عند محمد وقد قيل على قولهما يغرم خمسة اسداسه . واما اذا كانت قيمته
اقل من الدين مثل ان يكون ثمانية فان هلك هلك خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة
اسداسه وعندهما يغرم قيمته في الحالين . وقد قيل انه يغرم خمسة اسداسه . واما اذا كانت قيمته
خمسة عشر هلك خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة . وعلى قولهما يحتمل ان يقال يهلك خمسة اسداسه
ايضا لان محمدا جعل فضل القيمة اذا لم تدع الضرورة اليها امانة . وقد قيل انه على قول ابي يوسف
يعتبر الوزن والجودة تبع . وقد قيل انه على قول ابي يوسف يعتبر الوزن والجودة تبع . وقد قيل انه يضمن
مقدار الدين من القيمة . ويجيء على قول محمد ان يملكه ان اختار لانه اجود من حقه . وان انكسر ضمن
عند ابي حنيفة خمسة اسداسه وعند ابي يوسف يضمن مثله لانه جعل الجودة كالوزن وعلى الرواية
الاخرى يضمن خمسة اسداسه . وعند محمد ان نقص مقدار الجودة لم يعتد به . وان نقص من الوزن فان
شاء ملكه خمسة اسداسه بالدين وان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء غرمه قيمة خمسة اسداسه حتى لا
تسقط حقه من الجودة . قال وقد اتيت بهذه الفصول على ما ذكره ابو الحسن رحمه الله في الباب
وبقي الكلام في فصل واحد وهو ان كل موضع يضمن المرتهن بعض القلب بالانكسار ملكه بما ضمن
منه بالضمان وصار شريكا في بقية الرهن فعلى الرواية التي قال ان الاشاعة في حال البقاء تبطل الرهن
يقطع القلب فيقضي دينه مما ملكه المرتهن ويكون باقيه مع القيمة التي غرمها المرتهن رهنا حتى لا
يودي الى الاشاعة وعلى الرواية التي قال ان الاشاعة في حال البقاء لا تؤثر لا يحتاج الى القطع ويكون المرتهن
شريكا للراهن في القلب .

باب الرجل يستعير ما يرهن

قال ابو الحسن رحمه الله واذا استعار الرجل من الرجل شيئا ليرهنه ثوبا او عبدا او غير ذلك من العروض فاعاره فله ان يرهنه
باي شيء من الدين وبما شاء منه قليلا كان ذلك او كثيرا اذا لم يسم له ما يرهنه . وله ان يرهنه باي صنف من الدين شاء
وان سمى له قدرا من الدين فليس له ان يرهنه بصنف غيره . قال رضي الله عنه الاصل في جواز الاستعارة للرهن ان
المالك رضي بتعلق دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك ان تعلقه بذمته بالكفالة . وكذا لو امر عبده ان
يتكفل عنه جاز وفي ذلك تعليق الدين برقبة العبد الذي هو ملكه فكذلك اذا اذن له في رهنه فقد علق الدين برقبته
ولان الرهن للايفاء والمالك يملك ان ياذن المستعير في ايفاء دينه من ماله واذا ثبت جواز الرهن قلنا ان اطلق الاذن
فللمستعير ان يرهنه بالقليل والكثير واي جنس شاء لان اذنه في رهنه عام في كل قدر وكل جنس ومن حكم اللفظ ان يحمل
على العموم الا ان يمنع من ذلك مانع . واما اذا سمى له قدرا لم يجز له ان يرهنه باكثر من ذلك لانه لم يرض ان يستوفي
من ماله الا ذلك القدر . ولان المعير يتوصل الى اخذ عاريته بقضاء دين المرتهن فاذا اذن له في مقدار يتمكن من ادائه لم يجز
ان يرهن باكثر من ذلك ولا يتمكن منه . وكذلك لا يجوز ان يرهنه باقل من المقدار الذي سمى لان المعير رضي بان يجعله
مضمونا باقل منه لم يحصل له العوض من الضمان . وكذلك اذا سمى جنسا لم يجز له ان يرهن بغيره لانه قد يسهل عليه
ان يودي جنسا دون جنس فلم يجز ان يلزمه ما لم يرض به . وان رهنه بغير ما سمى من القدر او من صنوف الدين
فهو ضامن لقيمة الثوب ان هلك في يد المرتهن لانه تصرف في ملك غيره على وجه لم ياذن له فيه فصار غاصبا .
قال والمعير ان ياخذه من يد المرتهن ويفسخ الرهن فيه اذا كان معلوما انه عاريه من صاحبه وذلك لانه لما لم ياذن له
في هذا الرهن صار كانه رهن ملكه بغير اذنه فله ان يرتجعه من يد المرتهن . وكذلك ان استعاره ليرهنه عند رجل بعينه
فرهنه عند غيره لان المالك رضي بيد مخصوص ولم يرض بغيرها . وكذلك لو قال ارهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة كان
ضامنا لما بينا انه اذن له في تصرف مخصوص بمعنى فاذا تصرف على خلاف الصفة فكانه ابتدا التصرف من غير اذنه . واذا
قبض المستعير ليرهنه فهلك في يده قبل ان يرهنه فلا ضمان عليه . وكذلك ان رهنه ثم افتكه قبل ان يرده فهلك
في يده بعد قبضه لم يضمن شيئا للمعير وذلك لان قبض المستعير ليس بمضمون وانما يتعلق الضمان باستيفاء الدين منه
ولم يستوف منه شيء . ولان المعير اذن له في ان يوفي دينه من ماله فاذا لم يوف لم يضمنه . فان هلك في يد المرتهن
وقد رهنه على الوجه الذي استعاره غير مخالف فيه ذلك ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه بهلاك الرهن
من الدين لانه وفى دينه من مال غيره بامره فكان لصاحب المال الرجوع عليه . وكذلك لو دخل العبد عيب
في يد المرتهن فذهب من الدين بقدر حصته العيب ثم افتكه الراهن انه يرجع صاحب العبد على الراهن بقدر
ما سقط من الدين بذلك العيب لانه وفى ذلك القدر من ماله . قال ابو الحسن رحمه الله والمعير في هذا
بمنزلة رجل اذن لرجل ان يقضي دينه بوديعة له في يده فما قضى من دينه بها او ببعضها رجع به صاحب الوديعة
على المودع وقد مضى . فان عجز الراهن عن فكاكه فافتكه رب العبد رجع بما كان الراهن به ولا يرجع باكثر
من ذلك وهو متطوع فيما زاد على ذلك وانما كان للراهن ان يفتك العبد لانه لا يتوصل الى ماله الا بالفكاك
فصار ماذونا له فيه . ولا يكون متبرعا لانه يتوصل الى قضاء دين غيره الى سلامة ملكه فصار كالوارث اذا قضى
دين الميت انه يرجع به في التركة وكصاحب العلو اذا بنى السفل لانه جعل له الرجوع بمقدار المضمون الذي

كان بصحة المرتهن مستوفيا له بهلاك الرهن مثال ذلك انه اذا اعاره عبدا قيمته مائه واذن له ان يرهنه بمائتين فانفكه المعير بمائتين رجع بمائه لان العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيا لهذا القدر ولم يكن للراهن ان يرجع باكثر منه فكذلك اذا قضى بنفسه لم يرجع باكثر منه ويكون متطوعا بالزياده التي قضاها. ولا يقال فهو لا يتوصل الى خلاص عبده الا بقضا الجميع وذلك لان استيفا المرتهن بالهلاك كاستيفائه بالمباشره فلا يرجع المعير اذا اوفى بالمباشره الا بما يرجع به اذا وفى من طريق الحكم. قال واذا ابى المرتهن ان يقبل القضا من رب العبد لم يكن له ذلك واجبره على ان يقبض منه دينه ويسلم الرهن وذلك لان المعير له حق في القضاء وهو تخليص ماله فلم يكن للمرتهن ان يمتنع منه كما ليس له ان يمتنع اذا قضاه الراهن وليس هذا كما لو تبرع رجل بقضا الدين عن الراهن ان للمرتهن ان يمتنع من القبض لانه لا حق للمتبرع في القضاء. قال وان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال صاحب العبد هلك في يد المرتهن وقال الراهن هلك قبل ان ارهنه او بعد ما افتككته هلك في يدي فالقول قول الراهن مع يمينه وذلك لان المعير يدعي على المستعير ايفا دينه من ماله وهو ينكر فكان القول قوله انه لم يوف كما لو قال له اقض دينك من ودیعتي ثم قال المودع قد هلكت قبل ان اوفي فالقول قوله فان قيل هذا صحيح اذا زعم المستعير انه هلك قبل ان يرهنه فاما اذا اعترف بالرهن وادعى الفكاك فقد صار الرهن مضمونا عليه وهو يدعي البراءه من الضمان قيل له هذا لا يصح لان الراهن لا يضمن بالرهن وانما يضمن بالهلاك وانما المرتهن يضمن بالرهن فلم يعترف المستعير بضمان ثم ادعى البراءه عنه وانما نفى الضمان من اصله. قال واذا وكل الراهن بقبض الرهن من المرتهن رجلا او وكله برده على المعير فان كان ذلك الرجل في عيال الراهن لم يضمن وان لم يكن في عياله ضمن اذا هلك في يد القابض وهو بمنزلة الوديعه وذلك لان المالك رضي بيده ولم يرض بيد غيره. فان كان الوكيل في عياله فيده كيده لانه لا يقدر على حفظ المال الا به وان لم يكن في عياله فلم يرض المالك بيده فضمن. قال وليس للمستعير ان يستخدم الرهن ولا يركبه اذا كان دابه ولا يلبسه اذا كان ثوبا ولا يستعمل الرهن في شي غير ان يرهنه حسب. ولا يفعل ذلك قبل الرهن ولا بعد افتكاكه فان فعل ضمن لان المعير اذن له في الرهن ولم ياذن في غيره من التصرف فاذا فعله صار متصرفا في ملك غيره بغير اذنه. فان فعل قبل ان يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته من الدين ثم قضى المال وقبضه برئ من الضمان وقال في الاصل يبرئ من الضمان حين رهنه وانما قلنا انه يبرا من الضمان اذا ازال التعدي لانه في حكم المودع الا ترى انه لم يقبض العين لينتفع بها وانما قبضها ليوفي دينه منها فصار كمن دفع الى رجل دراهم وقال اقض بها دينك فاذا كان في حكم المودع زال الضمان بزوال التعدي وليس كذلك اذا استعار العين لينتفع لان يده لم تبق قائمه مقام يد المالك وانما هي لنفسه فلا يبرئ من الضمان بزوال التعدي. واما اختلاف الروايه التي ذكرها فيجوز ان يكون لاختلاف وضع المسله فاذا تعدى بالركوب واقام على التعدي حتى رهن وسلم زال الضمان لانه زال التعدي ونص على الوجه الماذون فيه والمسله الثانيه محمول على انه رهن على وجه لم ياذن فيه المالك فيكون متعديا بالرهن ايضا فلا يبرئ من الضمان فاذا افتكه ورده الى يده فقد زال التعدي فبري من الضمان وما ذكر بعد هذا في الباب فقد دخل فيما ذكرناه

باب اختلاف الراهن والمرتهن

قال ابو الحسن رحمه الله واذا ارتهن الرجل من الرجل جاريه ثم اختلفا في الرهن فقال الراهن رهنتكها بخمسمائه وقال المرتهن بالف فالقول قول الراهن مع يمينه ولم يكن رهنا الا بخمسمائه وكذلك ان كان الالف على الراهن فاختلفا على ما وصفت لك وذلك لان الراهن لم يعترف انه علق بعين الرهن الا خمسمائه وادعى المرتهن انه تعلق به اكثر من ذلك فالقول قول المالك في مقدار ما تعلق بملكه. ولانه لو قال لم ارهنه كان القول قوله فكذلك اذا قال رهنته بقدر دون قدر كان القول قوله. فان قال الراهن رهنتكها من جميع الدين الذي لك وهو الف وقال المرتهن ارتهنتها بخمسمائه والجاريه تساوي الفا فان الحسن روى عن ابي حنيفه ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان وذلك لانهما اختلفا فيما وقع عليه العقد وهو مما يلحقه الفسخ ولا تتصل به التبرع فصار كالبيع. ولان الراهن لم يرض ان يملك رهنه الا بجميع الدين وله في ذلك غرض صحيح فلم يجز ان يلزمه العقد على وجه لم يرض به. فان هلك الرهن قبل ان يتحالفا كان على ما قال المرتهن لانه لم يبق الا المقدار من الضمان فلم يجز ان يلزمه اكثر منه. قال ابو الحسن رحمه الله ولو اتفقا على ان الجاريه رهن بالف واختلفا في قيمة الجاريه وقد هلكت في يد المرتهن فقال المرتهن قيمتها خمسمائه وقال الراهن قيمتها الف فالقول قول المرتهن مع يمينه. وكذلك لو كانا ثوبين فهلك احدهما كان القول قول المرتهن في قيمة الهالك لان الضمان يجب عليه بالهلاك فالقول قوله في قدره كالغاصب. وان اقام الراهن البينه على اكثر من ذلك فالبينه بينته لانه ادعى زياده ضمان واقام عليه بينه. وكذلك ان ادعى المرتهن انه رهنه هذين الثوبين بالف وقال الراهن رهنتك هذا لاحدهما بالف لم تقبل دعوى واحد منهما على صاحبه ويحلف كل واحد منهما على دعوى الاخر لانهما اختلفا في المعقود عليه فصار كالاختلاف في البيع. قال في الاصل اذا اختلف الراهن والمرتهن وقال الراهن رهنتك هذا الثوب وقبضته منى ثم اعطيتني غيره واقام البينه على ذلك وقال المرتهن بل رهنتهما جميعا واقام البينه فالبينه بينة المرتهن وهما جميعا رهن بما ادعى لانه لا تنافي بين البينتين الا ترى انه قد يرهنه احدهما ثم احدهما ويزيده الاخر. وكذلك لو قال الراهن رهنتك هذا الثوب وقال المرتهن بل رهنتني هذا الاخر واقاما

على ذلك البينه بالقبض فاني اخذ ببينة المرتهن لان الرهن حق للمرتهن وقد ادعاه مع جحود الراهن واقام البينه واثبت له الراهن حقا اخر ورده اقراره فيه فيبطل وهذا كمن ادعى على غيره عشره دراهم واقام عليه البينه واعترف له الاخر بدينار فرد عليه اعترافه. وان اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن قبضت مني العبد الرهن فهلك في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن مع يمينه لانهما اتفقا على دخوله في الضمان وادعى المرتهن زوال الضمان ولا يقبل قوله. فان اقاما البينه جميعا على ما قالا اخذت ببينة الراهن وذلك لان بينة الراهن تثبت قضا الدين وبينة المرتهن تنفي ذلك. وان قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان اقبضه وقال الراهن هلك في يد المرتهن فالقول قول الراهن في ايجاب الضمان وان اقاما بينه اخذت ببينة الراهن لانها تثبت الضمان وبينة المرتهن تنفيه. فان قال المرتهن رهنتني هذين الثوبين وقبضتهما وقال الراهن رهنتك احدهما بعينه فالقول قول الراهن مع يمينه لانه لو جحد الرهن اصلا كان القول قوله كذلك اذا اعترف بشي دون شي كان القول قوله. وان اقاما جميعا البينه اخذت ببينة المرتهن لانها تثبت زياده في الاستحقاق. فان كان العبد رهنا والدين الف والعبد يساوي الفا فعور فقال الراهن هذه كانت قيمته يوم رهنتك وقد ذهبت نصف دينك وقال المرتهن بل كانت قيمته خمسمائه يوم رهنتني وانما ذهب بعد ذلك وانما ذهب ربع حقي فالقول قول الراهن مع يمينه لان الحال تشهد لدعواه. ومن يصدق قوله الظاهر فالقول قوله وان اقاما البينه على ما ادعيا اخذت ببينة الراهن لانها تثبت زياده ضمان تنفيها بينة المرتهن فهي اولى.

باب الرهن يجعل مكانه رهنا اخر

قال ابو الحسن رحمه الله واذا ارتهن الرجل عبدا يساوي الفا وقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجاريه تساوي الفا وقال خذ هذه الجاريه رهنا مكان العبد ورد العبد الي ففعل ذلك المرتهن فذلك جائز والرهن هو الاول ما دام في يد المرتهن والقيمه عليه والثاني امانه فاذا قبض الراهن العبد الاول وصار الثاني في يد المرتهن فقد خرج الاول من الرهن والثاني هو الرهن. قال والاصل في جواز نقل الرهن الى غيره ان الحق لهما فاذا تراضيا على اسقاط الحق عن الاول واثباته في الثاني جاز الا ترى انهما يملكان فسخ الرهن الاول ويملكان استئناف الرهن الثاني فكذلك يملكان الجمع بين الامرين. وانما لم يسقط ضمان الاول بالعقد على الثاني لان البراءه من ضمان الرهن مع بقا اليد الاولى لم يصح واذا لم يصح سقوط الضمان بصريح البراءه فبالعقد على غيره اولى. وانما كان الاول مضمونا الى ان قبض الثاني لان ضمانه تعلق بالقبض فبقي ببقا القبض وانما كان الثاني امانه لان الراهن لم يرض بجعلهما رهنا وانما رضي باحدهما فاذا لم يخرج الاول من ضمان الرهن لم يتعلق الضمان بالثاني. واذا اخذ الراهن العبد الاول صار الثاني هو المضمون لانه اقامه مقام الاول ونقل اليه ما كان فيه واذا زال الضمان الاول تعلق الضمان بالثاني. قال ولو هلكا بعد قبض المرتهن الامه والاول في يده كان الاول هالكا بالدين والثاني هلك بغير شي. ولو ماتت الامه وحدها ذهبت بغير شي وان مات العبد ذهب بالدين وهذا على ما قدمنا. وان قبض الراهن العبد وسلم الجاريه ثم ماتت في يد المرتهن ذهبت بالدين لان الضمان انتقل اليها وسقط عن العبد فصار هلاكها كهلاك العبد قبل تسليمه. فان كانت قيمة العبد وهو الرهن الاول خمسمائه وهو رهن بالف وكانت قيمة الجاريه الفا فماتت في يد المرتهن بعدما سلم المرتهن العبد الى الراهن فانها تموت بالالف. روى هذا الحسن في نسق روايته عن ابي حنيفه ثم قال وهذا كله على قياس قول ابي حنيفه وابي يوسف وزفر وذلك لان الرهن الثاني رهن مستقبل وليس ببدل عن الاول وانما لم يصح اجتماعهما في الضمان لان الراهن لم يرض بذلك فاعتبر فيه كل واحد منهما على حياله. وقد روى هشام عن محمد مثل روايه الحسن وقال في الجامع الصغير عن ابي حنيفه في رجل رهن رجلا عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر يساوي الفا فقبضه مكان ذلك فاخذه فالاول رهن على حاله حتى يدفعه الى الراهن وهو في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول وهذا على ما بينا. قال ابو الحسن رحمه الله فان كانت قيمة الاول الفا وهو رهن بالف واعطى عبدا اخر يساوي خمسمائه مكان الاول وقبض الراهن الاول وقبض المرتهن الثاني فالثاني هو الرهن وللمرتهن ان يحبسه حتى يستوفي الالف فان هلك في يده هلك بخمسمائه لما بينا ان الرهن الثاني ليس ببدل عن الاول وانما هو رهن مستقبل فضمن بحسب قيمته.

باب الرهن يعتقه الراهن

قال ابو الحسن رحمه الله واذا رهن الرجل عند الرجل عبدا يساوي الفا بالف هي عليه الى اجل او يساوي خمسمائه ثم ان المولى اعتق العبد فالعبد حر وقد خرج من الرهن. فان كان المعتق موسرا فلا شي على العبد. وان اعسر الراهن بعد ذلك قبل ان يودي المال فلا شي على العبد من سعايه ولا غيرها وانما جاز عتق الراهن خلاف ما قاله الشافعي لان الراهن قبل الرهن مالك لعتق العبد ومن ملك عتق عبده لم يزل ملكه عن رقبته الا بحدوث معنى في المالك يوثر في صحة قوله. ولانه محبوس للاستيفا كالمبيع في يد البايع فاذا ثبت جواز العتق. فان كان المعتق موسرا والدين حالا طولب بالدين لانه لا معنى لالزامه قيمة الرهن مع حلول الدين فيطالب بالدين. وان كان الدين موجلا غرم الراهن

وكانت رهنا مكانه لأن تعلق حق الغير بملك الإنسان يجعل المالك كالأجنبي بدلالة العبد المرهون والمأخوذ منه إذا أتلفه الوارث
والمأذون له إذا أعتقه المولى بعد ما لحقه دين. ولأنه بعتقه أبطل حق المرتهن من الوثيقة ولا يمكن استدراك حقه إلا
بالتضمين. وكذلك إذا أعسر المعتق بعد العتق فلا ضمان على العبد لأن العتق وقع غير موجب للضمان عليه ولا يوجبه ذلك
في الثاني بتغير حال الراهن. وأما إذا كان المعتق معسرا فللمرتهن أن يستسعي العبد في الأقل من قيمته ومن الدين لأن الدين
كان متعلقا برقبته وقد سلم له رقبته بالعتق. فإذا تعذر استيفاء الضمان من الراهن لزم العبد ما سلم له كالغاصب
الغاصب لما سلم له المغصوب لزمه ضمانه. وليس هذا كالمبيع في يد البائع إذا أعتقه المشتري وهو معسر أنه ليس
للبائع أن يستسعيه لأن الثمن لم يكن متعلقا برقبة العبد وإن حبسه وإنما سقط الثمن بهلاكه لأن البيع ينفسخ لا
لتعلقه برقبته. فإذا سلمت الرقبة للعبد فليس علينا الدين متعلق بها لم يضمن. وقد ذكر الحاكم في المنتقى عن أبي يوسف
لا أحرار، العبد المبيع يسعى إذا كان المشتري معسرا. وإنما يضمن الأقل لأن الدين إذا كان أقل من قيمته فلا حق
للمرتهن إلا فيه. وإذا كانت القيمة أقل فلم يسلم للعبد أكثر من ذلك فلم يضمن ما لم يسلم له. وأما قوله أن العبد قد
خرج من الرهن بالعتق فلأنه صار حرا والحر لا يجوز بيعه في الرهن ابتداء فلذلك لا يصح بقاؤه. قال وهذا الذي ذكره
من السعاية لا خلاف فيه إذا كان الدين معلوما. فأما إذا قال المولى لعبده قد رهنتك عند فلان بألف وكذبه العبد
ثم أعتقه المولى وهو معسر لزم العبد السعاية عندنا وقال زفر لا سعاية عليه. لنا أن المولى أقر بتعلق الدين برقبته
في حال يملك الرقبة فيملك تعلق الدين بها بالإقرار فلا يلتفت إلى تكذيب العبد وصار هذا كالدين المعلوم. وليس هذا
كما لو أعتقه ثم أقر أنه كان رهنه لأنه أقر عليه في حال لا يملك رقبته فلا يملك تعليق الدين بها فلم ينفذ إقراره. وجه
قول زفر أن المولى لا يملك إيجاب الضمان على العبد بقوله بعد الحرية كما لو أقر بالرهن بعد العتق. قال
وكل شيء يسعى العبد فيه في ذلك رجع به على المولى لأنه لزمه قضاء دين غيره من طريق الحكم وهو حر فرجع به كما لو
لزمه القضاء بالعقد. وليس كذلك إذا كفل العبد عن مولاه ثم أعتقه فأدى الكفالة فإنه لا يرجع عليه لأن عقد الكفالة
وقع غير موجب للرجوع فلم يجب إلا لمن كفل عن رجل بغير أمره. قال ولو لم يكن أعتق الراهن العبد ولكنه دبره
خرج العبد من الرهن وصار مدبرا. وللمرتهن أن يأخذ بدينه كله أيهما شاء إن شاء العبد وإن شاء الراهن موسرا كان
أو معسرا وله أن يأخذ العبد بدينه بالغا ما بلغ. وإنما جاز تدبيره لأنه لا يلحقه الفسخ كالعتق وإنما بطل الرهن لأن المدبر
لا يجوز رهنه ابتداء فلم يجز بقاء الرهن عليه. وأما الضمان فلما بينا أنه أبطل بتدبيره حق الوثيقة. وأما السعاية في
المدبر فهي مخالفة للسعاية في المعتق من ثلاثة أوجه أحدها أن المدبر يسعى مع يسار المولى لأن السعاية على ملكه فجاز
لصاحب الدين أن يستوفي منها كما جاز أن يستوفي من سائر أموال الراهن. والثاني أنه يسعى في الدين بالغا
ما بلغ لأن السعاية ملك لمولاه ودين الإنسان إذا قضي من ماله لم يقض بعضه دون بعض. وليس كذلك المعتق
لأن كسبه لنفسه وإنما يلزمه أن يسعى بقدر ما سلم له. والوجه الثالث أن المدبر لا يرجع على مولاه والمعتق
يرجع. لأن كسب المدبر لمولاه وقد قضى دينه من مولاه فلا يرجع به عليه وكسب المعتق لنفسه فلذلك
يرجع بما قضى من دينه. وقد قالوا إن الرهن إذا دبره الراهن أو كانت أمة فاستولدها سعت في جميع
الدين إن كان حالا وإن كان مؤجلا لم يسع إلا في مقدار قيمتها. لأن الدين المؤجل لا يجب قضاؤه. وإنما يجب
رد عوض الرهن ليكون وثيقة في يد المرتهن وهذا المعنى موجود في قدر القيمة. وأما إذا كان حالا فقضاؤه
واجب فلم يختص القضاء من مال الغير ببعضه دون بعض. فإن دبره المولى وقضى القاضي بأن يسعى في الدين
كاملا والدين أكثر من قيمة رقبته أو لم يقض عليه حتى أعتق المولى العبد بعد التدبير فكأنه أعتقه قبل التدبير
ولا يلزمه من الدين إلا مقدار قيمة رقبته وما بقي من الدين فهو على مولاه. وذلك لأنه لما أعتقه فقد
زال ملكه عن رقبته وأكسابه فلم يجز أن يستوفى منه إلا مقدار ما سلم له فكأنه أعتقه ابتداء إلا أنه
يفارق العتق المبتدأ من وجه وهو أن ما سعى فيه قبل العتق لا يرجع به على المولى لأنه أداه من كسب
على ملكه. ولو كان الرهن أمة فحبلت فأقر الراهن أنه منه وهي حامل كان هذا والعتق سواء في جميع
ما وصفت لك. لأن الاستيلاد معنى لا يلحقه الفسخ فنفذ في الرهن كالعتق. ويلزمها السعاية في
حال اليسار والإعسار لأن الكسب للمولى. فإن ولدت بعد ذلك ولدا والراهن موسر أو معسر لم يكن على الولد
من السعاية قليل ولا كثير. لأنه لما ثبت نسبه قبل الوضع لم يدخل في الرهن فلم تلزمه السعاية. وليس هذا
كما لو ادعاه بعد ما ولدته أن الراهن إذا كان موسرا أخذ منه الدين ولم يكن على الولد سعاية وإن كان معسرا استسعى
الأم. وإن كان الراهن معسرا قسم الدين على قيمة الأم والولد فما أصاب الولد سعى في الأقل منه ومن قيمته
وسعت الأم فيما بقي بالغا ما بلغ وذلك لأن الولد دخل في الرهن بانفصاله ثم إذا ادعاه عتق بالدعوى فصار
كأنه أوقع العتق عليه. ولا يلزمه سعاية مع يسار المعتق وإن كان معسرا لزمه أن يسعى في الأقل من قيمته
ومن حصته من الدين لأن ذلك القدر هو المتعلق برقبته. فإن لم يسع الولد حتى مات فكأنه لم يكن
وللمرتهن أن يستسعي الأم في جميع الدين وذلك لأن الولد تبع في الرهن فإذا هلك عاد ما فيه إلى الأم
فكأنه لم يكن. قال في الجامع الكبير إذا كان للرجل على الرجل ألف درهم فرهنه بها عبدا يساوي ألفا
فنقص في السعر حتى صار يساوي خمسمائة ثم إن الراهن أعتق العبد وهو معسر لا يقدر على أداء الدين

فإن العبد يسعى في قيمته يوم أعتقه وهي خمسمائة. ويضمن المولى لصاحب الدين خمسمائة وذلك لأن القدر
الذي سلم للعبد هو مقدار قيمته عند العتق وذلك الذي دخل في ضمان المرتهن فلزمه أن يسعى فيه دون ما
تعلق به الضمان في الأصل لأن ذلك لم يسلم له. ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبد قيمته مائة
فدفع مكانه فإن الثاني رهن مكان الأول بجميع الدين فإن هلك هلك بجميع الدين. وإن أعتقه الراهن
وهو معسر سعى الغلام في قيمته مائة ولا يسعى في غير ذلك وذلك لأن العبد المدفوع قائم مقام المقتول فكأن
الأول موجود لم ينقص في السعر. فإذا أعتقه لم يلزمه إلا مقدار ما سلم له. قال ولو كانت أمة رهنا
تساوي ألفا وهي رهن بألف فزادت في بدنها أو في سعرها حتى صارت تساوي ألفين فإن المولى لا يفتكها
إلا بجميع الدين ولو هلكت هلكت بألف فإذا أعتقها المولى وهو معسر سعت في الألف ولا تسعى في غير ذلك
وذلك لأن العبد إنما يسعى في مقدار ما يسلم له بالعتق مما دخل في ضمان المرتهن. والزيادة على القيمة لم تدخل
في ضمانه ألا ترى أن الأمة لو هلكت زيادة لم تهلك إلا بألف فلم يضمن بالعتق أكثر من ذلك. ولو لم تزد
قيمتها ولكن ولدت ولدا يساوي ألفا فأعتقهما المولى وهو معسر سعيا في الألف ولم يسعيا في أكثر من ذلك
لما بينا أن ما زاد على الألف وإن سلم لهما فليس بمضمون على المرتهن فلا يلزمهما ضمانه. ولو أن الأمة
لم تزد ولم تلد ولكن قتلها عبد يساوي ألفين فدفع بها فأعتقه المولى وهو معسر سعى العبد في الألف ولا
يسعى في أكثر من ذلك. ولا ننظر إلى قيمته إنما ننظر إلى ما لزمه فيسعى في الأقل من ذلك ومن قيمته وذلك
لأن المدفوع قائم مقام المقتول فكأنه باق وقد زادت قيمته.

باب الرهن يأذن الراهن للمرتهن في استعماله

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا رهن الرجل رجلا ثوبا يساوي عشرة دراهم بعشرة ثم أذن الراهن للمرتهن في لبسه
فلبسه فقد خرج الثوب من ضمان المرتهن وللمرتهن أن يرده إلى يده فإذا رده إلى يده عاد إلى ضمانه. أما جواز
الاستعمال فلأنه ممنوع منه لحق الراهن وقد أذن له فيه فجاز ولا يبطل الرهن لما قدمنا أن يد المستعير ليست
بمستحقة وللمرتهن أن يرده إلى يده لأن العارية لما لم يتعلق بها الاستحقاق جاز فسخها فإذا ردها عاد إلى
ضمان المرتهن. لأن المعنى المسقط للضمان استعماله على وجه العارية وقد زال ذلك. فإذا جاء الراهن
يفتك الرهن فوجد فيه خرقا فقال الراهن كان هذا في يد المرتهن قبل أن يلبسه أو بعد ما لبسه ورده إلى
يده وقال المرتهن بل حدث هذا الخرق في الثوب في حال لبسي له فالقول في ذلك قول المرتهن مع يمينه
لأنهما اتفقا على خروج الثوب من الضمان بلبس المرتهن واختلفا فيما عاد إلى ضمانه فكان القول قول المرتهن في
مقدار ما عاد. ولو قال الراهن لم يلبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول الراهن
لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان فلا نقبل قول المرتهن في ذلك. وإذا أذن الراهن للمرتهن فلم يلبسه حتى حدث
فيه خرق ذهب قدر الخرق بحصته من الدين وذلك لأن ضمان الرهن إنما يزول باللبس الذي يرتفع ضمان الرهن
وذلك لم يوجد. فإن أقام الراهن بينة أنه تخرق في ضمان المرتهن في شيء من هذه الوجوه وأقام المرتهن بينة
أنه تخرق بعد خروجه من ضمانه فالبينة بينة الراهن وذلك لأن بينة الراهن تثبت الاستيفاء وبينة المرتهن تنفي
ذلك. ولو كان الرهن شاة رهنها بعشرة دراهم تساوي عشرة دراهم فقال الراهن للمرتهن احلب الشاة
فما حلبت من شيء من ذلك فحلل المرتهن حلبها وبأكل من حلوبها فلا ضمان عليه في شيء من ذلك ويفتكها
الراهن بعشرة ولا يحط عنه شيئا من ذلك لأن اللبن على ملك الراهن وقد أباح للمرتهن تناوله والإباحة
يجوز أن تتعلق بالشرط كمن قال لغيره إذا جاء غد فكل طعامي. وإنما لم يسقط شيء من الدين لأن اللبن تبع
والأتباع إذا هلكت في يد المرتهن من غير تعد لم يسقط بتلفها شيء من الدين. قال فإن لم يفتك الراهن
الشاة حتى نفقت في يد المرتهن فإنها تنفق بحصتها من الدين ويرجع المرتهن على الراهن بحصة اللبن الذي
أكل المرتهن من الدين. ينقسم الدين على قيمة اللبن الذي أكله المرتهن وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة من الدين
بطل عن الراهن وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن. لأن الشاة إذا ماتت صار اللبن له حصة من الدين
فإذا أكله المرتهن بإذن الراهن فكأن الراهن أخذه فيجب عليه من الدين بقدر حصته. قال وكذلك ولد الشاة
إذا أذن الراهن للمرتهن في أكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس. وكذلك روى هذه المسائل الحسن
عن أبي حنيفة وحكيت ذلك عن محمد رحمه الله.

باب تصرف المرتهن في الرهن وما يكون به ضامنا وما لا يكون

قال عمرو بن أبي عمرو وجعفر بن صالح عن محمد في رجل ارتهن من رجل خاتما فجعله في خنصره
قال هو ضامن لأن هذا يلبس واليمين واليسرى سواء في ذلك. ولو جعله في بقية الأصابع كان رهنا على حاله
وكذلك الطيلسان. قال والأصل في هذا أن المرتهن مأذون في الحفظ غير مأذون في الاستعمال ولبس
الخاتم في الخنصر استعمال له وذلك موجب للضمان ولبسه في غير الخنصر ليس بلبس ألا ترى أنه لا يتقلد به
في العادة فهو حفظ فلم يضمن له وكذلك الطيلسان إن لبسه كما يلبس الطيلسان ضمن لأن هذا استعمال وإن

وان وضعه على عاتقه على غير الوجه الذي يفعله الناس فليس بلبس وانما هو حفظ وقال هشام عن محمد في رجل دهن عند
رجل سيفين او ثلثة فتقلدها قال لا يضمن في الثلثة ويضمن في السيفين ثم قال انظر في السيفين وشك وذلك
لان تقلد السيف الواحد استعمال ليس بحفظ وكذلك السيفين لان الناس قد يتقلدون سيفين في الحرب
واما الثلثة فلم تجر العادة بتقلدها فكان ذلك حفظا ⁂ وسمعت محمدا قال في الخاتم اذا تختم به في يمينه ضمن لان من الناس
من يتجمل بذلك ⁂ قال محمد ان لبسه في الخنصر اليسرى فوق خاتم عليه لا يضمن قلت ولم وربما تختم الانسان وذكرت
له بعض السلطان ولبسه الخاتم فوق الخاتم قال ذلك يلبسه للتختم ۞ قال هشام في معنى قوله كانه لا يرى الضمان
في ذلك الا على من السلطان والمرجع في هذا الى العادة فان كان الانسان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان
ممن لا يتجمل فهذا احفظ وليس بلبس ۞ تم كتاب الرهن ولله الحمد والمنه والصلوة على خير الانام

كتاب الشفعة

قال الشيخ رضي الله عنه الشفعة ماخوذة من الضم ومنه الشفع الذي هو ضد الوتر لانه ضم عددا الى عدد او شيئا الى شي
والشفاعة سميت بذلك لانها ضم المشفوع له الى اهل الثواب ⁂ ولما كان حق الشفعة يضم به الشفيع الملك المشفوع
الى ملكه سمي ذلك شفعة لانضمام ملك البايع او المشتري الى ملكه وكانت من احكام الجاهلية فاقرت في الشرع ۞
قال والاصل في وجوب الشفعة قوله صلى الله عليه الشفعة في كل شي ربع او عقار ⁂ وقال الشفعة للشريك الذي
لم يقاسم ⁂ وقال الجار احق بشفعة الدار ينتظر بها وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا ⁂ وقال الجار احق بجواره ۞
ويروى بسقبه ⁂ ومن اصحابنا من قال هذه الاخبار وردت بخلاف القياس لان ملك المشتري لا يجوز ان يستحق
عليه بغير رضاه ⁂ ولا نا لو اوجبناها لنفي الضرر عن الشفيع اضررنا بالمشتري ۞ وكان ابو بكر الرازي رحمه الله
ينكر هذه الطريقة ويقول وجوب الشفعة اصل من الاصول يجمع عليه ولا يقال انه استحسان كساير الاصول المقطوع
بها ⁂ واما الكلام فيما تثبت فيه الشفعة فانها تثبت عندنا في العقار خاصة وقال مالك تثبت في السفن لنا قوله عليه السلام
لا شفعة الا في ربع او حايط ⁂ ولان السفن تنقل وتحول كالعروض ⁂ ولانه لا يخشى فيها التاذي على وجه الدوام كالعروض
وقول مالك انها تسكن كالعقار ليس بصحيح لان العقار تجب فيه الشفعة سكن او لم يسكن لخوف التاذي على
وجه الدوام ⁂ وقد قال مالك ان الضيعة اذا بيعت ببقرها وبما ليك فيها يعملون استحقوا بالشفعة معها
وهذا ليس بصحيح لان الحيوان ليس بعقار ولا متصل بعقار فلا تجب فيه الشفعة كما لو افرد بالبيع فصل
قال واما الكلام في السبب الذي به يستحق الشفعة فانما تستحق عن زوال الملك المنتقل بعقد البيع وما في معنى البيع
من الصلح والهبة على مال ⁂ ولا تجب في المملوك في مقابلة المنافع مثل المهر والاجرة وقال الشافعي تجب الشفعة
في ذلك لنا انه مملوك بسبب لا يثبت فيه خيار الشرط فلا تجب فيه الشفعة كالمملوك بالوصية والميراث ⁂ ولانه
سبب لا تستحق الجارية بالشفعة فلم يستحق به الشريك كالهبة ۞ ولانه نقل ملك بالثمن الاول فلم يصح في المهر
كالمرابحة والتولية ۞ وقد قال ابو حنيفة ان من تزوج امراة على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في شي من ذلك
وقال ابو يوسف ومحمد تجب الشفعة في حصة الالف لابي حنيفة ان ايجاب الشفعة لا يمكن الا بتقويم البضع لتنقسم الدار عليه
وعلى الالف وهذا المعنى مانع من الشفعة كما لو كانت الدار كلها مهرا ۞ ولانه لو استحق الشفعة في حصة الالف لبعض الملك
عليها تبعيضا فيه ضرر وهذا المعنى لا يملكه الشفيع كما لا يملك ان يلعن المشتري نصيب احد البايعين وجه قولهما ان حصة
الالف من الدار عقد معاوضة بدلالة انه يرد بالعيب اليسير ويثبت فيه خيار الرؤية فتجب فيه الشفعة كما لو افرده بالعقد ۞ وقد
قال اصحابنا ان الشفعة تجب في العقار الذي يجوز قسمته والذي لا يجوز قسمته كالحمام والرحا والبير والنهر والدور الصغار
وقال الشافعي لا تجب في ذلك شفعة لنا حديث جابر ان النبي صلى الله عليه قال الشفعة في كل شي ربع او حايط ⁂ ولان كل عرصة
تجب فيها الشفعة اذا بيعت بعد هدم البنا تجب قبله اصله الدور الكبار ۞ ولانه سبب يملك به ما ينقسم فجاز ان يملك
به ما لا ينقسم كالبيع ⁂ وهذه المسئلة فرع على ان الشفعة عندنا تجب لخوف التاذي على وجه الدوام والدليل على
هذا الاصل وجوبها في العقار لهذا المعنى وانتفاؤها في العروض التي لا تبقى على وجه الدوام وقال الشافعي العلة
الضرر الذي يلحق الشريك باجرة المقاسمة وهذا فاسد لان هذا المعنى موجود في الشركة في العروض ولا شفعة فيها ۞
قال ابو الحسن رحمه الله الشفعة واجبة في جميع ما بيع من العقار دون غيره بسنة رسول الله صلى الله عليه الدور والمنازل
والحوانيت والخانات والقناة والمزارع والبساتين والاقرحة والحمامات وساير العقار اذا وقع البيع على عرصة ان
كانت في مصر او قرية او سواد او غير ذلك من ارض الاسلام اذا كان ذلك مملوكا يجوز بيع ما لكه فيه وكان البيع بيعا قاطعا
ليس فيه خيار شرط ⁂ قال وهذه الجملة قد دخلت فيما ذكرناه ⁂ والدليل على وجوب الشفعة في جميعها قوله صلى الله عليه
لا شفعة الا في ربع او عقار ⁂ وقوله الجار احق بسقبه وهو عام ⁂ وانما شرط ان يكون المبيع مملوكا لان ما ليس
بمملوك لا يصح بيعه فلا يجب فيه الشفعة ⁂ واما البيع المشروط فيه الخيار للبايع فلا شفعة فيه لان خيار البايع
يمنع من خروج الشي من ملكه والشفعة تجب بخروج الشي من ملك البايع ۞ ولان البايع لم يزل ملكه عما باع فصار
كوجود الايجاب منه بغير قبول ۞ فان اسقط البايع خياره وجبت الشفعة لان الملك وقع بالعقد فوجبت الشفعة
ولان المانع من وجوبها انما كان لان البايع لم يرغب عن ملكه فاذا اسقط خياره فقد رغب عن ملكه فوجبت الشفعة

واما الخيار المشروط للمشتري فلا يمنع ثبوت الشفعة لان المبيع خرج من ملك البايع بالاتفاق وانما اختلف اصحابنا هل دخل
في ملك المشتري او لم يدخل والشفعة انما تجب برغبة البايع عن ملكه بدلالة انه لو ادعى انه باع داره من زيد فجحد زيد
ذلك وجبت الشفعة لاعترافه بخروجه عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري ۞ قال وخيار الرؤية
والعيب لا يمنع الشفعة لانه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البايع وهذا المعنى هو سبب الشفعة ۞ قال ولا شفعة
في المبيع اذا كان فاسدا ان كان مما يملك بالقبض قبض او لم يقبض ما دام حق البايع في النقض قايما فيما يملك منه وذلك
لان البيع الفاسد اذا كان مما لا يملك بالقبض فالملك لم ينتقل بالبيع وهذا المعنى يمنع من وجوب الشفعة في البيع الصحيح
ففي الفاسد اولى ۞ واما اذا كان مما يملك بالقبض فحق الفسخ فيه مستحق لحق الله سبحانه وفي ايجاب الشفعة اسقاط
الفسخ وتقرير البيع الفاسد وهذا لا يجوز ⁂ فان سقط حق البايع في النقض كان للشفيع ان ياخذ ما يملك منه بقيمته
يوم قبض وذلك لان البيع الفاسد عندنا يملك المبيع فيه بالقبض وانما لم تجب الشفعة لثبوت حق الفسخ فاذا اسقط
الفسخ اما لاتصال المبيع بزيادة او بزوال ملك المشتري فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجبت الشفعة
كالبيع المشروط فيه الخيار للبايع اذا اسقط خياره ۞ وانما وجبت الشفعة بالقيمة لان البيع الفاسد لا يجب فيه المسمى
وانما يملك بالقيمة والشفعة تجب بمثل العوض الذي لزم المشتري ⁂ قال فان باع المشتري لما اشتراه شرا فاسدا
بيعا صحيحا فلا سبيل للبايع على نقض البيع الثاني والشفيع بالخيار ان شا اخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن الذي سمي
فيه وان شا نقض البيع الثاني واخذه بالبيع الاول بقيمته وذلك لان البيع يسقط حق الفسخ وهذا المعنى يوجب
تقرير الشفعة الا انه اجتمع معنيان كل واحد منهما يوجب الشفعة فكان الشفيع بالخيار في الاخذ بايهما شا كما لو
اشترى شرا صحيحا ثم باع فله الخيار ⁂ فان اخذه بالبيع الثاني اخذ بالثمن لان المشتري ملك بالثمن وان اخذه بالبيع الاول
اخذه بالقيمة لان المشتري ملك المبيع بها وينفسخ البيع الثاني لان الشفيع استحق المبيع بسبب سابق لحق المشتري
الثاني ۞ فان قيل اذا فسخ البيع الثاني عاد المبيع الاول على ما كان عليه فسقطت الشفعة الجواب ان فسخ البيع الثاني
انما هو مقتضى الشفعة فلم يجز ان تسقط به لان في سقوطها عود البيع الثاني وذلك يوجب عود الشفعة وكذلك
ان بناه المشتري فقد بطل حق البايع في النقض في قول ابي حنيفة وللشفيع الشفعة وقالا حق البايع في النقض قايم
ولا شفعة للشفيع وهذا فرع على ان المشتري اذا بنا سقط حق الفسخ في البيع الفاسد عند ابي حنيفة وسقوط حق
البايع يوجب الشفعة وعلى قولهما لا يسقط البنا الفسخ ولا تجب الشفعة لتعلق حق المالك فيه ⁂ قال وكل ما ملك
بغير بدل او ملك ببدل ليس بمال فلا شفعة فيه اما المملوك بغير بدل فالهبة والصدقة لا شفعة فيهما
وقال ابن ابي ليلى فيها الشفعة بقيمة الموهوب يعني الشقص ⁂ لنا انه نقل ملك بغير عوض كالميراث ⁂ ولانه
نقل للملك بمثل البدل فلا يثبت في الهبة كالمرابحة والتولية ۞ واما الميراث فلا شفعة فيه لان الوارث
يملك على حكم ملك الميت ولهذا يرد على بايعه بالعيب فكان ملك الميت لم يزل ⁂ واما المملوك بالوصية فلا
شفعة فيه لانه تمليك يتعلق بالموت فلا شفعة فيه كالميراث ۞ واما المملوك ببدل ليس بمال كالمهر وبدل
الخلع والاجارة والصلح من دم العمد وقد بينا ذلك في مسئلة النكاح ⁂ واما الهبة على عوض فان تقابضا وجبت الشفعة
وان قبض احدهما دون الآخر فلا شفعة ⁂ وقال زفر تجب الشفعة بالعقد وهذا فرع على حكم هذا العقد فعندنا
ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع ولا يتعلق بعقده الشفعة كما لا يتعلق بالهبة بغير عوض ۞ فان تقابضا صارت
في حكم البيع فوجبت الشفعة ⁂ وعلى قول زفر عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع فتتعلق به الشفعة ۞ والكلام
في هذه المسئلة يجي في كتاب الهبة ان شا الله تعالى ⁂ وعلى هذا الاصل قال اصحابنا اذا وهب نصف دار بعوض
فلا شفعة فيه لان هبة المشاع فيما ينقسم لا يجوز وقال زفر فيه الشفعة لان الهبة بعوض عقده عقد بيع فيجوز
في المشاع ۞ قال واذا وجبت الشفعة في البيع او في الهبة بعد التقابض فان كان البدل مما له مثل وجبت
الشفعة بمثله وان كان مما لا مثل له وجبت الشفعة في البيع او في الهبة بعد التقابض بقيمته ۞ فان كان مما
لا مثل له وجبت الشفعة بقيمته ۞ وقال اهل المدينة اذا لم يكن للبدل مثل اخذها بقيمة الدار وذلك لان الشفيع انما
يستحق المبيع على الوجه الذي استحقه المشتري ⁂ واذا استحقه بمكيل او موزون او معدود غير متفاوت
استحقها الشفيع بمثل ذلك لان المثل اعدل من القيمة ⁂ ولو كان البدل مما لا مثل له فالقيمة فيه اعدل من المثل
فكان للشفيع الاخذ بالقيمة ⁂ ولان الشفيع ان اخذها من ملك المشتري فقد استحق عليه المبيع وصار كانه
اتلف عليه الثمن فان كان له مثل وجب مثله والا وجبت قيمته كما يجب في الاتلاف ۞ وان استحق من يد البايع
فقد اسقط حق البايع من الثمن الذي لزم المشتري فكانه اتلفه عليه ۞ والذي قاله اهل المدينة فاسد
لان من اشترى دارا قيمتها الف بعوض قيمته الفان فلو اوجبنا الشفعة بقيمة الدار استحقها على البايع
ببدل لم يرض به وهذا لا يصح ⁂ ولا يقال فالبايع لم يرض الا بالعوض ولم يرض بالقيمة لان القيمة مثل فيما لا
مثل له وقد استحقت الشفعة بمثل البدل ⁂ قال وان وهب رجل لرجل عقارا على غير شرط عوض ثم
عوضه بعد ذلك فلا شفعة في الهبة ولا فيما عوض عنها ⁂ وذلك لان العوض الملحق بالهبة ليس بعوض عن
الموهوب وانما هو لاسقاط الرجوع بدلالة انه لو وهب له عشرة فعوضه بها خمسة جاز ولو كان عوضا عن
العشرة لم يجز واذا لم يكن هذا عوضا عن الموهوب لم يجب فيه الشفعة ۞ قال واذا بيع سفل علو دون علوه

او علوه دون سفله او هما جميعا وجبت فيه الشفعة جميعا او كل واحد منهما على انفراده . وقال ابو يوسف وجوب
الشفعة في السفل والعلو استحسان روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد . اما اذا بيعا جميعا
فلا شبهة فيه لانه باع العرصة بحقوقها فيتعلق الشفعة بجميع ذلك . واما اذا باع السفل دون العلو لقوله عليه السلام
لا شفعة الا في ربع . ولان البناء الذي يخاف فيها على وجه الدوام كالدور . واما العلو فلانه حق متعلق بالبقعة
على التابيد فهو كنفس الشفعة . والذي قال ابو يوسف ان الاستحسان انما هو في العلو لان القياس ان لا يجب
فيه الشفعة لانه لا يبقى على وجه الدوام وانما استحسنوا لانه حق الوضع متابد فهو كالعرصة . وقال
محمد في الزيادات ان العلو اذا انهدم ثم بيع السفل فالشفعة واجبة لصاحب العلو عند ابي يوسف ولا شفعة
فيه عند محمد فاجرى ابو يوسف حق الوضع وان لم يكن هناك بناء مجرى الملك لانه حق ثابت على التابيد كنفس الملك
وقال محمد الشفعة انما تجب بالمجاورة فاذا لم يكن هناك بناء لم توجد المجاورة فلم تجب الشفعة . وذكر محمد بن الحسن
في الزيادات ان من باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع ولم يحك خلافا . وقال ابن شاهويه هذا ينبغي ان يكون
قوله خاصة فاما على قول ابي يوسف فيجب ان لا يبطل البيع لبقاء حق الوضع الا ترى انه اجراه مجرى العرصة في
ايجاب الشفعة فيه . قال وما كان من العقار مما لا يجوز بيعه ولا يملك بالبيع على حال فلا شفعة فيه مثل بيع
الاوقاف والخانات المسبلة والسقايات والابار التي ليست للمسبل فلا شفعة في شيء من ذلك عند من يرى
تسبيله جايزا او وقفه . ومن لم ير ذلك جايزا فهو وساير العقارات سوا في الشفعة . وذلك لان من اجاز الوقف
منع من انتقال الملك بالبيع فلم يجب فيه الشفعة ومن لم يجز الوقف جوز البيع كما اوجب فيه الشفعة . قال
واجمع المسلمون على بطلان بيع المساجد وذلك لانه اذا صلى فيها فقد زال ملكه عنها بالاجماع فصار الملك
لله تعالى فلم يجز بيعها . قال وما بيع من العقار مشاعا من ساير ما ذكرنا لك مما يجوز بيعه ففيه الشفعة
ووجوب الشفعة في البعض وفي الكل واحد مشاعه ومقسومه وما لا يجوز بيعه فاشاعته كذلك وذلك
لان وجوب الشفعة في الشقص المشاع مجمع عليه ووجوبها في الجملة مختلف فيه . قال ومن اجاز بيع دور
مكة ففيها الشفعة ومن لم يجز البيع في الارض واجازه في البنا خاصة دون العرصة فلا شفعة في ذلك
وذلك لان من اجاز البيع فقد نقل الملك في البقعة فتعلق بها الشفعة ومن لم يجز البيع في البقعة لم ينتقل
الملك عنها فلم يجز الشفعة . واما البنا اذا بيع دون الارض فلا شفعة فيه لانه مما ينقل ويحول كالعروض
وقال الحسن عن ابي حنيفة شرى دور مكة جايز وبيعها جايز وفيها الشفعة وكذلك بيع اراضي الخراج
وذلك لانها مملوكة عندنا لان عمر رضي الله عنه اقر اهل السواد عليها في املاكهم فصح بيعهم فيجب فيها الشفعة
قال وارض الخراج على قول من قال ان عمر وقف السواد فينبغي ان لا يجوز بيعه ولا يجب فيه الشفعة . قال
وارض القطيعة والاكارات والاخاذات والاجارات اذا باعها صاحب الارض فالبيع جايز وفيها الشفعة
فان باع الذي له اجارتها او اكارتها فالبيع باطل ولا يتعلق به شفعة اما القطايع فهي المواضع التي اقطعها
الامام من الموات فملكت بالاقطاع فبيعها جايز . واما الاجارات فهي الارض المملوكة اذا اجرها اربابها
لمن يبني فيها او يغرس . والاجارات هي الارض المملوكة يدفعها اربابها الى الاكرة فيزرعونها ويعمرونها
والاخاذات فيقال انه الارض يدفعها الى رجل وهي خراب الى من يعمرها ويستخرجها فاذا باع مالك الارض
في هذه الوجوه فبيعه جايز والشفعة واجبة . واذا باع المستاجر او الاكار او صاحب الاخاذة
فبيعه باطل لانه لا يملك البقعة وانما له فيها حق العمارة فلا يصح بيعه . قال وبيع الارض المحياة
باذن الامام جايز وان كان بغير اذن الامام لم يجز روى هذا ابن سماعة عن الحسن عن ابي حنيفة وهي رواية
الحسن في المجرد وكتاب الشفعة للحسن وذلك لان من اصل ابي حنيفة ان الاحيا لا يكون الا باذن الامام
فان احياها باذنه ملكه فجاز بيعه وان احياها بغير اذنه لم يملك فلم يجز بيعه . واما على قول ابي يوسف
ومحمد فيملكه بالاحيا في الحالين فيجوز بيعه . وقال ابو حنيفة يجوز بيع دور بغداد وحوانيت اهل
السوق التي للسلطان عليها غلة لا يجوز وليس فيها شفعة قال وهذه مواضع من بغداد اذن المنصور
للناس في بنائها ووضع عليهم خراجا عن عراصها فلم يملكهم البقعة فلا يجوز بيعهم . قال وبيع دور الدهاقين
التي للدهاقين عليها غلة اذا باعها الذي هو فيها ساكن لا يجوز لان الدهقان اذن الناس في البنا ولم يزل
ملكه عن البقعة ولم يجز بيع الساكن فيها . قال وان باع بناها لم يجب فيها الشفعة وهذا على ما بيناه
قال وان باع الدهقان الارض فهو جايز وفيها الشفعة لان الدهاقين يملكون البقعة فيجوز بيعهم . قال
واهل الاسلام في استحقاق الشفعة واهل الذمة والمستامنون من اهل الحرب والعبيد الماذون لهم
في التجارة والاحرار والمكاتبون والمعتق بعضه في وجوب الشفعة سوا لهم وعليهم . اما
الكافر فله الشفعة وقال ابن شبرمة لا شفعة له وقد روي ان شريحا قضى لذمي على مسلم بالشفعة
وكتب بذلك الى عمر رضي الله عنه فاجازه . ولانه حق يتعلق بالمبيع فاستوى فيه المسلم والذمي كالرد
بالعيب . واما الماذون فهو في حقوق عقد البيع كالحر وكذلك المكاتب . واما المعتق بعضه فهو مكاتب
عند ابي حنيفة وعندهما حر عليه دين وكذلك النسا والصبيان فيما وجب لهم وعليهم من ذلك سوا .

لقوله صلى الله عليه الجار احق بصقبه ولم يفصل . ولان حقوق البيع يستوي فيها النسا والصبيان كالرد بالعيب
قال والخصم فيها يجب على الصبيان اباوهم فان لم يكونوا فاوصيا الابا فان لم يكونوا فالاجداد من قبل الاب فان لم يكونوا
فاوصيا الاجداد فان لم يكونوا فالامام او الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فيه لان الصبي عاجز عن استيفا حقوقه
بنفسه فقام وليه مقامه في ذلك والذي يلي عليه هم هولا الذين ذكرهم على الترتيب . قال واهل العدل
واهل البغي في الشفعة سوا لان الباغي مسلم فالمعصية لا تسقط حقه كالفاسق . ولان البغي ليس باكثر
من كفره والشفعة تجب للكافر على ما بيناه . قال والشفعة عند اصحابنا جميعا على عدد الرؤوس قلت الانصبا
او كثرت وكذلك كل ما يجاوره قل او كثر . وقال الشافعي الشفعة على قدر الانصبا لنا قوله صلى الله عليه الشفعة
للشريك الذي لم يقاسم فعلقها بالاسم وقد تساووا في الاسم ولان كل واحد منهم لو انفرد استحق الجميع
فاذا اشتركوا تساووا فيه كالابن في الميراث . ولانهما شفيعان تساويا في استحقاق الشفعة فتساويا
في قدر الاستحقاق اصله اذا كانت الانصبا سوا . قال والجار المستحق للشفعة عندهم جميعا
الملاصق وذلك لان الشفيع يستحق الشفعة لاتصال ملكه بالشقص المبيع وهذا لا يوجد في غير الملاصق
ولان الشفعة شرعت ليزيل الضرر عن نفسه ويجعل الملكين ملكا واحدا وهذا لا يكون الا مع الملاصقة
ولا يستحق الشفعة عندهم بالابواب وقربها وذلك لقوله صلى الله عليه الجار احق بسقبه والسقب
القرب فمن كان جارا فله الشفعة . قال ومن باع دارا وهو شفيعها فلا شفعة له لنفسه
باعها او لغيره . ومن اشترى دارا وهو شفيعها فله الشفعة وذلك لان بايع الدار لو وجبت له
الشفعة لفسخ بها بيعه وهو لا يملك فسخ ما باع . واما المشتري فوجوب الشفعة له اتمام للشرى
وهو مامور باتمامه وعلى هذا قال اصحابنا في الوكيل بالبيع اذا باع وهو شفيع فلا شفعة له ولا ياخذه
بالشفعة لان اخذه بالشفعة ابطال لبيعه وهو موكل باتمامه وقام مقام الموكل ولو باع الموكل
بنفسه لم يجز له ان ياخذه بالشفعة كذلك اذا باع وكيله . وقد قالوا في الوكيل بالشرى اذا كان شفيعها
فله الشفعة لانه ليس في اخذها ابطال الشرى ولانه قام مقام الموكل . ولو اشترى الموكل لنفسه
لم يسقط شفعته كذلك وكيله . وقالوا فيمن باع عقارا وشرط الخيار لغيره فامضى البيع وهو شفيع انه
لا شفعة له لانه قام مقام البايع في اتمام البيع فلم يجب له الشفعة كالبايع . ولو شرط المشتري
الخيار لغيره فاجاز البيع وهو شفيع فله الشفعة لانه قام مقام المشتري في اتمام البيع فوجب له
الشفعة كالمشتري .

باب ما يستحق به الشفعة

قال ابو الحسن رحمه الله الشفعة تستحق عند اصحابنا جميعا بثلثة معاني بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع او بالشركة في حقوق
ذلك او بالجوار الاقرب فالاقرب اما وجوب الشفعة بالشركة فلقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم . ولان الضرر يخشى في
ذلك على الدوام وهذا المعنى يثبت للشفيع حق الجمع بين الملكين حتى يصير الملك الواحد فينتفي عنه الضرر . واما
الشركة في حقوق المبيع كالشرب والطريق فيتعلق بها الشفعة عندنا وقال الشافعي لا يتعلق بها شفعة لنا قوله عليه السلام
الشفعة للشريك الذي لم يقاسم وقال الجار الدار احق بالدار ينتظر بها وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا . وروي عنه انه قال
الشريك احق من الخليط والخليط احق من غيره . وهذا يدل على ترتيب المعنى الذي يتعلق به الشفعة . واما الجوار فيتعلق
به الشفعة عندنا وعند الشافعي لا يتعلق به شفعة لنا حديث سمرة ان النبي عليه السلام قال جار الدار احق بشفعة الدار والارض
وذكر ابو داود في هذا الخبر جار الدار احق بدار الجار والارض . ولانه معنى يملك بالثمن ولا يختص بالمشاع كالبيع . ولان
كل سبب جاز ان يملك به بعض الدار جاز ان يملك به جميعها كالبيع . ولا يلزم القسمة لانه يجوز ان يملك بها جميع الدار اذا اتلفوا
بقسمة العقار بعضه في بعض . ولان خوف التاذي على وجه الدوام سبب لاستحقاق الشفعة بالملك وهو موجود في
الجار اصله الملك المشترك . واذا ثبت ان الشفعة تتعلق باحد هذه المعاني الثلثة . قال اصحابنا اذا اجتمعت المعاني فاولاهم
الشريك في نفس المبيع وذلك لانه اخص بالضرر من الجار ومن الشريك في الطريق والشرب فكان اولى بالشفعة . ثم الشريك
في حقوق المبيع اولى من الجار لانه اخص بالضرر من الجار لمكان شركته في طريقها . ثم الجار بعد ذلك . وقد قالوا في الشريك
اذا سلم الشفعة وجبت الشفعة للشريك في الطريق فان سلمها وجبت للجار . وروي عن ابي يوسف ان الشفعا اذا اجتمعوا
فسلم الشريك الشفعة فلا شفعة لغيره . وجه قولهم المشهور ان السبب الذي تعلق حق الشفعة لكل واحد
منهم موجود عند عقد البيع وانما يتقدم حق بعضهم لتاكده فاذا اسقط حقه كان لغيره ان يستوفيه كغريم الصحة مع غريم
المرض والدين الذي به رهن والذي لا رهن به اذا اسقط المرتهن حقه . وجه قول ابي يوسف هو ان عقد البيع وقع
غير موجب للشفعة للجار الا ترى انه لا يملك المطالبة بها فلا يثبت حقه الا بتجديد بيع اصله اذا استحدث جوارا .
وقال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعت ابا يوسف قال قال بعض اصحابنا لا شفعة الا لشريك لم يقاسم نصيبه وقال عامتهم
للجار الشفعة . وكل قد روى حديثا فيما قال عن رسول الله صلى الله عليه وعن اصحابه فكان احسن ما رايناه في ذلك ان للجار الشفعة
من قبل ما يدخل الجيران بعضهم من بعض من الاذى والشر ولا نرى والله اعلم ان الشفعة وضعت في الاصل الا لهذا
وكذلك الشريك الشايع نصيبه في الدار لم تجعل له الشفعة الا لما يدخل في ذلك من التضييق لبعضهم على بعض وسوء الاخلاق

قال وليس المنازل والارضين المقسومة كالدابة والمملوك والثياب لم يختلف احد في شفعة الرقيق والحيوان والثياب انه لا تجب
فيها. وعلى هذا جميع اصحابنا. وليس الجار الذي يقضى له بالشفعة الا الملاصق وهذا قول ابي حنيفة وكان ابن ابي ليلى يقول الجار
الشفعة ثم رجع عن ذلك وقال لا شفعة الا لشريك لم يقاسم فيحتمل ان يكون ما حكاه ابو يوسف عن بعض اصحابنا انه اراد به ابن ابي ليلى
وقد نبه ابو يوسف على العلة الموكدة وهي خوف التاذي على وجه الدوام وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن ابرهيم ان شريحا
كان يقضي بالشفعة للجيران بالاقرب الابواب الى باب الدار وقال ابو حنيفة بخلاف ذلك وقال الجار الذي يقضى له بالشفعة الملاصق
وهو الصحيح لان قرب الباب وبعد الباب ليس له تاثير وانما التاذي المضر بذلك موجود في الملاصق دون غيره. وروى ابو يوسف
عن اشعث بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح قال الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار والجار احق من غيره. قال
ابو يوسف وتفسير ذلك عندنا والله اعلم ان الشريك الذي لم يقاسم هو الخليط وهو احق من الشفيع والشفيع الشريك في الطريق
والمنازل مقسومة والجار الذي لا شرك له في منزل ولا طريق. وقد روى ابن سماعة عن محمد في تفسير هذا الحديث مثل ذلك
وقال ابو يوسف في دار بين رجلين عن رجل فيها طريق فباع احدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار احق بالشفعة في ذلك ولا شفعة
لصاحب الطريق. وكذلك دار بين رجلين لاحدهما حائط في الدار بينه وبين رجل فباع الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط
قال فالشريك في الدار احق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار وله الشفعة في الحائط وارضه اما الطريق
في الدار فصاحبه شريك في حق المبيع والشريك في نفس المبيع اولى من غيره. واما الشريك في الحائط فهو اولى بالحائط لانه شريك
فيه وهو جار في بقية الدار فكان الشريك فيها اولى منه. قال وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بير في الدار بينه وبين رجل
اخر فباع الذي له شرك في البير نصيبه من الدار والبير فالشريك في الدار احق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البير في
الدار وله شفعة في البير وذلك لانه شريك في البير والشريك في الدار جار في البير فالشريك اولى من الجار والشريك في البير
جار في بقية الدار والشريك في الدار اولى منه. قال ابو يوسف ليس له شفعة فيما يستحق اذا كان شريكا فيما لا يستحق بمنزلة
الطريق والبير والحائط وهذا صحيح في الحائط والبير لانها ليست من حقوق الدار الا ان الدار لا تشركه فيها. واما الطريق
فهي من حقوق الدار والشريك فيه شفيع في الدار بالدار الا ان الشريك في الدار اولى بها منه. قال وكذلك سفل بين
رجلين ولاحدهما علوه علو بينه وبين اخر فباع الذي له نصيب في العلو والسفل نصيبه من رجل فلشريكه في السفل الشفعة
في السفل ولا شفعة له في العلو ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة له في السفل لان صاحب السفل شريك
فيه وجار للعلو والشريك في العلو شريك فيه وجار للسفل فالشريك اولى من الجار. قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد
سمعنا ابا يوسف قال في رجل له مسكن علو في الدار وطريقه فيها وبقية الدار لاخر فباع صاحب العلو منزله بطريقه
فاراد صاحب بقية الدار ان ياخذه بالشفعة فله ذلك استحسانا وليس بقياس من قبل ان العلو لا يعرف له حق في
الارض وهو القياس ولكني تركت القياس واستحسنت الاخذ بالشفعة لانه يسكن العلو ويباع ويوهب ويورث
ويجوز فيه الوصية وليس لصاحب الاصل ان يهدمه ولا يحوله عن حاله فهو حق لازم له ثابت. وليس هذا كبناء
رجل في ارض غيره ثم باعه فهذا لا شفعة فيه وجه القياس ان العلو ينقل ويحول ولا يبقى هنالك عين محل البناء
وجه الاستحسان ان حق الوضع متعلق بالبقعة على التابيد فصار كنفس البقعة. قال ولو ان رجلا له علو في
دار وطريقه في دار اخرى الى جنبها فباع صاحب العلو علوه فصاحب الدار التي فيها الطريق اولى بالشفعة
وذلك لانهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جار والشريك في الطريق اولى من الجار. قال ولو ترك
صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملاصق اخذه بالشفعة مع صاحب السفل لان كل واحد منهما جار للعلو والتساوي
في الجوار موجب التساوي في الشفعة. قال فان كان جار الدار ليس بملاصق وبين العلو وبين مسكنه طايفة
من الدار فصاحب السفل اولى بالشفعة وذلك لان الجوار هو الملاصقة فمن لا ملاصقة له لا يستحق الشفعة
بالجوار. قال ولو لم يبع صاحب العلو وباع صاحب السفل كان لصاحب العلو اخذ ذلك بالشفعة بمنزلة الجوار
لا بالشركة وذلك لانه لا حق له الا المجاورة وحق الموضع ليس بشركة كدارين متلاصقين لاحدهما خشب على حايط
الاخرى ان صاحب الخشب لا يستحقها الا بالجوار. قال ولو بيعت الدار التي فيها الطريق اخذها صاحب العلو
بالشركة في الطريق لان له فيها معنى زايدا على الجوار فكان اولى من الجار.

باب طلب الشفعة

قال ابو الحسن رحمه الله واذا بيعت الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع فان محمدا قال في الاصل ان لم يطلب من مكانه
بطلت الشفعة وهذا يقتضي ان الطلب على المجلس وقال ابن سماعة عن ابي يوسف ان لم يطلب حين بلغه بطلت
شفعته وقال في موضع اخر فلم يشهد ساعة بطلت شفعته فهذا يقتضي ان الطلب على الفور وهذا قول ابي حنيفة
وقال ابن رستم عن محمد اذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضا وهو ترك للشفعة وهذا يدل على انها على الفور
وقال هشام عن محمد في نوادره اذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته وهذا
يدل على انها على المجلس. قال الشيخ رضي الله عنه كان اصحابنا يقولون ان الاشهاد في احدى الروايتين
على الفور وفي الاخرى على المجلس وقال ابن ابي ليلى ان ترك الطلب ثلثة ايام بطلت شفعته وقال
الشعبي ان تركها بطلت وقال شريك لا تبطل ابدا حتى يبطلها بقوله وقد ذكر ابو الحسن رحمه الله ان هذا ليس بخلاف

رواية وانما هو على المجلس كخيار المخيرة وكخيار القبول فكانه حمل رواية ابن سماعة على انه لم يشتغل عن الطلب.
وذكر هشام عن محمد قال سالت محمدا عن رجل قيل له ان فلانا باع داره وهو شفيعها فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها
او قال سبحان الله او قال الله اكبر قد ادعيت شفعتها ولقي صاحبه الذي يدعي الشفعة قبله فبداه بالسلام قبل ان
يدعي الشفعة ثم ادعاها او قال حين اخبر بالبيع من اشتراها او بكم باعها او عطس صاحبه فشمته قبل ان يدعي
الشفعة ثم ادعاها قال محمد هو في ذلك على شفعته قلت لمحمد فمن قال اذا لقيه فسلم عليه بطلت شفعته و
ما نكر ذلك اشد الانكار. وقال محمد اذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادعى من ساعته فهو على شفعته. قال
ابو الحسن رحمه الله وما حكاه هشام يدل على صحة ما تاولنا. واما وجه الرواية التي اعتبر الفور فقوله صلى الله عليه
الشفعة لمن واثبها وقوله الشفعة كنشطة عقال ان قيدتها ثبتت والا ذهبت. واما وجه الرواية التي
اعتبر المجلس فيها فلانه خيار تمليك فكان على المجلس كخيار القبول والمخيرة. ولانه يحتاج الى ان ينظر هل تصلح له ام
لا تصلح وهذا لا يكون على الفور. واذا ثبت انها على المجلس وهو اصح الروايتين كان على شفعته ما لم يقم او
يشتغل بغير الطلب كالمخيرة. فان قيل اذا قال الحمد لله وسبحان الله فهو اعراض قيل له هذا يذكر
لافتتاح الكلام فلم يدل على الاعراض وكذلك التسليم وتشميت العاطس ليس يدل على الاعراض ولذلك لا يبطل به
خيار المخيرة. واما قوله من ابتاعها وبكم ابتاعها فليس باعراض وانما هو سبب للطلب لانه يجوز ان لا يصلح
له بثمن دون ثمن ومجاورة رجل دون غيره فالمسالة من ذلك لا تسقط الشفعة لانها من اسباب الشفعة.
قال الشيخ وكان ابو بكر الرازي يقول اذا بلغه البيع وليس بحضرته من يشهده فقال اي وقت طالب الشفعة
ثم نهض الى من يشهده لم يبطل حقه وهذا صحيح لان الشفعة انما تثبت بالطلب وانما يشهد لانه لا يصدق
على الطلب بغير بينة فاذا لم يمكن هناك من يشهد بطلت الشفعة حتى لا تسقط فيما بينه وبين الله سبحانه.
وقال الحسن بن زياد عن ابي حنيفة لو ان رجلا باع دارا ولها شفيع غايب فان علم بالبيع وهو غايب فاشهد
حين علم او وكل من ياخذ له بالشفعة كان على شفعته وكان جايزا وان لم يشهد ولم يوكل حين بلغه فقط
في ذلك ساعة او يوما او اكثر من ذلك لم يكن له بعد ذلك شفعة وذلك لان حق الشفعة يجب بالمطالبة
والغايب يقدر على الاشهاد على المطالبة كما يقدر الحاضر فجرى مجرى واحدا. وانما جعل توكيله بمنزلة
مطالبته لان التوكيل بالمطالبة مطالبة وزيادة فقام مقام صريح المطالبة. قال ابو الحسن رحمه الله وقول
اصحابنا في الغايب اذا علم بالشفعة مثل قولهم في الحاضر في صحة الطلب ولكن له من الاجل في القدوم
بعد ذلك مقدار المسافة. فان لم يقدم ولم يوكل من ياخذ له بالشفعة بطلت شفعته وذلك لان الحاضر
اذا اشهد في المجلس كان عليه ان يشهد بعد ذلك على مطالبة البايع ان كان المبيع في يده او يشهد على المشتري
او على العقار على ما سنبينه بعده. فاذا اشهد الغايب في مجلسه صار كالحاضر اذا اشهد فلا بد له بعد
ذلك من مطالبة البايع او المشتري او الاشهاد عند العقار وقت زواله من المقدار ما يتمكن فيه من
المسير حتى يحضر فيطالب او يحضر وكيله وان لم يفعل ذلك عند الامكان صار كالحاضر اذا اشهد ثم لم يطالب
البايع ولا المشتري ولا اشهد عند العقار ولا طلب عنده تسقط شفعته. قال بشر وعلي عن ابي يوسف
وان كان الشفيع غايبا فاذا علم فله من الاجل بقدر المسافة اما ان يقدم او يبعث وكيلا في طلبها
وذلك بعد ان يشهد حين علم انه على شفعته ويسمي الدار والارض والموضع بحدوده حتى يستوفي
لنفسه. وقال محمد في كتاب الاصل اذا اشترى الرجل دارا والشفيع غايب فعلم بالشراء فله من الاجل
بعد ان يعلم على قدر المسير فان مضى ذلك الاجل قبل ان يطلب او يبعث من يطلب فلا شفعة له وهذا على
ما قدمنا. وانما شرط ابو يوسف تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم فاذا اشهد على
الطلب ولم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بمبيع دون مبيع فلا يتعلق بها حكم. قال واذا بلغ
الشفيع بيع الدار التي هو شفيعها فاشهد على طلب الشفعة ثم ترك الخصومة فيها بعد اشهاده فان
ابن سماعة قال ان محمدا سمعته يقول في رجل اشترى دارا فطلب الشفيع الشفعة واشهد على المشتري
بذلك فهو على شفعته ابدا في قول ابي حنيفة وقال محمد استحسن اذا ترك ذلك شهرا من غير عذر
ان تبطل شفعته وهو قول زفر. وقال بشر وعلي عن ابي يوسف اذا علم فاشهد ثم كف عن الطلب
شهرا او اكثر لم يكن له شفعة الا ان يكون القاضي معزولا او غايبا وهذا قياس قول ابي حنيفة وزفر
وابي يوسف وبه ناخذ. وقال المعلى عن ابي يوسف انه على شفعته ما لم يمكنه التقدم الى القاضي فيقعد
ما يخرج رقعته. قال وهذا قول ابي يوسف وقال زفر ما بينه وبين شهر. قال المعلى وروي عن ابي حنيفة
انه على شفعته ابدا اذا اشهد. وقال ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف في الشفيع اذا اشهد على
طلب الشفعة ثم لم يخاصم ولم يتقدم الى القاضي ثم تقدم الى القاضي مرة او مرتين فهو على شفعته وقال
ابن رستم عن محمد اذا اشهد ثم سكت شهرا بطلت شفعته الا من عذر حبس او مرض لا يقدر ان يوكل ولا
يصدق على العذر بقوله الا ان يعلم ذلك. وقال هشام سالت محمدا عن قول ابي حنيفة فيمن طلب الشفعة
عند غير قاض ثم سكت قال كان يقول هو على شفعته ابدا ما لم يقل باللسان قد تركتها وكذا قول ابي يوسف

قال محمد ولنا في قولي فإن سكت بعد الطلب شهرا بطلت شفعته :: قال هشام سألت أبا يوسف عن رجل
أشهد على شفعته ثم غاب عنه شهرا أو أقام ولم يطلبها ثم طلبها بعد ذلك هل له شفعة قال أما الغائب فلا
وأما المقيم فإذا كان جلسه بمقدار ترافعه إلى الحاكم وإثباته حقه ونحوها فهو على شفعته فإن طال فهل يوقت
في هذا وقتا قال لا إلا قدر إثباته حقه وترافعه إلى الحاكم تحصل في هذه الروايات أن عند أبي حنيفة إذا أشهد
لم يسقط الشفعة بالتأخير إلا أن يسقطها بلسانه وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف وقال في الرواية الأخرى
إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر على المخاصمة فيه بطلت شفعته ولم يوقت وقال محمد وزفر إذا أخر
المطالبة بعد الإشهاد شهرا من غير عذر بطلت شفعته :: قال الحسن وهو قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف
وجه قول أبي حنيفة أن المطالبة حق متعلق بعقد البيع فإذا استقر بالإشهاد لم يسقط بالتأخير كالرد بالعيب
وجه قول محمد أن الشفعة تثبت لإزالة الضرر فلو جوزنا له تأخير الخصومة أبدا أضر ذلك بالمشتري لأنه
لا يقدر على البناء ولا على الغرس مخافة أن يأخذها الشفيع ويهدم عليه ويقلع ملكه ولم يجز إلحاق الضرر بواحد
منهما وقد قدر ذلك محمد بالشهر لأنه جعله في حكم الكثير ألا ترى أنه يجعل آجلا في الديون وما سواه جعل في
حكم القليل فلم يعتد به واعتبر شهرا من حين العذر لأن العذر المانع من المخاصمة ليس بتفريط فلا يسقط الشفعة
ولم يوقت أبو يوسف التأخير بمقدار وإنما جعله على قدر ما يرى القاضي لأن ذلك يختلف باختلاف الأحوال ه
الجواب عن ما قاله أن دفع الضرر عن الشفيع يجب وإن أدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالمشتري ألا ترى أن أخذ
ملك المشتري بعد ما تصرف فيه ضرر بالمشتري يجوز لأن الضرر بالشفيع ه وأما قولهما أنه لا يقدر على البناء
والغرس فلا يلزم أبا يوسف لأن عنده أن الشفيع يأخذه بالثمن وبقيمة البناء والغرس فلا يمنع من ذلك ه وأما
أبو حنيفة فيقول هذا ضرر ألزمه المشتري نفسه حين دخل في عقد فيه شفيع ه وقال ابن شجاع عن الحسن واللؤلؤي
[illegible] عن الحسن عن أبي يوسف إذا اشترى الرجل دارا فبلغ الشفيع فعليه أن يشهد إذا بلغه حرا كان المخبر
أو عبدا صبيا أو امرأة عدلا كان أو غير عدل إذا كان الخبر حقا :: وكذلك رواه محمد عن أبي يوسف وهو قوله
ورواه هشام عن محمد قال وما أشبه قياس قول أبي حنيفة لا يخبره رجلان أو رجل عدل وقال ابن شجاع عن
الحسن قال أبو حنيفة ونرى حتى يخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول وهذا نظير قولهم في
المتولي إن عتقه حتى قال أبو حنيفة اعتبر في الخبر أحد شرطي الشهادة إما العدد وإما العدالة قال أبو يوسف
ومحمد إذا أخبره واحد فلم يشهد بطلت شفعته وكذلك إذا أخبره بجناية عبده فأعتقه صار مختارا عدلا
كان المخبر أو غير عدل لأبي حنيفة أن هذا الخبر أخذ شبها من أصلين من الشهادة لأنه يوجب ضمانا على المولى
ويسقط حق الشفيع وشبها من الأخبار لأنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فألحق بالشبهين واعتبر فيه
قول الواحد عدلا كان أو غير عدل كسائر أخبار المعاملات فاعتبر أحد الشرطين إما العدد وإما العدالة ه
وفي قولهما من أخبار المعاملات فقبل فيه قول الواحد عدلا كان أو غير عدل كسائر أخبار المعاملات ه
وأما الذي رواه الحسن عن أبي حنيفة من اعتبار أحد شرطي الشهادة فلأنه يسقط به حق الشفيع فلا يجوز إلا
بقول من يثبت بقوله الحق كالشهادة على البراءة :: وقد قالوا في المخيرة إذا بلغها التخيير لم يعتبر في
المخبر أحد شرطي الشهادة لأن ذلك لا يتعلق به إيجاب ضمان عليها ه وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المشتري
إذا قال للشفيع قد اشتريت فسكت بطلت شفعته وإن لم يكن للمشتري أحد صفات الشهادة لأنه
ليس بمخبر وإنما هو خصم والدعوى في الخصومة لا يعتبر فيها العدالة ه

باب من يطلب الشفعة

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا بيعت الدار في مصر والبائع والمشتري في ذلك المصر أو في مدينة أو قرية وهم جميعا حضور
في ذلك الموضع الذي فيه المبيع فإن الشفيع إن قصد إلى الدار المبيعة أو إلى الأرض فأشهد عندها وأعلن كان ذلك
جائزا :: فإن قصد البائع أو المشتري والدار غير مقبوضة فأشهد في ذلك :: فإن قبضت الدار فلا خصومة بينه وبين
البائع ولا علقة :: وإن أشهد عند الدار صح وإن أشهد عند المشتري صح :: قال الشيخ والأصل في هذا أن
الشفعة تتعلق بعقد البيع وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ :: وإنما تعلقت بالبيع لأنها تجب لرغبة البائع عن ملكه
وإنما استقر بالإشهاد لأنها حق ضعيف تسقط بالإعراض عنه ولا يعلم أنه مطالب وليس بمعرض إلا بالإشهاد
وإنما تملك بالحكم لأنه نقل ملك فلابد فيه من التراضي أو حكم الحاكم وقد بينا صفة الإشهاد في المجلس الذي يعلم فيه
الشفيع بالبيع إلا أن المطالبة لا تكون إلا بمطالب والإشهاد في المجلس إنما هو حتى يعلم أنه ليس بمعرض ويحصل مطالبة
المطلوب بعد ذلك من غير تشاغل بشيء مع القدرة :: فإن كان المبيع في يده لم يقبض فهو بالخيار بين مطالبة البائع
أو المشتري أو الإشهاد عند العقار لأن الشفيع يثبت له مخاصمة البائع ما دام المبيع في يده فصحت مطالبته :: وكذلك يطالب
المشتري لأن الملك له وحقه متعلق به :: وكذلك إن أشهد عند العقار لأن حقه متعلق بعين العقار فكان له أن يشهد
على ما تعلق حقه به :: فأما إذا أسلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لأنه خرج من الخصومة ألا ترى أنه لم يبق له يد على
المبيع ولا ملك فصار كالأجنبي ه قال وإن كان البائع والمشتري عقدا البيع في غير الموضع الذي فيه الدار وعلم الشفيع

أنها بيعت فليس عليه أن يأتيها حيث هي ويشهد عند الدار :: قال هشام سألت محمدا عن رجل باع دارا والدار بالكوفة
والبائع والمشتري في غير الكوفة والشفيع بالكوفة قال على الشفيع أن يأتي الدار فيشهد عندها ويعلن بطلب الشفعة
قال قلت لمحمد فلو لم يأت الدار عند ذلك أتبطل شفعته قال نعم :: قال محمد وإذا أشهد على الشفعة عند الدار فليس عليه
أن يتبع المشتري ولا يبعث وكيلا في طلبه إذا كان غائبا عن المصر وهذا على ما بينا أنه مخير بين الإشهاد على أحد المتبايعين أو
عند العقار فإذا أشهد عند العقار فقد استقر حقه فلا يسقط بترك الإشهاد على أحد المتبايعين قال قلت فإن كان
الشفيع في غير المصر الذي بيعت فيه الدار قال عليه أن يذهب في طلبها أو يبعث وكيلا فإن لم يفعل بطلت شفعته وذلك
لأن الواجب أن يشهد في مجلسه فلابد من الإشهاد على أحد المتبايعين أو على العقار لما بينا أن المطالبة لا تكون إلا بمطلوب
فإذا لم يطلب فقد أعرض عنها فبطلت شفعته ه قال أبو الحسن رحمه الله وإذا صح الإشهاد على ما ذكرناه وأراد أن يقضى له
بالدار بشفعته :: فإن كانت الدار لم تقبض أحضر البائع والمشتري جميعا ولا يقضى له حتى يحضرا جميعا فإذا أحضر أحدهما دون الآخر
لم يحكم له أما ثبوت مخاصمة البائع فلأن له في الدار يدا مستحقة فكانت الخصومة معه ثابتة كالمالك :: ولأن حق الشفيع
يثبت بخروج الشيء عن ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري فصار كمن ادعى أنه اشترى هذه الدار قبل هذا المشتري
فيثبت له مخاصمة البائع إلا أن القاضي لا يحكم بينهما إلا بحضور المشتري لأن القضاء على البائع بالشفعة فسخ لملك المشتري
فلا يجوز إلا بحضوره أو حضور من قام مقامه :: ولأن له حقا في الحضور ليدلي بحجة فيتوقف الحكم على حضوره ه وأما إذا كانت
الدار قد قبضت فالخصم هو المشتري وحده فإذا أحضره حكم عليه وذلك لأن البائع لا ملك له ولا يد فصار بعد التسليم كالأجنبي
فلا يعتبر حضوره في صحة الحكم ه قالوا إذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا والدار في يد البائع انتقض البيع الذي كان بين البائع
والمشتري وسلم الشفيع الثمن إلى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع ورجع المشتري على البائع بالثمن إن كان نقده
أما فسخ البيع فهو المشهور من قولهم ه وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن البيع لا ينتقض وجه قولهم المشهور أن حق
الشفيع سابق لحق المشتري فإذا قضي له بالملك بحق سابق انفسخ ملك المشتري كالقضاء للمستحق ه ولأن القضاء
للشفيع يسقط قبض المشتري وما أسقط القبض أبطل البيع كهلاك المبيع وجه قول أبي يوسف أن الشفعة
إنما تجب بسبب الشرى فصارت من حقوقه وحقوق الشيء لا تنافيه :: ولأن الشفعة لما تعلقت بعقد البيع لم يجز أن
ينفسخ بها لأن ذلك يؤدي إلى سقوطها :: قال أبو يوسف وقياس قول أبي حنيفة في جواز بيع العقار قبل القبض
يقتضي أن لا ينفسخ البيع بأخذ الشفيع لأن الشيء مأخوذ من ملكه فكأنه باعه :: وهذا ليس بصحيح لأن المشتري من
المشتري الأول يقوم قبضه مقام قبض الأول فلا يؤدي ذلك إلى إسقاط قبض الأول وقبض الشفيع لا يقوم مقام
قبض المشتري فيؤدي ذلك إلى إسقاط القبض ه وإن أخذ الدار بالشفعة من يد المشتري فالبيع الأول صحيح ويدفع
الشفيع الثمن إلى المشتري وذلك لأن الملك قد استقر في ملك المشتري فلم يوجب ذلك فسخ بيعه كما لو باعه ه
فإن قيل إذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق لحق المشتري فإذا أخذ الشيء من يد المشتري انفسخ ملك
المشتري كما ينفسخ إذا أخذه من يد البائع أصله المستحق إذا أخذ من يد المشتري ه قيل له إن أخذ الشفيع من يد
المشتري لو كان فسخا لم يجز أن يقضى عليه إلا بحضور البائع فلما اتفقوا أنه يقضى على المشتري بالشفعة بغير محضر
البائع دل على أن الأخذ منه ليس بفسخ ويفارق هذا الاستحقاق لأنا نتبين بالاستحقاق أن البائع لم يكن مالكا لما باعه فإذا
لم يجز المستحق بطل البيع وفي مسألة الشفعة لا نتبين أن البائع لم يكن مالكا وإنما فسخنا البيع إذا أخذ من يد البائع
لسقوط القبض وهذا لا يوجد إذا أخذها من المشتري وإذا ثبت ما ذكرنا قلنا إن كانت الدار أخذت من يد البائع فالعهدة
عليه لأن العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن فكان عليه رده :: ولأن البيع انفسخ بين
البائع والمشتري وانتقل المبيع من ملك البائع إلى ملك الشفيع فكانت عهدته عليه ه وأما إذا أخذ من المشتري
فالعهدة عليه لأنه القابض للثمن فالعهدة عليه :: ولأن الشيء انتقل من ملكه إلى ملك الشفيع :: وروى ابن سماعة وبشر
بن الوليد عن أبي يوسف أن المشتري إن كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضي للشفيع بالشفعة بمحضر من البائع والمشتري
فإن الشفيع يقبض الدار من البائع وينقد المشتري الثمن وعهدته عليه وإن لم ينقد الثمن يدفع الثمن إلى البائع وعهدته
عليه :: وذلك لأن البائع إذا قبض الثمن لم يبق له حق في إمساك المبيع والقبض عنده ليس بفسخ لملك المشتري
وإنما هو استحقاق عليه فكان الثمن له :: وأما إذا لم يقبض البائع الثمن فللبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن
فلم يتوصل الشفيع إلى أخذ الدار إلا بدفع الثمن إلى البائع :: وقال في الأصل إذا كان الشفيع بالكوفة حيث
الدار والبائع والمشتري بالسواد فلم يشهد على طلب الشفعة وشخص إلى المشتري فهذا تسليم منه حيث
ترك أن يشهد على طلبه :: وكذلك لو كان بحضرة المشتري والبائع فشخصا إلى موضع الدار ولم يشهد
على البائع والمشتري فهذا تسليم وذلك لأنه يقدر على المطالبة في مكانه فإذا تركها مع القدرة بطلت
شفعته :: وإنما يتخير بين الأشياء الثلاثة إذا جمعها موضع واحد ه قال وإذا كان في غير مصر البائع والمشتري
والدار فإلى أيهم شخص ليطلب شفعته إلى المشتري أو إلى البائع أو إلى الدار فهو على شفعته وذلك
لأنه لابد له من المطالبة في إحدى المواضع الثلاثة :: ولا يمكنه أن يجمعها بذهاب واحد مع اختلافها فلم
يبق إلا أن يقصد أحدها فلا يبطل بقصده الشفعة كما لو كانوا في مصر واحد فقصد أحدهم ه قال أبو الحسن
إن حال الشفيع بين الشفيع وبين الإشهاد على الدار أو على البائع أو على المشتري حائل لا يستطيع
عنه
أو على أحدهما

الشفيع ان يصل الي ذلك الشفعة ولا ان يبعث وكيلا فهو علي شفعته الي ان يزول الحايل المانع له ثم يعود الامر بينهم
علي ما ذكرنا ∴ ولان ترك المطالبة يسقط الشفعة ويدل علي الاعراض فاذا كان هناك مانع من المطالبة فالظاهر
انه ترك الطلب لمانع فلا تسقط شفعته ❁

باب ما يحدثه الشفيع مما يبطل شفعته او لا يبطلها

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى الرجل دارا ولها شفيع فالزم الشفيع المشتري [illegible] او استاجرها الشفيع من المشتري
او كانت ارضا فاخذها مزارعة او كانت في الارض نخل فاخذها الشفيع معاملة وذلك كله بعد علمه بالشرى فذلك كله تسليم منه للشفعة
وكذلك لو راوضه علي ذلك فراوضه ولم يقع بينهما عقد وذلك لان الشفعة حق ضعيف بدلالة انه يبطل بالسكوت والاعراض فما
يستدل به من الافعال علي الاعراض يسقط اصله خيار المعتقة والمخيرة ∴ وقد روي عن النبي صلى الله عليه انه قال لبريرة ان وطيك
زوجك فلا خيار لك فجعل تمكينها من الوطي دلالة علي اختيار [illegible] النكاح فاذا ساوم الشفيع المشتري فقد التمس التمليك منه
وذلك تقرير لملكه فبطلت شفعته ❁ فاما اذا استاجر او اخذ الارض مزارعة او النخل معاملة فهما قد دخلا في عقد
[illegible] فيه رضا بتبقيته والعقد لا يبقى بينهما الا مع ترك الشفعة فصار دخول المشتري مع الشفيع في العقد اسقاطا للشفعة
في هذه الاجارة والمزارعة فيسقط فيما بعدها ايضا ❁ قال ولو صالح المشتري الشفيع في الشفعة علي دراهم او عرض فالصلح
باطل ويرد ذلك علي المشتري ويبطل شفعته وذلك لان الشفعة لا يصح لاحد اخذ العوض علي اسقاطها لان المشتري
يملك المبيع قبل اسقاط الشفعة وبعد اسقاطها علي وجه واحد فلا يكون في ذلك معنى يملكه المشتري بازاء العوض فصار
اكل مال بالباطل وعلي هذا قال اصحابنا اذا قال الزوج للمخيرة اختاري بالف او قال العنين ذلك لامراته او قال اختاري ترك
الفسخ بالف فاختارت لم تستحق العوض لانه ملك بضعها قبل اختيارها وبعده علي وجه واحد فصار هذا اكل مال بالباطل فان قيل
ان الشفعة لا يصح اخذ العوض عنها من طريق الحكم لا يمنع من سقوطها كالمسلم اذا طلق امراته علي خمر بطل الخمر من طريق
الحكم ولم يبطل الطلاق ∴ وقد اختلفت الرواية في الكفالة بالنفس اذا ابطلها بعوض فقال في احدى الروايتين الكفالة باطلة
والعوض باطل وسوى بينها وبين الشفعة لان اسقاط الحق فيها لا يقف علي عوض فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع
من بطلانها وقال في الرواية الاخرى لا تسقط لانها حق اقوى من الشفعة بدلالة انها لا تبطل بالسكوت والاعراض وهو لم
يرض باسقاطها الا بعوض فاذا لم يسلم له العوض لم تسقط ∴ قال وكذلك ان باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شرى
المشتري وهو يعلم بالشرى او لا يعلم فقد بطلت شفعته لانه يستحقها بالجوار وقد زالت المجاورة وان رجعت الي ملكه
وقد فسخ البيع بقضا او غير قضا او بخيار رؤية او بشرط فليس له ان ياخذها بالشفعة لان شفعته بطلت ببيعه فلا تعود
الا بعود سببها وهو البيع ❁ قال وان باع الشفيع داره علي انه بالخيار بعد شرى المشتري فهو علي شفعته ما لم يرض
بالبيع لان ملكه لم يزل عما يشفع به ❁ فان طالب في مدة الخيار بالشفعة كان ذلك منه نقضا للبيع لان طلب الشفعة
يدل علي اختياره تبقية المبيع علي ملكه وذلك يسقط خيار البايع ❁ قال ولو باع الشفيع الدار بيعا فاسدا او قبض
المشتري والبيع فاسد من البيوع التي تملك بطلت شفعته ∴ فان نقض البيع الفاسد ورد عليه فلا شفعة له وذلك
لان البيع الفاسد اذا اتصل بالقبض ازال الملك كالصحيح ∴ قال ولو ان الشفيع باع نصف داره او ثلثها او اكثر من ذلك
بعد ان بقي منها شي وما باع شايع فله الشفعة بما بقي وذلك لان الباقي علي ملكه من الدار لو كان موجودا في الابتدا لاستحق
به الشفعة ∴ وكذلك في حال البقا يستحق به ❁ قال ولو باع منها بيتا او حجرة وليس ما باع مما يلي الدار التي يطلب
شفعتها فهو علي شفعته وذلك لانه يستحق بالجوار وهو موجود فيما بقي من الدار ∴ وان باع مما يلي الدار قال ابو يوسف
وهو علي وجهين ان كانت قد استغرقت حد الدار التي فيها الشفعة فلا شفعة للبايع وان كان بقي من حدها شي ملاصق
لما بقي من الدار فهو علي شفعته لانه اذا استغرق الحد بالبيع ولم يبق له جوار فسقط شفعته ❁ واذا لم يستغرق الحد فقد
بقي ما لو كان موجودا في الابتدا استحقت به الشفعة فكذلك في البقا ❁ قال ولو كان الشفيع شريكا وجارا فباع نصيبه
الذي يشفع به كان له ان يطالب بالشفعة بالجوار ❁ وهي [illegible] علي بن الجعد عن ابي يوسف لانه يستحق
الشفعة بسببين فاذا باع الشقص فقد بقي السبب الاخر وهو ما يستحق به الشفعة في الابتدا فكذلك في حال البقا
قال ابن الجعد وسالت ابا يوسف في رجل اشترى دارا ولها شفيع فقال الشفيع اخذ نصفها بالشفعة فقال له المشتري
هذا [illegible] تسليم قال ابو يوسف ليس هذا تسليم وقال محمد في مثل هذا هو تسليم قال ابن سماعة في نوادره سمعت
محمدا قال في رجل اشترى دارا فاتاه شفيعها فقال سلم لي نصفها بشفعتي فابى المشتري ان يعطيه نصفها وذلك له
وقد بطلت شفعته لان هذا تسليم منه للنصف الذي لم يطلب فاذا سلم النصف لم يكن له علي النصف الاخر سبيل الا ان يشا
المشتري ❁ وكذلك لو قال الشفيع اعطني نصفها واسلم لك النصف او اعطني نصفها علي ان اسلم لك النصف فان هذا
كله تسليم من الشفيع الا ان يكون الشفيع طلب من المشتري الدار كلها بالشفعة فلم يسلمها المشتري له فقال اعطني نصفها
علي ان اسلم لك النصف او اعطني نصفها واسلم لك النصف فان هذا لا يكون تسليما في قول ابي يوسف انه سلم
الشفعة في النصف بعوض يجوز ان يستحقه بالشفعة فاذا لم يسلم له لم يصح اسقاطه كمن طلق امراته علي الف
فلم يسلم له لم يقع الطلاق ∴ وليس كذلك اذا سلم الدار علي درهم لانه اسقط حقه علي عوض لا يجوز ان يستحقه بالاستحقاق فصار
كالمسلم اذا طلق امراته علي خمر فقبلت ان الطلاق يقع ويبطل الخمر ∴ وجه قول محمد ان الشفيع لما اسقط حقه في النصف
فكانه ترك المطالبة بشفعته فسقطت شفعته فيه كما لو ترك المطالبة بالجميع ∴ ولذا اسقطت في النصف سقطت

في الباقي لان الشفيع لا يملك تبعيض الصفقة علي المشتري ∴ وليس كذلك اذا اشهد [illegible] المطالبة
بالنصف وذلك لا يسقط شفعته [illegible] بعد الاشهاد ❁ قال واذا سلم الشفيع الشفعة
وهو لا يعلم بالشفعة فالتسليم جايز عليه [illegible] التسليم بعد البيع وذلك لان
التسليم [illegible] اسقاط الحق فيستوي فيه العلم والجهل كالطلاق والعتاق والبرا من العيوب والدين وعلي
[illegible]
[illegible]
وان كان التسليم قبل عقد البيع فالتسليم باطل لانه اسقاط الحق قبل وجوبه وقبل وجود سبب وجوبه [illegible]
[illegible] قبل البيع ❁

باب الشفيع يخبر بعقد البيع فيسلم ثم يعلم ان البيع بخلافه

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله واذا اخبر الشفيع ان دارا بيعت بالف درهم وهو شفيعها فسلم الشفعة ثم علم انها اشتراها
[illegible] فالتسليم جايز ∴ فان كانت بيعت باقل من الف [illegible]
وذلك ان الغرض يختلف باختلاف الثمن وجنسه ويختلف باختلاف المشتري وبصفة المبيع فيكون للشفيع غرض
في بعض الوجوه دون بعض [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] فكانه قال سلمت شفعتي ان كان الثمن
الفا ∴ واما اذا سلم الشفعة وقد اخبر ان الثمن الف فاذا هو ماية دينار ∴ فان كان قيمتها الف او اكثر فهو التسليم
وان كان قيمتها اقل من الف فله الشفعة ∴ وقال زفر له الشفعة في الوجهين وهو قولهم في ان الدراهم والدنانير
في حكم الجنس الواحد [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] ∴ واما اذا بلغه انها بيعت
بالف فسلم ثم علم انها بيعت بمكيل او موزون غير الدراهم والدنانير [illegible] فهو علي شفعته [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
اذا بلغه انه اشتري نصف الدار ثم علم انه اشترى جميعها فله الشفعة ❁ ولو قيل له انها اشتريت
كلها فسلم الشفعة ثم بان انه اشترى نصفها كان التسليم جايزا عليه [illegible]
[illegible]
[illegible]
النصف ولم يسقط حقه عن الباقي فلم يجز ان يلزمه اسقاط الحق في بقية الدار ∴ ولانه سلم في النصف كيلا
يستضر بالشركة لانها عيب واذا بيعت كلها فلا عيب ولا ضرر بالشركة فثبت له الشفعة ❁ واما اذا سلم الشفعة
في جميعها فقد سلم في كل جزء منها ∴ ولانه اذا سلم مع عدم العيب والضرر بالشركة فتسليمه مع وجودها
اولى ❁ واما وجه رواية الحسن فلان الانسان قد يسلم الشفعة في الجميع لانها لا تحتمل مقدار ثمنه ويطلب
البعض لانه يتمكن من ثمنه ∴ واما اذا سلم في البعض فقد سلم للجميع فهو في جميعه اعجز ❁ واما اذا اخبر
ان المشتري زيد فسلم ثم علم ان المشتري عمرو فهو علي شفعته وذلك لان الانسان قد يصلح له مجاورة
واحد ولا يصلح له مجاورة اخر فلم يكن التسليم لواحد تسليما للغير ∴ ولانه اسقط حقه قبل زيد فبقي حقه
قبل عمرو بحاله ∴ واما اذا اخبر ان المشتري زيد فسلم ثم بان ان المشتري زيد وعمرو اخذ نصيب عمرو وسلم
لزيد نصيبه لانه لما سلم لزيد الشفعة في جميع الدار كان ذلك تسليما لكل جزء منها ولم يسلم لعمرو شيا
فجاز له اخذ نصيبه لان الشفيع يملك اخذ نصيب احد الشريكين والمشتري يرد دون الاخر ∴ وقد قالوا في
الشفيع اذا اخبر ان الدار بيعت بالف فسلم الشفعة ثم ان البايع حط عن المشتري خمسماية فقبل الحط

كان للشفيع الشفعة لأن الحط يلحق العقد عندنا والشفيع إنما سلم لكثرة الثمن فإذا انتقص الثمن في حقه صار كأنه لو كان الثمن كان ناقصا في الابتداء ولو لم يقبل المشتري الحط لم تجب الشفعة لأن صفقة الثمن لا تتغير عن القدر الذي سلم به الدار

باب الشفيع يطالب أن يحكم له بالشفعة كيف ينبغي للحاكم أن يحكم والمال حاضر أو غير حاضر

قال ابن سماعة سألت محمدا قلت أرأيت الشفيع إذا طلب الشفعة أيقضي له بها القاضي على أن يدفع الثمن من ساعته أرأيت إن قضى له بالشفعة وأمره أن يدفع الثمن إلى المشتري من ساعته فقال لا أنقده إلى يوم أو يومين أو إلى شهر هل للمشتري أن يفسخ ذلك البيع فقضاؤه إن كان قضى له بها أم لا وما القول في ذلك إن كان لم يقض له بها قال محمد ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال فيقضي له بالشفعة ويدفع إلى المشتري الثمن فإن طلب الشفيع أجلا في المال أجابه إليه يوما أو يومين أو ثلاثة فإن أحضر المال وإلا أبطل شفعته وإن عجل القاضي فقضى له بالشفعة ثم أبى الشفيع أن يدفع الثمن حبسه في السجن حتى يدفع المال ولا ينقض الأخذ بالشفعة لأن هذا بمنزلة الشراء من البائع للمشتري وقد ذكر في الأصل أن للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع وكذلك من ورثته إن مات وهذا يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن فيكون ما ذكره محمد قوله وحده وظاهر رواية الأصل قول أبي حنيفة وأبي يوسف وذكر أبو الحسن في هذا الباب عن الحسن عن أبي حنيفة مثل قول محمد أن القاضي لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وجه قولهما المشهور أن الثمن إنما يجب بعد انتقال الملك إلى الشفيع وإنما ينتقل الملك بالقضاء فلم يجب على الشفيع إحضار ثمن لم يلزمه كما لا يجب على المشتري ذلك قبل البيع ولأن المبيع ينتقل من المشتري إلى الشفيع كما ينتقل من البائع إلى المشتري فإذا لم يقف انتقال أحدهما على إحضار الثمن كذلك الآخر ووجه قول محمد أن الشفعة تجب لإزالة الضرر عن الشفيع فلم يجز إلحاق الضرر بالمشتري ولو قضى القاضي قبل إحضار الثمن له بالشفعة لم يأمن أن يكون الشفيع مفلسا فيستحق مال الدار ويتأخر الثمن عن المشتري وهذا لا يجوز وليس كذلك البيع لأن الملك ينتقل فيه برضا البائع فلذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه وأما قول محمد أن الشفيع إذا طلب من القاضي أن يؤجله بالثمن أجله يومين أو ثلاثة فلأن الثلاثة أقصى حد وضعت في الشرع للارتياء وهو خيار الشرط فيؤجله هذا القدر فإن أحضر فيه الثمن وإلا أبطل حق شفعته لأنا لو أبقيناها مع تعذر الثمن أضررنا بالمشتري وأما قولهما إن القاضي إذا عجل فقضى يحبس الشفيع في السجن إن امتنع من دفع الثمن فلأنه حق وجب عليه فإذا امتنع من أدائه حبس كما يحبس المشتري إذا امتنع من أداء الثمن قال ابن سماعة سمعت محمدا قال في رجل اشترى دارا فجاء الشفيع وطلب أخذها بالشفعة فقال المشتري هات الثمن وخذها بشفعتك قال نعم أو قال أبيت به ثم لم يخاصمه الشفيع ولم يأته بالثمن حتى مضى شهر قال أبطل شفعته استحسن ذلك في شهر ولو خاصمه الشفيع إلى القاضي فأقر المشتري أنه شفيع وقال هات الثمن وخذها فأمره الحاكم أن يدفع الثمن إليه ويأخذ منه الدار فله ذلك فإن أخر دفعه شهرا أو أكثر من ذلك لم يبطل شفعته وينبغي للقاضي إذا تغيب البينة في هذا أن يؤجل الشفيع أجلا ويقول له إذا لم تأت بالثمن إلى هذا الأجل فلا شفعة لك أما إذا لم يخاصم حتى مضى شهر بطلت شفعته عند محمد استحسانا ولم يبطل في قولهما إذا كان أشهد وقد قدمنا هذه المسألة وأما إذا خاصم في الشهر إلى القاضي وطالبه بالشفعة وقال القاضي ادفع الثمن فلم يدفعه لم تبطل شفعته عند محمد لأنه يجعل ترك الخصومة في الشهر إعراضا عن الشفعة وإذا خاصم فيها إلى القاضي فلم يعرض فلا تبطل شفعته وهذا يجب أن يؤجل القاضي الشفيع هذا القدر من الأجل حتى لا يستضر المشتري بتأخير الشفيع يعني يومين أو ثلاثة وأما إذا ضرب القاضي للشفيع أجلا وقال له إن لم تأت بالثمن إلى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفعته لأنه لما لم يحضره مع التأجيل فقد أعرض عن شفعته فصار ذلك إسقاطا لها ويجوز أن يقال إن إسقاط الشفعة يتعلق بالشرط لأنه إسقاط حق ليس فيه معنى المال فجاز أن يتعلق بالشرط كالطلاق ولهذا قالوا في براءة الكفيل أنها يتعلق بالشرط في إحدى الروايتين وقال ابن رستم عن محمد إذا طلب الشفيع من المشتري الشفعة فقال له الشفيع إن لم أعطك إلى ثلاثة أيام أو أجل رضيا به فأنا بريء من الشفعة فلم يعطه المال إلى الأجل قال بطلت شفعته وكذلك لو كان القاضي هو أجله وذلك لأنه علق إسقاط الشفعة بشرط وقد بينا أن ذلك جائز كالطلاق وقال ابن شجاع إذا لقي المشتري الشفيع فأعلمه أنه قد اشتراها وقال هات ثمنها وخذها فمكث مليا لا يجيبه بالمال ولا يطلب بطلت شفعته ولم يضف ابن شجاع هذا القول إلى أحد من أصحابنا فيجوز أن يكون قوله فإن كان يعني بذلك أن الشفيع لم يشهد فحقه لم يستقر فإذا أخر الأخذ فقد دل على الإعراض فسقط وإن كان يعني بذلك إذا أشهد وقدر ترك الخصومة مدة أيام كما قدرها محمد بالشهر لأن المدة هذه للارتياء فسقوط الحق بمضيها كما يسقط الخيار

باب الدار تباع ولها شفعاء

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا بيعت الدار ولها شفعاء جماعة جوار أو شركاء في محض وأجمعوا فهو بين الشركاء على عددهم دون أنصبائهم فإن سلم الشركاء كلهم إلا واحدا فله أن يأخذ جميع الدار وكذلك إن سلم بعضهم وبقي بعضهم فالدار كلها بين من لم يسلم على عددهم فإن سلم الشركاء فللجيران الشفعة على عددهم أما كون الشفعة على قدر الرؤوس فقد مضى وأما إذا أسقط أحدهم حقه فللباقين الشفعة لأن كل واحد منهم لو انفرد ثبت له حق أخذ الجميع وإنما يسقط حقه من بعضها بالمزاحمة فإذا سقطت المزاحمة بقي حقه في الجميع كما لو انفرد وهذا كالغرماء إذا تحاصوا في التركة فأسقط بعضهم سلمت التركة للباقين وعلى هذا في قاتل الابن إذا عفا ولي أحدهما فللآخر القصاص لأنه حقه ثابت في الجميع فإذا أبرأ الآخر فكأنه لم يكن وليس هذا كالعبد إذا قتل اثنين خطأ فعفا ولي أحدهما أن ولي الآخر يبقى حقه في نصف العبد ويقال لمولاه إما أن يدفع إليه نصف العبد أو تفديه وذلك لأن جناية الخطأ مال فإذا تعلقت الجنايات بالرقبة تضايقت فيها فثبت لكل واحد منهما النصف فإذا أسلم الآخر لم يتعد حق الباقين وليس كذلك الشفعة لأنها حق ليس بمال فهي بمنزلة العفو أشبه وأما إذا سلم الشركاء وقد كان الجيران أشهدوا عند البيع فلهم الشفعة وهذا خلاف أبي يوسف وقد بينا فإن كان بعضهم غيبا وبعضهم حضورا حكم بالدار بين الحاضرين على عددهم ولا يعتبر من غاب وذلك لأن الحاضر ثبت له حق في الجميع وإنما يسقط حقه بالمزاحمة والغائب يجوز أن يطالب ويجوز أن لا يطالب فلم يجز إسقاط حق الحاضر بالشك قال وإن جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يجز ذلك وسقط حق الجاعل وقسمت على عدد من بقي وذلك لأن حق الشفعة لا يجوز نقله إلى غير الشفيع ولهذا يسقط بالموت ولا ينتقل إلى الوارث فإذا جعله الشفيع لغيره فقد أسقطه ونقله إلى غيره فيصح إسقاطه ويبطل نقله قال وإذا كان لها شفيعان فحضر أحدهما حكم له بجميعها فإن حكم له ثم جاء شفيع آخر أخذ منه نصف الدار وإن جاء ثالث فله أن يأخذ من يد كل واحد منهما ثلث ما في يده حتى تكون الدار بينهم أثلاثا على عددهم وذلك لأن حق الغائب متعلق بالدار لا يسقط بغيبته وإنما نقضي بها للحاضر لأنه لا مزاحم له فإذا حضر الغائب كان له المطالبة بحقه لتساوي الحاضر فيه فإن قدم الأول فقال أنا آخذ النصف حسب وقال الحاضر إني آخذ الدار كلها أو أسلم الكل فأما أن يأخذ الكل وإما أن تدع فله أن يأخذ النصف وليس للذي كان حاضرا أن يلزمه أكثر من ذلك وذلك لأن حكم الحاكم للحاضر إسقاط لحق الغائب عن مقدار نصيب الحاضر فإذا أسقط حقه عن النصف لم يلزمه أن يأخذ إلا ما تعلق حقه به وليس كذلك إذا لم يحكم الحاكم فترك أحدهما نصيبه لأن القاضي لم يسقط حق الآخر عما تعلق به فإذا سقطت المزاحمة بقي حقه في الجميع فكأنه لم يكن الآخر ولا يجوز له أخذ البعض وهذا كما قالوا في رجلين ادعى كل واحد منهما دارا في يد رجل وأقام البينة أنها له ثم أبرأه أحدهما من الدعوى قبل الحكم قضى القاضي بجميع الدار للآخر ولو حكم بالبينة ثم أبرأ أحدهما من الدعوى لم يكن للآخر إلا النصف لأن حكم الحاكم لهما إسقاط الحق كل واحد منهما عما قضى به للآخر إلا أن العين صادفت المزاحمة فإذا سقطت المزاحمة كان الكل للباقي قال وإذا بيعت دار ولها شفيعان فحضر أحدهما وحكم الحاكم له بها فاطلع الشفيع على عيب بعد الحكم قبل القبض أو بعد القبض فرد الدار بقضاء قاض أو بغير قضاء ثم قدم الغائب فليس له أن يأخذ بالبيع الأول إلا نصف الدار وإن أراد الغائب أن يأخذها برد الحاضر ويدع البيع الأول فإن كان الرد بقضاء قاض فليس له أن يأخذ بالرد وإن كان الرد بغير قضاء قاض فإن شاء أخذها كلها بالرد وإن شاء أخذ النصف بالبيع الأول وذلك لما بينا أن الحكم للحاضر إسقاط لحق الغائب عن النصف فإذا ردها بغير قضاء فهذا كالبيع المبتدأ فيما بينهما فثبت للشفيع به الشفعة وإذا ثبت له من وجهين فإن شاء أخذ بالسبب الأول النصف لسقوط حقه عن النصف الآخر وإن شاء أخذ بالسبب الثاني الجميع ولو كان الشفيع الأول الحاضر فيها لم يظهر على عيب قبل الحكم فردها وسلم الشفعة فيها ثم حضر الغائب أخذها كلها إن شاء أو نصفها لأن الحاكم لما لم يحكم له بالشفعة لم يسقط حق الغائب عن شيء منها فإذا أسقط الحاضر حقه بقي حق الغائب في الجميع قال ولو حضر الشفيعان في مسألتنا هذه وقد كان رد الشفيع الحاضر بعد الحكم أخذ كل الدار بالشفعة لأن حكم الحاكم إسقاط لحق الغائب عن قدر نصيب الحاضر وهو الثلث على ما بينا قال ولو كان الشفيع الحاضر اشتراها من المشتري شراء ثم حضر الغائب فإن شاء أخذها كلها بالبيع الأول وإن شاء أخذها كلها بالبيع الثاني أما البيع الأول فلأن الشفعة ثبتت لهما فإذا اشترى أحدهما فشراؤه إسقاط الشفعة فبقي حق الآخر في الجميع وأما الشراء الثاني فلأن المشتري كان له حق المطالبة بالشفعة فلما عدل عنها إلى الشراء كان ذلك إسقاطا لما تعلق بالعقد الأول ولم يثبت له حق الشفعة مع إعراضه عنه قال ولو كان المشتري الأول شفيعا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغائب فإن شاء أخذ بالبيع الأول نصفها وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني وشراء الشفيع مثل حكم الحاكم له بالشفعة يسقط ملخص المشتري عن شفعته ولا يكون في قدر ذلك مثل حضور الشفيع شفعة هنا لأن المشتري لم يثبت له حق قبل الشراء حتى تكون بابتياعه معرضا عنه فيثبت له بهذا العقد حق مع الغائب فلم يكن للغائب أن يأخذ بهذا العقد إلا مقدار ما يخصه بالمزاحمة وأما العقد الثاني فقد ثبت للشفيع حق الشفعة قبله فلما اشترى أسقط حقه عن العقد الأول ولم يتعلق بعقده مع إعراضه فكان للغائب أن يأخذ بالعقد الثاني كل الدار وإنما قالوا اشترى الشفيع الدار أبدا يسقط حق الشفيع الآخر عن مقدار نصيب المشتري لأن ابتياعه تملك الدار مع ثبوت شفعته فهو كحكم الحاكم الموجب لنقل الملك فيسقط حق الغائب عن نصيب الحاضر قال ولو كان المشتري الأول أجنبيا اشتراها بألف فباعها من أجنبي بألفين ثم حضر الشفيع والمشتري بالخيار إن شاء أخذها بالبيع الأول وسلم الثمن إلى المشتري الأول وكانت عهدته عليه وإن شاء أخذها بالبيع الثاني وكانت عهدته على الثاني وذلك لأن كل واحد من العقدين سبب يثبت به الشفعة ومن ثبت له حق من جهتين كان له الخيار في أن يأخذ بأيهما شاء فإن جاء الشفيع والمشتري غائب فخاصم الثاني وأراد أن يأخذ الدار بالبيع الأول فلا خصومة بينه وبين الثاني في قول أبي حنيفة ومحمد وروى ابن سماعة عن محمد عن أبي يوسف أنه قال يأخذها بالذي هي في يده من غير أن يحضر المشتري الأول ويدفع إليه ألف درهم ويقال له اطلب صاحبك الذي باعك فخذ منه الألف الأخرى وقال محمد لا خصومة بينهما حتى يحضر الأول فإذا حضر رد البيع الأول

ثم اخذها بالثمن الاول من المشتري الاول ورد المشتري الاول على المشتري الثاني ما قبضه منه .. وان اراد الشفيع ان ياخذها
بالبيع الثاني فله ان ياخذها من المشتري الثاني وهو خصمه في قولهم جميعا .. وكذلك روى ابن الحسن عن ابي حنيفة وزفر
وقال ابو يوسف ان الثاني لا يكون خصما اذا كان الاول غائبا .. وجه قول ابي حنيفة ومحمد وزفر ان اخذ الدار بالبيع
الاول يتضمن فسخ البيع بين المشتري الثاني والمشتري الاول وذلك لا يجوز مع غيبة الاول لان القضاء على الغائب
لا يجوز الا بحضوره او حضور من قام مقامه فلم يبق الا انفاذ الحكم .. وليس كذلك اذا اراد اخذها بالبيع الثاني لان
الاخذ لا يتضمن فسخ البيع الثاني وانما ينتقل الشيء اليه من ملك المشتري فلذلك كان خصما فيه .. وجه
قول ابي يوسف ان حق الشفيع سابق لحق المشتري فصار الشفيع كالمستحق .. ولو ان رجلا اشترى دارا
من غائب بحضرة رجل واقام البينة انها له فقضي على المشتري مع غيبة بائعه كذلك هذا وانما قال ابو يوسف
ان الشفيع يدفع الى المشتري الثاني الالف لانها حق لبائعه وقد ثبت له على بائعه الثاني فكان له ان ياخذ
الالف قصاصا ويرجع المشتري الثاني على الاول بالفضل لان الملك يستحق بسبب كان في يده وسلامة الثمن
موقوفة على سلامة المبيع قال ولو كان المشتري لم يبعها ولكنه وهبها او تصدق بها على رجل وقبضها الموهوب
له ثم حضر الشفيع فان ابن سماعة روى عن ابي يوسف ان للشفيع ان ياخذها من يد الموهوب له او المتصدق عليه ويدفع
الثمن الى المشتري ولا يكون الثمن للموهوب له .. فان كان المشتري غائبا استوثق من الشفيع في الثمن حتى يقدم المشتري
فيدفع اليه .. وقال هشام عن محمد في هذه المسألة ياخذ الشفيع الدار من الموهوب له وياخذ الحاكم الثمن من الشفيع فيضعه على
يدي عدل حتى يقدم الواهب وكذلك كل تمليك يكون من المشتري في الدار فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار بالبيع الاول
في قول ابي يوسف ولا يكون الذي في يده الدار خصما في قول ابي حنيفة ومحمد وذلك لان اخذ الدار من الموهوب له فسخ
الهبة بينه وبين المشتري ولا يجوز فسخ الهبة بحق الغائب الا بحضور من قام مقامه وابو يوسف جعل حق الشفيع
سابقا لحق الموهوب له فصار كحق المستحق فاما الثمن فلا يجوز دفعه الى الموهوب له لان الهبة انفسخت ولا
حق للموهوب له على الواهب حتى ياخذ الثمن منه فعلى رواية ابن سماعة يستوثق القاضي من الشفيع بكفيل احتياطا
لحق الغائب وعلى رواية هشام عن محمد ان القاضي ياخذ الثمن فيجعله على يدي عدل وهذا ليس باختلاف رواية وانما بحسب
ما يرى من المصلحة لان في كل واحد من الوجهين فائدة الا ترى انه اذا استوثق من الشفيع والثمن في ضمانه فاذا قبضه وجعله على
يدي عدل فهو في ضمان الغائب والمصلحة في ذلك تختلف فيجوز للقاضي اعتبار اصلح الامرين له .. وقد ذكر في المنتقى
نظير هذه المسائل فقال اذا اشترى الرجل دارا بالف ثم باعها بالفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالاول
فخاصم فيها واخذ شفعته بالبيع الثاني بحكم او بغير حكم ثم علم بالبيع الاول فليس له ان ينقض اخذه وقد بطلت شفعته
في البيع الاول وكذلك لو اعلمه صاحبها بالف ثم باعه المشتري ورده ثم اشتراها الشفيع بالفين وهو لا يعلم
ببيعه اياها ثم علم به لم يكن له ان ينقض شراءه وذلك لان الدار على ملك الشفيع واخذها بالعقد الاول فسخ لملكه
فلا يجوز له ذلك الا بعيب وليس للمشتري ان يفسخ البيع الا بحق متعلق بهذا العقد دون غيره .. ولانه لو اخذ
بالشراء الثاني سقطت الشفعة في البيع الاول لو كان عالما به فكذلك اذا لم يعلم لان نقل الملك المسقط للشفعة
يستوي فيه العلم والجهل كما لو باع الشفيع ملكه الذي يشفع به .. قال واذا اشتراها بالف وتقابضا ثم زاده
في الثمن الفا اخرى من غير ان نقضا ثم علم الشفيع بالالفين ولم يعلم بالالف واخذها الشفيع بالالفين بحكم او بغير
حكم .. قال ان كان اخذه بحكم ابطله القاضي فله ان ياخذها بالف وان كان اخذها بغير حكم لم ينقض وذلك لانه
ليس هاهنا سبب تتعلق به الشفعة الا سبب واحد فتحكم الحاكم بما لا يجوز فيه لان الزيادة لا تثبت في حق
الشفيع فكان عليه ان ينقض حكمه .. واما اذا اخذها الشفيع بغير حكم فهو كالشراء المبتدأ فلا يجوز فسخه الا بسبب
في العقد يقتضي الفسخ ولم يوجد .. قال ولو كان المشتري حين اشتراها بالف ناقضه البيع ثم اشتراها بالفين
ثم علم الشفيع بالبيع الذي هو بالفين ولم يعلم بالبيع الذي كان بالف واخذها بحكم او بغير حكم لم يكن له ان ينقض
اخذه لانه اجتمع شيئان كل واحد منهما يوجب الشفعة فالاخذ باحدهما اسقاط للاخر .. قال ابو الحسن رحمه الله
قال الحسن بن زياد اذا اخرج المشتري الدار من ملكه بان جعلها مسجدا او وقفها او دفن فيها او صلى في المسجد
جماعة فليس فيها شفعة لاحد وهذه المسألة قد ذكرها في الاصل وقال الشفعة فيها واجبة والوجه فيه
ان حق الشفيع لحق المشتري سابق وقد بنى مع تعلق حق الغير بالشفعة فصار كما لو بناها مسجدا ثم استحقت
ولان تعلق حق الادمي بالبقعة يمنع كونها مسجدا كحق احد الشريكين .. وجه قول ابي الحسن انه تصرف
في ملكه تم ولا يلحقه الفسخ مع ثبوت حق الغير فاسقط ذلك الحق كمن اعتق عبده المرهون وكمن اشترى
عبدا ماسورا ثبت لمولاه اخذه ولو اعتقه المشتري سقط حق المولى كذلك هذا والجواب
ان هذا غير مسلم لان من مذهب محمد ان المسجد يلحقه الفسخ اذا خرب ما حواليه واستغني عنه وعلى قول ابي حنيفة
وابي يوسف لو حكم حاكم بمذهب محمد نفذ حكمه فاذن المسجد يلحقه الفسخ في قولهم جميعا فلذلك فارق العتق
ولانهم قالوا ان حق الغير يمنع حق الشريك في العتق ويمنع من بناء المسجد .. قال ولو مات المشتري واوصى بها
للرجل فللشفيع ان ينقض الوصية وياخذ الدار بالشفعة من الورثة والعهدة عليهم وذلك لان حق الشفيع سابق
لحق الموصى له فصار كالمستحق .. قال ولو ان رجلا اشترى في داره مسجدا فافرده منها وجعل بابه الى الطريق ثم بيعت

دار الى جنب المسجد لم يكن لمن جعل المسجد ان ياخذها بالشفعة ولمجاوره المسجد في قولهم لان حق الشفعة انما يثبت لمالك
الشقص والمسجد قد زال ملك الباني عنه فلم يجز ان ياخذه بالشفعة ولا بجواره .. قال هشام سالت محمدا عن رجل وصى
بغلة داره لابناء السبيل جعلها وقفا فبيعت دار الى جنبها فجاورته الميت يدعون شفعتها بهذه الدار فلا شفعة
لهم وذلك لان الوقف المحكوم بصحته قد زال ملك الموقوف عنه ولم يملكه احد فلا يجوز ان يستحق به الشفعة
كالمسجد .. قال واذا اشترى رجل من رجل نصف دار ثم قاسم المشتري البائع ثم حضر الشفيع فالقسمة ماضية وياخذ
النصف مقسوما او يدع وسواء كانت القسمة بقضاء او بغير قضاء روى ذلك علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
وذلك لان البائع اذا كان مالكا لجميع الدار فقد كان يملك ان يقسم ثم يبيع النصف مقسوما فلما باعه مشتركا الا
مقسوما فقد ملك المشتري ما كان يملكه البائع من القسمة فصار ذلك من حقوق عقده هو والمشتري اذا تصرف
تصرفا او حبط العقد لم يكن للشفيع فسخه كما لو قبض المبيع فاراد الشفيع ان يفسخ القبض ويرد الدار الى يد البائع
لياخذها منه لم يكن له ذلك وليس هذا كدار مشتركة بين نفسين باع احدهما نصيبه فقاسم المشتري الذي لم يبع
ثم حضر الشفيع فله ان يفسخ القسمة وذلك لان البائع لم يكن مالكا للقسمة الا ترى انه كان لا يقدر عليها الا بحكم او
رضا فلما باع لم يوجب للمشتري ما ملك فصارت القسمة مما استفادها المشتري بحق الملك لا بحكم العقد وتصرف
المشتري بحكم ملكه يثبت للشفيع نقضه كالبناء او الهبة .. وقد ذكر علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
ان النصف الذي اصاب المشتري وقع في جانب الدار المشفوع بها وهذا صحيح لانه اذا وقع في غير جهته
وهو لا يقدر على بعضها لقسمة فليس بجار فلا يستحق الشفعة

باب الشفيع يطلب الشفعة في بعض ما وقع عليه العقد

قال ابو الحسن رحمه الله قال اصحابنا رحمهم الله عليهم اذا اشترى الرجل دارا بالف درهم صفقة واحدة فاراد الشفيع ان ياخذ
بعضها دون بعض او اراد ان ياخذ ما يليه من الدار دون بقيتها فليس له ذلك وانما له ان ياخذ الكل او يدع وذلك لان الملك
ينتقل الى الشفيع من المشتري كما ينتقل من البائع الى المشتري فلما لم يملك المشتري تفريق الصفقة على البائع فيما ثبت
حقه فيه كذلك الشفيع .. قال واذا اشترى الرجل من رجلين دارا وقبض او لم يقبض فاراد الشفيع ان ياخذ نصيب
احد البائعين فليس له ذلك .. وان كان البائع واحدا والمشتري اثنين كان له ان ياخذ نصيب احدهما دون الاخر اي النصيبين
شاء وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد قاله محمد في الاملاء وذلك لان المشتري الواحد ملك الدار بقبول واحد فلم
يملك الشفيع اخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض كما لو كان البائع واحدا .. واما اذا اشترى اثنان من واحد فلا ضرر
على كل واحد منهما في اخذ نصيب الاخر لانه قد رضي بضرر الشركة فلا فرق بين شركة الشفيع او المشتري .. ولانه ياخذ
منه جميع ما ملكه بالعقد فلا يلحقه ضرر كما لو اشترى وحده .. وقد روي عنهم خلاف هذا وهو ان الواحد اذا اشترى
من اثنين فان اخذ الشفيع قبل القبض كان له ان ياخذ نصيب احد البائعين وان اخذ بعد القبض لم يكن له ان ياخذ نصيب
احدهما لانه اذا اخذ قبل القبض انفسخ ملك المشتري فصار كالاخذ من ملك البائع وقد اخذ جميع ما خرج من ملك البائع
فلم يكن فيه ضرر عليه وليس كذلك بعد القبض لانه ياخذ من ملك المشتري فيتبعض عليه الملك فلا يجوز .. وقالوا
اذا اشترى اثنان من واحد فان اخذ الشفيع قبل القبض لم يكن له ان ياخذ الا الجميع لان ملك المشتري ينفسخ فان اخذ
البعض تفرق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز .. وان اخذ بعد القبض جاز ان ياخذ نصيب احدهما لانه ياخذ من ملك
المشتري ولم يتبعض الملك عليه .. قال ابو الحسن رحمه الله وسواء سمى لكل نصف ثمنا معلوما او كان الثمن جملة بعد ان
يكون البيع في صفقة وذلك لان الحكم يتعلق بتفريق الصفقة فلا فرق بين ذكر الثمن جملة او جملتين .. قال وكذلك ان كان
الشراء بوكالة فوكل رجل رجلين يشتريان له دارا فللشفيع ان ياخذ نصيب احد المشتريين .. وان كان الموكل رجلين
والوكيل واحدا لم يكن له ان ياخذ نصيب احد الموكلين .. قال ابن سماعة عن محمد انما انظر الى المشتري له .. قال محمد وكذلك لو
رجل لعشرة فليس له ان ياخذ شيئا دون شيء .. ولو اشترى عشرة لرجل كان للشفيع ان ياخذ من واحد ويدع الاخرين او ياخذ
من اثنين او ثلاثة ويدع البقية .. وكذلك روى هشام عن محمد في نوادره وذلك لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد دون
المعقود له فاذا كان الوكيل واحدا لم يجز تفريق الصفقة عليه كما لو اشترى لنفسه وان كانوا جماعة والموكل واحدا فحقوق
العقد تتعلق بهم دونه فكانهم اشتروا لانفسهم .. واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجاء الشفيع لهما جميعا
فاراد ان ياخذ احديهما دون الاخرى فليس له ذلك .. وقال الحسن عن زفر وهو بالخيار ان شاء اخذ احديهما او هما ..
وجه قولهم ان المشتري ملك الدارين صفقة واحدة وتعلق حق الشفيع بهما فلم يملك ان يفرد بالاخذ بعض ما
تعلق به حقه دون بعض كالدار الواحدة .. وقد ذكر ابو الحسن عن محمد ما يدل على انه لا فرق بين الدارين الملاصقتين
او المفترقتين .. وذكر بشر بن الوليد عن ابي يوسف انهما اذا كانتا في مصر واحد او مصرين فهو سواء .. وجه قول زفر
ان احدى الدارين لا يؤدي الى اضرار بالمشتري بالشركة فصار كما لو كان شفيع احديهما .. قال وان كان الشفيع شفيعا
لاحدهما دون الاخرى ووقع البيع عليهما صفقة واحدة فان ابن ابي مالك روى عن ابي حنيفة انه ليس له الا ان ياخذ التي
يجاورها بالحصة .. وكذلك روى ابن سماعة عن ابي يوسف .. وروى هشام عن محمد في رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار

يلي احديهما فالثانية ياخذ التي تليه بالشفعة ولا شفعة له في الاخرى وذلك لان حق الشفعة تعلق بالجوار في الدار التي تليه دون الاخرى والصفقة
اذا اجتمعت بين ما يتعلق به الشفعة وما لا يتعلق به الشفعة اخذ ما يتعلق به الشفعة بالحصة كما لو اشترى دارا وسيفا صفقة
واحدة ۞ قال هشام قلت لمحمد ما تقول في عشرة اقرحة متلاصقة لرجل احد منها ارض انسان فبيعت العشرة الاقرحة قال الشفيع
ان ياخذ القراح الذي يليه وليس في بقيتها شفعة قلت له لم قال لان كل قراح على حدة قلت ليس بينهما طريق ولا نهر انما هي مدور
او مسناة قال لا شفعة له الا فيما يليه وذلك لان الاقرحة المتميزة بالمروز كالدور المتميزة وقد ثبت ان الشفيع لا شفعة له الا فيما
يجاوره خاصة ۞ قال هشام قلت لمحمد في قرية خالصة لرجل باعها والقرية عندنا على ما فيها من الدور والارضين والكرم قال
محمد لا ولكن القرية عندنا على بيوت القرية خاصة ؞ قلت لمحمد ان باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وارضيها وكل واحدة
منها يلي انسانا قال محمد للشفيع ان ياخذ القراح الذي يليه ۞ قلت فلكل شفيع ان ياخذ القراح الذي يليه قال وشك ان ياخذوا
حواشي القرية ۞ وذلك اردى ارضيها وتبقى وسط القرية للمشتري فلم يكن ذلك عند محمد انه به يقول ؞ قال الشيخ رضي الله عنه
قد اشتمل هذا الكلام على ثلثة فصول احدها ان القرية اسم للبيوت دون الاقرحة ؞ والمرجع في هذا الى العادة دون غيرها ۞
والثاني وجوب الشفعة للمجاور في بيع الاقرحة التي تليهم خاصة وهذا صحيح على ما بينا ان الاقرحة المتميزة كالدور المختلفة
والمجاور لبعضها لا يكون مجاور الجميعها ؞ والفصل الثالث ان الشفعا ياخذون حواشي القرية وهي اردأها ويبقى للمشتري
وسط القرية وهي اجودها وهذا غير ممتنع لان الشفيع ياخذ باختياره فكان له ان يلتزم الضرر او لا يلتزمه ۞ وذكر الحسن
بن زياد عن ابي حنيفة في رجل اشترى قرية بارضها وارضوها اقرحة متفرقة ولا حريم للاقرحة جاز قال ياخذ القرية كلها بالشفعة
وليس له ان ياخذ القراح ويدع ما سواه ؞ وذكر ابن ابي مالك عن ابي يوسف ان ابا حنيفة كان يقول فيه انه ليس له ان ياخذ
الا القراح الذي هو ملازقه لان هذه الاقرحة مختلفة ؞ والوالذي يجي على قياسه ان هذه الاقرحة اذا كانت من ضيعة
واحدة وقرية واحدة فهي كقراح واحد ودار واحدة وهذا يدل على ان قول ابي حنيفة مثل قول محمد او لانه رجع وقال
ياخذ الجميع لانه يستضر بتفريقه فصار كالدار الواحدة

باب الرجل يشتري الدار فيهدم بناها او يهدمه المشتري ثم يجي الشفيع ۞

قال اخبرنا الوليد وعلي بن الجعد سمعت ابا يوسف يقول في رجل اشترى دارا فهدم بناها ثم
جا شفيعها فانه يقسم الثمن على قيمة البنا مبنيا وعلى قيمة الارض وياخذها الشفيع بذلك هكذا قال ابو حنيفة ۞ وكذلك
لو نزع باب الدار وباعه ؞ ولو احترق البنا حتى ذهب او غرق من غير فعله فلم يبق منه شي فان ابا حنيفة في ذلك
ياخذ الشفيع بجميع الثمن او يترك ؞ فان انهدم البنا فصار على وجه الارض مهدوما فان الثمن يقسم على قيمة
البنا مهدوما وعلى قيمة الارض فياخذ الشفيع الارض بما اصابها ولا سبيل له على البنا اذا زايل الارض ؞ اما وجوب
الشفعة في البنا المتصل فلانه في حكم جزء من العرصة بدلالة دخوله في العقد من غير شرط ۞ واما اذا هدم
فلا شفعة فيه عندنا ؞ وعن اصحاب الشافعي من قال ان الشفيع ياخذه مع الدار وهذا فاسد لانه منفصل عما
تعلقت به الشفعة فلم يكن للشفيع اخذه كالثمن ؞ واما اذا هدمه المشتري او هدمه اجنبي او انهدم بنفسه
ولم يهلك فان الشفيع ياخذ الدار بحصتها ؞ وان احترق بغير فعل احد اخذها الشفيع بجميع الثمن وللشافعي
فيه قولان احدهما انه ياخذها بجميع الثمن في الجميع والاخر انه ياخذها بالحصة في الجميع ؞ اما اذا احترق البنا
فلان حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البايع ومعلوم ان البنا اذا احترق في يد البايع كان
المشتري بالخيار ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا ترك فكذلك هاهنا ؞ ولانه نقص داخل في المبيع بغير
فعل الادمي فصار كما لو وهي البنا او تداعى الحايط وسقط ۞ واما اذا هدمه المشتري فالاتباع لا حصة لها
بالعقد ولها حصة بالقبض ولهذا لو هدم البايع البنا سقطت عن المشتري حصته فكانه باعه ؞ وكذلك لو انهدم
بنفسه ولم يهلك لان الشفعة سقطت عنه وهو عين قايمة فلا يجوز ان يسلم للمشتري بغير شي الا انه
قال في المشتري اذا هدمه او هدمه اجنبي ان الثمن ينقسم على قيمته قايما لانه دخل في ضمان المشتري بالاتلاف
وهو على هذه الصفة ۞ واما اذا انهدم بنفسه فلم يدخل في ضمان احدهما فاعتبرت قيمته على حاله مهدوما ۞ وقد
ادعى الشافعي على ابي حنيفة في هذه المسئلة مناقضة فقال قال بعض الناس اذا هدم المشتري البنا سقطت
حصته وان احترق لم يسقط ثم ناقض فقال اذا غلب الما على بعض الارض اخذ المشتري الباقي بحصته وهذا
غلط لان الارض ليس بعضها تبعا لبعض فاذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال والبنا تبع للارض فاذا
سلم للمشتري سقطت حصته وان لم يسلم لم يسقط ۞ قال ابو الحسن ولو ان المشتري للاول
باع بنا الارض بغير ارض ولم يهدمه حتى طلب الشفيع الشفعة فان الشفيع احق بالارض والبنا بالثمن
الاول ۞ وينتقض بيع مشتري البنا وذلك لانه ما دام متصلا فحق الشفيع متعلق به فكان له ابطال
تصرف المشتري ۞ قال وكذلك النبات والنخل في الارض والثمر في النخل وكل شي من هذا لم يزايل الارض
فالشفيع اولى به بالثمن الاول ۞ وما زايل من ذلك عن الارض فان الثمن يقسم على قيمته مهدوما وعلى قيمة
الارض ؞ فان كان زايل الارض بفعل المشتري او بفعل مشتريه منه قسم الثمن على قيمته صحيحا قبل
ان يزايل وعلى قيمة الارض وان سقط ذلك من غير فعل احد وعلى الشفيع قيمته ساقطا في الارض
ما خلا خصلة واحدة الثمر ان كانت اثمرت في يد المشتري فصرم الثمر فباعه فان الشفيع ياخذ بجميع الثمن ۞

ولا يقع له بحصة الثمن لانه لم يكن في اصل البيع ؞ وان كان الثمر في اصل البيع فهو داخل ومعناه من البنا في النخل الا ان
الثمرة اذا كانت موجودة حال العقد تفارق البنا من وجه وهو اذا ذهبت بافة من السما سقط عن المشتري حصتها
لانها مبيعة في تعيينها غير تابعة الا ترى انه لا يدخل فيه الا بتسميته وليس كذلك البنا لانه تبع الا ترى انه
يدخل في البيع بغير تسميته فاذا هلك لم يسقط في مقابلته شي وكذلك قال في الاصل في الباب
وقد بينا حكم البنا المنفصل فالثمرة اذا انفصلت مثله ؞ فاما الثمرة الحادثة في يد المشتري فلا حصة لها
لانه لم يقع عليها العقد ولا وقع عليها التسليم الموجب بالعقد ۞ قال وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان الاجنبي اذا هدم البنا فلم يقدر عليه اخذ الشفيع ذلك بجميع الثمن ان شا او ترك ؞ فان قدر على
الاجنبي فاخذ منه قيمة البنا سقط عن الشفيع حصة البنا من الثمن وكذلك ما خرج منه يسقط بحساب
ما خرج ؞ وذلك لان الاجنبي اذا لم يقدر عليه فلم يسلم للمشتري البنا ولا عوضه فصار كانه تلف
بافة من السما واذا خرج منه شي فمقدار ما خرج منه قد سلم له فيسقط عن الشفيع حصته ۞

باب الرجل يشتري الارض والنخل وفيه ثمر او يثمر بعد البيع ثم يجي الشفيع والارض والثمرة قايمة او مستهلكة ۞

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى الرجل
ارضا فيها نخل وشجر وفيه ثمر واشترط ثمرته في البيع ثم جا الشفيع والثمر في النخل والشجر فله ان ياخذ ذلك اجمع قال الشيخ رضي الله عنه
وقد كان القياس عندهم ان لا تجب الشفعة في الثمر وهو قول الشافعي وذلك لانها لا تدخل في البيع الا بتسميته فصارت كمتاع موضوع وانما
استحسنوا فاوجبوا الشفعة لانها متصلة بما تعلقت به الشفعة فصارت كالبنا وليس يمتنع ان يدخل في البيع بالشرط ويتعلق به
الشفعة كالشرب الخارج والطريق الخارج ۞ قال وان جا وقد جزه البايع او المشتري او رجل اجنبي فلا شفعة في الثمر وياخذ
الشفيع الارض والنخل والشجر بما يخصها من الثمن ويسقط عنه ما يخص الثمرة ويقسم الثمن على قيمة الارض والنخل والشجر والثمر
يوم العقد في ذلك كله فما اصاب الثمر سقطت حصته عن الشفيع وقيل له خذ الارض والنخل والشجر بحصتها ان شئت
وذلك لان القياس يمنع من تعلق حق الشفيع بها وانما استحسنا لاتصالها بما تعلقت به الشفعة فاذا انفصلت
بقي على اصل القياس وانما سقطت حصتها لان العقد وقع عليها فلذلك اعتبرت قيمتها يوم العقد ۞ فان اخذها الشفيع
ونقيت الثمرة في يد البايع فان محمدا قال تلزم الثمرة المشتري ولا خيار له في ردها ؞ وذلك لان البايع لم يغره الا ترى
ان المشتري قد علم ان الشفعة واجبة ودخل في العقد على هذا فلم يثبت له بالتبعيض خيار ۞ ولو كان البايع استهلك
الثمرة اخذ الشفيع الارض والنخل بحصتها والمشتري في هذا بالخيار ان شا اخذ الارض والنخل بحصتها وان شا
تركه وان شا ترك لتبعيض الصفقة وبطلان البيع في بعضها وهذا انما يريد به اذا لم ياخذها الشفيع كان للمشتري
الخيار لتبعيض الصفقة عليه بفعله ؞ وليس هذا كالاخذ بالشفعة لان التبعيض من طريق الحكم ثبت وعلى هذا لو استحقت
الارض والنخل دون الثمرة كان المشتري بالخيار وهذا انما يتصور في الموضع له بالثمر اذا باع النخل والثمر والارض وبعث
للمشتري الخيار لان البايع غره بالعقد ۞ قال ولو كانت الثمرة قايمة فقبضها المشتري واكلها او باعها او تلفت في
يده على وجه من الوجوه فاراد الشفيع الاخذ بالشفعة سقط عن الشفيع في هذه الوجوه حصة الثمرة لان العقد وقع
عليها فاذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها ۞ قال ولو كان البيع وقع ولا ثمر في النخل ثم اثمر في يد البايع بعد
البيع وقبل القبض ثم جا الشفيع فله ان ياخذ الارض والنخل والثمرة وليس له ان ياخذ بعضها دون بعض ويكون عليه
جميع الثمن وذلك لان الثمرة زيادة في المبيع والزيادة التابعة للمبيع يتعلق بها حق الشفيع كما يتعلق بها حق المشتري
فان جزه البايع او المشتري او رجل اجنبي وهو قايم في يد البايع او المشتري اخذ الشفيع ايضا الارض والنخل
بجميع الثمن ان شا ان ياخذها بالشفعة فان كانت الثمرة ذهبت بغير فعل احد احترقت فسقطت او اصابتها افة
من السما فهلكت فلم يبق منها شي له قيمة اخذها الشفيع ان شا بجميع الثمن وان شا ترك وذلك لان العقد لم يقع
عليها وانما هي نما من المعقود عليه فاذا هلكت فكانها لم تكن ؞ قال ولو كان البايع او المشتري صرم الثمر ثم هلك
بعد ذلك بغير فعل احد اصابه سيل ذهب به او نار فاحترق فان ابا يوسف قال ذلك سوا لان ذلك سقط بمنزلة المشتري
ولا شفعة فيه ولا ابالي هلك بفعل المشتري او بغير فعله لان الثمرة لما انفصلت سقط حق الشفيع عنها فكانها كانت
في الاصل منفصلة ۞ ولو اشترى ارضا وثمرة منفصلة اخذ الشفيع الارض بحصتها وسلمت الثمرة للمشتري او
لم يسلم ؞ قال ولو ان قبض الارض والنخل ولا ثمر فيها ثم اثمر في يد المشتري ثم جا الشفيع والثمر معلق في النخل فله
ان ياخذ الارض والنخل والثمر بالثمن الاول الذي وقع عليه البيع لا يزاد عليه شي لان الثمر نما من المبيع فلا يثبت لاجله زيادة
في الثمن كزيادة القيمة ۞ فان كان المشتري قد احدث الثمرة في يده جزه ثم جا الشفيع وهو قايم او قد استهلكه
المشتري ببيع او اكل فان الشفيع ياخذ الارض والنخل بجميع الثمن ان شا ولا سبيل له على الثمرة وذلك لان الثمرة
لم يقع عليها العقد ولا التسليم الموجب بالعقد وانما كان الشفيع ياخذه لتعلقه بالنخل فاذا انفصل سقط حقه عنه ؞
ولم يسقط لاجله شي من الثمن لانه لا حصة له وليس هذا كالثمر الحادث في يد البايع لانه حدث قبل تمام البيع فدخل
فيه كما لو حدث قبل القبول وفي مسئلتنا حدثت الثمرة بعد تمام البيع فلم يدخل فيه ولم يكن لها حصة ۞ قال ابن سماعة
سمعت ابا يوسف يقول في رجل اشترى من رجل ارضا ونخلا ولا ثمرة فيه فاخذه المشتري فاثمر في يده عنده فاكله

ثم اثمرت فاكله فان الشفيع ياخذه بجميع الثمن. قال ابن سماعة قال ابو يوسف هذا القول في شهر ربيع الاول سنة اثنتين وسبعين ومائة وهو اخر ما سمعت منه وقد كان يقول اقسم الثمن على الثمر وعلى قيمة النخل والارض فما اصاب الثمرة اسقطت من الثمن ثم رجع فقال ياخذها بجميع الثمن ان شا او يدع. وجه قوله الاول ان حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البايع ولو حدثت هذه الزيادة في يد البايع فاكلها سقطت حصتها من المشتري كذلك اذا حدثت في يد المشتري فاكلها.

باب الارض تشترى وفيها زرع

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى الرجل ارضا فيها زرع بزرعها فانه جايز وللشفيع ان ياخذها بزرعها بالشفعة. ولو لم يعلم الشفيع بالبيع حتى استحصد الزرع كان له ان ياخذه بالشفعة وهو مستحصد. فان حصد المشتري الزرع ثم جا الشفيع فاني اقسم الثمن على قيمة الزرع وهو بقل يوم وقع عليه العقد فياخذ الشفيع الارض بما اصابها من الثمن ولا اقسم الثمن على قيمة الزرع وهو مستحصد. هذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف. وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره اقوم الارض وفيها الزرع واقومها وليس فيها الزرع فما كان من ذلك فهو قيمة الزرع ولا اقوم الزرع وهو بقل محصود. فاما وجوب الشفعة في الزرع فهو استحسان لاتصاله بالمبيع لما بيناه في الثمر. وقد كان القياس ان لا تجب فيها شفعة لانه لا يدخل في البيع الا بالشرط كالمتاع الموضوع. واما اذا انفصل فلا شفعة فيه لانها تجب فيه لاتصالها بالمبيع فاذا انفصل سقطت عنه الشفعة. واما القسمة فوجه قول ابي يوسف ان الزرع دخل في العقد وهو بقل فالمعتبر بقيمته يوم دخل في العقد فيقسم الثمن على ذلك ولا يعتبر زيادته بعد العقد كما لا يعتبر زيادة قيمة الارض. وجه قول محمد ان اعتبار قيمة الزرع بقلا محصودا اضرار بالشفيع لانه لا قيمة له على هذا الوجه فوجب ان تقوم الارض مزروعة وغير مزروعة فحصة الزرع ما بين القيمتين لان الزرع دخل في العقد على هذه الصفة. قال محمد وكذلك الثمر والنخل اقوم النخل وفيه الثمر واقومه وليس فيه ثمره ولا اقوم الثمرة مجدودة وهذا على ما بيناه. قال ولو ان رجلا اشترى ارضا وفيها زرع لم يطلع الزرع ثم اطلع الزرع فحصده المشتري ثم حضر الشفيع فاني اقوم الارض مبذورة واقومها غير مبذورة فياخذها بما اصاب قيمتها من الثمن غير مبذورة. وهذا صحيح على اصله لان البذر اذا القي في الارض نقصت قيمته فوجب ان تعتبر قيمة الارض مبذورة وغير مبذورة. واما على قول ابي يوسف فيقسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة البذر في الارض كما قال في الزرع.

باب اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى دارا ونقد الثمن ثم اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري اشتريتها بالفين وقال الشفيع بالف فالقول قول المشتري في الثمن مع يمينه وعلى الشفيع البينة وذلك لان الشفيع يدعي استحقاق ملك المشتري بما ذكره من الثمن فالقول قول المشتري في الاستحقاق كالبايع والمشتري اذا اختلفا. فان اقام الشفيع بينة قضي ببينته لانها بينة قابلها الدعوى فالبينة اولى من الدعوى. ولو اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري. وجه قولهما ان الشفيع يقيم البينة على ما يقدر الشفيع على اسقاطه عن نفسه الا ترى انه ان شا اخذ وان شا ترك فكان قبول البينة التي يتعلق بها اللزوم اولى ولا يلزم اذا اختلف الوكيل والموكل في الثمن لان بينة كل واحد منهما تلزم الاخر معنى لا يمكنه الخروج منه فكان المثبت للزيادة اولى. ولانهما اتفقا على انتقال الملك الى المشتري بالثمن والثمن ثبت بقول المشتري فقد اجتمعت البينتان في قول احدهما له والاخر عليه فالتي عليه اولى. ولا يلزم الوكيل والموكل لان ابن سماعة روى عن محمد ان بينة الموكل اولى لان البينتين تعارضتا في قول الوكيل فالتي عليه اولى فاذا لا فرق بين المسالتين. واما على الرواية المشهورة فالبينة بينة الوكيل لان الشي ينتقل اليه ومن جهته ينتقل الى الموكل فصار كالبايع والمشتري اذا اختلفا واقاما البينة والاحتراز على هذه الرواية ان الملك انتقل الى الموكل كما انتقل الى المشتري وفي مسالة الشفعة لم ينتقل الملك الى الشفيع. وجه قول ابي يوسف ان بينة المشتري تثبت الزيادة والخروج اليها اولى كبينة البايع. فان اختلف البايع والمشتري والشفيع في الثمن والدار في يد البايع او في يد المشتري ولم ينقد الثمن فالقول في ذلك قول البايع مع يمينه ان كان اكثر مما قالا جميعا او اقل وذلك لان البايع اذا ادعى انه باع بالفين والمشتري والشفيع قالا بالف لم يجز استحقاق ملك البايع الا بقوله ويتحالفان ويترادان وقد دل على ذلك قوله عليه السلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البايع. واما اذا قال البايع بعتها بالف وقال المشتري بالفين فالقول ما قال البايع لان الامر ان كان على ما قاله البايع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قاله المشتري فقد حط البايع بعض الثمن وحطه يثبت في حق الشفيع. واما اذا قبض البايع الثمن لم يلتفت الى قوله وكان القول قول المشتري لانه قد استوفى حكم العقد فصار كالاجنبي فلا يلتفت الى قوله. وقد قالوا في البايع اذا قال بعت الدار بالف وقبضت الثمن وقال المشتري بالفين فان الشفيع ياخذها بالف لان البايع لما بدا بذكر الثمن تعلقت الشفعة به فاذا قال بعد ذلك قبضت الثمن فهو يريد ان يسقط الحق الذي ثبت للشفيع فلا يقبل قوله. ولو كان قال قد قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لانه لما ابتدا بالقبض لم يبق له حق في العقد فلم يقبل قوله بعد ذلك كالاجنبي. وروى الحسن عن ابي حنيفة ان البايع اذا اقر بقبض الثمن والمبيع في يده وزعم انه الف وقال المشتري الفان فالقول قول البايع وياخذها الشفيع من يده بالف ويقال للمشتري اتبع البايع وخاصمه في الالف الاخرى وهذا صحيح لان البايع انما يسقط قوله بقبض الثمن لانه لم يبق له حق في المبيع فصار كالاجنبي واذا كان في يده فهو الخصم والشفعة ماخوذة من ملكه فلذلك رجع الى قوله. قال واذا حط البايع بعض

الثمن او وهبه او ابراه منه اخذ الشفيع ذلك بجميع الثمن وذلك لان حط بعض الثمن يلحق العقد ويصير كالموجود في حال العقد فيثبت في حق الشفيع. واما حط جميع الثمن فلا يلحق العقد استحسانا فلا يثبت في حق الشفيع وقد بينا هذه المسالة في البيوع. وليس هذا كالزيادة في الثمن لانها تلحق العقد ولا تستحق في حق الشفيع لان حق الشفيع ثبت بالعقد الاول بالثمن الاول فيه فاذا زاد في الثمن ثبت حق الشفيع في الثمنين فله ان ياخذ بايهما شا. قال وان هدم المشتري بنا الدار ثم حضر الشفيع واختلفا في قيمة البنا فقال المشتري كانت قيمته الفا وقال الشفيع كانت قيمته الفين واتفقا ان قيمة الساحة الف فالقول قول المشتري مع يمينه وياخذ الشفيع الساحة بنصف الثمن وان شا ترك ذلك وذلك لان الشفعة تعلقت بجملة الثمن وانما وقع الاختلاف في قدر ما يسقط من الجملة فالقول قول المشتري فيما يسقط منها ولانه اختلاف فيما يلزم الشفيع فالقول فيه قول المشتري. وان اختلفا في قيمة البنا والساحة فانه تقوم الساحة ولا يلتفت الى قول واحد منهما. واما البنا فالقول فيه قول المشتري وذلك لان الساحة يمكن الرجوع الى قيمتها والظاهر انها على حالها يوم العقد لم تتغير فكان على القاضي ان يبعث من يقومها في الحال. واما البنا فقد تغير بالهدم عن حاله وقت العقد فلذلك لم يرجع الى قيمته. قال فان اقاما بينة قال ابو يوسف البينة بينة الشفيع على قياس قول ابي حنيفة وقال محمد وهو قياس قول ابي حنيفة ان البينة بينة المشتري عندي وقال ابو يوسف عن نفسه البينة بينة المشتري. واما القياس الذي ذكره ابو يوسف فان الاختلاف وقع فيما يلزم الشفيع من الثمن فالبينة بينته فيه اصله اذا اختلفا في اصل الثمن. واما قياس محمد فان ابا حنيفة جعل بينة الشفيع اولى لانه تعارضت البينتان في قول المشتري فالتي عليه اولى من التي له. وهذا المعنى لا يوجد في قيمة البنا لانه لم يوجد من احدهما اعتراف فيه فكانت البينة الزايدة اولى. ووجه قول ابي يوسف انه اختلاف فيما يلزم الشفيع فالبينة بينة المشتري كالاختلاف في نفس الثمن. قال محمد ولو اشترى دارا بعرض وتقابضا ولم يحضر الشفيع حتى هلك العرض الذي هو الثمن فقد انتقض البيع فيما بين البايع والمشتري. وكذلك لو كان المشتري قبض الدار ولم يدفع العرض فهلك العرض في يد المشتري فقد انتقض البيع ويقضي القاضي على المشتري برد الدار على البايع وذلك لان العرض تعين بالعقد وهلاك ما تعين بالعقد يوجب بطلان العقد. وللشفيع الشفعة لان البيع انفسخ بعد انعقاده فلا يسقط الشفعة كما لو رد المشتري المبيع بعيب بقضا قاض. وان اختلفا في قيمة العرض فالقول قول البايع مع يمينه لانه لا يجوز ان يستحق ملكه الا برضاه. فان اقام احدهما البينة فالبينة بينته لانها بينة قابلها الدعوى. فان اقاما البينة فالبينة بينة البايع وهذا على اختلاف القياس عند ابي يوسف ان قياس قول ابي حنيفة ان البينة بينة الشفيع لانه اختلاف فيما يلزمه من الثمن فالبينة بينته كاصل الثمن. وعلى قول محمد انما جعلت بينة الشفيع اولى لانه تعارضت البينتان في قول المشتري ولم يوجد من المشتري قول في قيمة العرض فينبغي ان تكون البينة على الزيادة اولى.

باب الشفعة للصغير

قال ابو الحسن رحمه الله واذا بيعت دار وبجنبها دار لصبي فشفعتها له وهو صبي في حجر ابيه او وصي ابيه او جده او وصي جده ابي ابيه او من ولاه عليه امام او حاكم فلكل واحد من هولا في حال ولايته ان يطالب بشفعة الصغير وياخذ الدار بالشفعة ويسلم ثمنها من مال الصغير. اما ثبوت الشفعة للصغير فلانه حق يتعلق بعقد البيع كالرد بالعيب. ولان ذلك ثبت لازالة الضرر ودفع الضرر عن الصغير واجب كالكبير. واما الذي يملك الاخذ فوليه الذي يجوز له التصرف في ماله لان الاخذ بالشفعة تملك بعوض فهو كالشري فمن ملك ان يشتري للصغير ملك ان ياخذ له بالشفعة. قال فان سكت واحد من هولا في حال ما له المطالبة عن طلب الشفعة للصغير بطلت شفعة الصغير. وكذلك ان سلم الشفعة بالقول فهو تسليم جايز ولا شفعة للصغير اذا بلغ في الوجهين جميعا في قول ابي حنيفة وابي يوسف. وقال زفر ومحمد وابن ابي ليلى ان ذلك لا يجوز منه والصغير على شفعته اذا بلغ. وجه قولهما ان من ملك الاخذ بالشفعة ملك التسليم كالشفيع البالغ ولا يلزم عليه الوكيل بطلب الشفعة لانه اذا سلمها جاز. ولان الولي لو اخذها بالشفعة فيما عنها مثل الثمن جاز واذا بقي الثمن على ملك الصغير واسقط عنه ضمان الدرك في الثمن فهو اولى بالجواز. وجه قولهما ان هذا اسقاط حق الصغير من غير عوض فلم يجز كالابرا من الدين والعفو عن دم العمد. وهذا لا يصح لان هناك اسقاط الحق من غير عوض يحصل في ملك الصغير فلم يجز وفي مسالتنا يبقى الثمن على ملكه فجاز. فاذا ثبت هذا فكل من يملك الاخذ بالشفعة وتسليمها فاذا سكت عن طلبها كان تسليما منه كالشفيع البالغ. قال ابن سماعة عن محمد في نوادر ابي يوسف في رجل اشترى دارا وابنه الصغير شفيعها ان له ان ياخذها لابنه بالشفعة وان لم ياخذها وسلم شفعتها لنفسه جاز على الصغير وذلك لان المشتري للدار يملك اخذها بالشفعة بدليل الوكيل بالشرى كذلك في مسالتنا يملك الاخذ. واما اذا باع الاب دارا لنفسه لم يكن له ان ياخذها للصغير بالشفعة وان بلغ الصغير فهو على شفعته لان البايع لا يجوز له ان ياخذ ما باعه بالشفعة بدلالة الوكيل بالبيع اذا كان شفيعها لانه يكون موجبا ومستوجبا. واذا لم يملك الاخذ لم يكن سكوته اسقاطا للشفعة.

فبقيت شفعة الصغير الى وقت تمكينه من المطالبة .. ولنا ان الوصي اذا اشترى دارا لنفسه فسكت عن اخذها للصغير بالشفعة والصغير شفيعها او سلّم شفعتها فالصغير على شفعته في الوجهين جميعا وذلك لان الوصي لا يملك ان ينقل ما ابتاعه الى ملك الصغير الا بزيادة على القيمة التي لا يتغابن في مثلها واذا لم يملك الاخذ لم يكن سكوته تسليما فبقي حق الصغير بحاله وهذا القول عن محمد يجب ان يكون تفريعا على قول ابي حنيفة فاما على قوله لا تسقط شفعة الصغير بالاسقاط .. وقال ابن سماعة سمعت ابا يوسف في صبي طلب الشفعة له فجعل القاضي له وصيا فسكت الوصي عن طلب الشفعة شهرا قال تبطل شفعة الصغير على هذا قال ابو يوسف وهذا على املاء ابي يوسف ان من ملك الاخذ بها ملك اسقاطها .. ولما تقدير الشهر فهو قول محمد ولا يجي على قول ابي يوسف الا ان تكون هذه رواية اخرى عنه او يكون ذكر ان السكوت عن الطلب شهرا يسقط الشفعة ولا يقصد بذلك التقدير

باب الوكيل يشتري الدار فيطالب بالشفعة

قال ابو الحسن رحمه الله واذا وكل الرجل رجلا يشتري دارا فاشتراها ثم حضر شفيعها وقد قبضها المشتري بيّنا المشتري خصم في الشفعة وللشفيع ان ياخذها من يده ويسلم اليه الثمن وتكون العهدة عليه .. وذلك لان الشفعة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فصار الوكيل كالمشتري لنفسه فان لم يحضر الشفيع حتى سلّم الوكيل الدار الى الموكل فلا خصومة بينه وبين الشفيع وخصم الشفيع الموكل وذلك لان الوكيل اذا سلّم فلا يد له في الدار ولا ملك فلا يتوجه اليه الخصومة كالبايع اذا سلّم الدار الى المشتري .. قال محمد الوكيل في هذا مثل البايع اذا سلّم الدار الى المشتري خرج من الخصومة غير ان البايع لا يكون خصما حتى يحضر المشتري والوكيل اذا قبض خصم وان لم يحضر الموكل وذلك لان المشتري لم يقم البايع مقام نفسه فلم يجز ان يفسخ الملك عليه من غير حضوره فاما الموكل فقد اقام الوكيل مقام نفسه ورضي به فجاز ان يفسخ الملك عليه بما ضمنه وان لم يحضر الموكل .. قال وهذا اذا علم انه وكيل في الشرى فاما اذا لم يعلم ذلك فادعى المشتري انه وكيل لغيره .. قال ابن سماعة عن ابي يوسف سمعته يقول في رجل اشترى دارا فطلب الشفيع الشفعة فقال المشتري انما اشتريتها لفلان ولا حق لي فيها وقال الشفيع بل اشتريتها لنفسك انما تريد ان تدفع شفعتي بهذا قال لا اصدق المشتري واجعله خصما واقضي عليه بالشفعة وكذلك لو قال المشتري قبل ان يشتري الدار انما اشتريها لفلان ثم اشتراها فاني لا التفت الى قوله هذا واجعله خصما واقضي عليه بالشفعة وذلك لان الخصومة قد توجهت عليه ولو علمنا الوكالة لم تسقط خصومته لان حقوق العقد تتعلق به كذلك اذا كانت الوكالة غير معلومة .. وقد كان اصحابنا يقولون اذا قال المشتري قبل ان يخاصم في الشفعة انما اشتريتها لفلان وسلّم الدار اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري لانه اقر قبل الخصومة فصح اقراره وخرج بالتسليم من الخصومة .. واما اذا خوصم ثم اقر انه اشتراها لغيره وسلمها اليه لم يسقط الخصومة عنه لانه صار خصما للشفيع وهو يريد اسقاط حقه باقراره فلا يقبل قوله .. قال ابو الحسن رحمه الله ولو اقام على قوله هذا بينة قبل شرائه انه اشتراها للفلان لم يقبل بينته على ذلك .. وكذا البينة ان فلانا الذي زعم انه اشتراها له قد وكله بان يشتري هذه الدار له منذ سنة فاني لا اقبل بينته ولا ادفع بذلك الخصومة وهذا صحيح لان الدار ما دامت في يده فهو الخصم فان علمت الوكالة فلا معنى لاقامة البينة عليها .. وقال ابن سماعة عن محمد اذا قال المشتري انا اقيم البينة اني اقررت بهذا القول قبل ان اشتري الدار لم اقبل ذلك منه على الغايب ولا خصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المقر له فياخذها منه فيكون الشفيع خصما .. وانما لم يقبل بينته لانه يثبت بها الملك للغايب بغير حضوره الا انه اقر بالملك قبل الخصومة فيتعلق باقراره حكم واذا حكم للغايب بحكم الملك صار الغايب كالمشتري والوكيل كالبايع فلا يفسخ ملك الغايب الا بحضوره .. وهذه الرواية عن محمد مخالفة للمشهورة عنهم .. وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره اذا اشترى الرجل دارا لنفسه او لغيره فطلب الشفيع شفعته وخاصم المشتري فلم ذلك .. فان اقر انه اشتراها لغيره فان كان دفعها الى الذي اشتراها له فلا خصم للشفيع ولا خصومة بينه وبين المشتري وهو في هذا بمنزلة البايع اذا سلّم فالمشتري هو الخصم للشفيع ولا بد من حضور الامر وهذه الرواية موافقة للمشهور الذي قدمناه

باب المشتري يبني ما اشترى ثم يجي الشفيع يطلب الشفعة او الشفيع يبني ثم تستحق الدار

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى الرجل ارضا او هي ساحة فبناها ثم جا شفيعها فطلبها بالشفعة فحكم له بها فان المشتري يقال له اقلع بناك وسلّم الساحة الى الشفيع وهذا قول ابي حنيفة وزفر ومحمد ورواية محمد عن ابي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر وعلي وابن ابي مالك عن ابي يوسف كذلك وروى ابن زياد عن ابي يوسف ان المشتري لا يوخذ بقلع البنا ويقال للشفيع خذ الدار بالثمن وبقيمة البنا او اترك وهو قول الحسن .. قال الحسن رايي مالك هذا قول ابي يوسف الاول والخلاف في الغرس كالخلاف في البنا وجه قولهم ان الشفيع مستحق بسبب سابق فصار كمستحق الملك له ان يقلع البنا .. ولانه تصرف من المشتري يودي الى زيادة البدل في حق الشفيع فكان للشفيع ابطاله كما لو باع باكثر من الثمن الاول .. ولان كل من تصرف في ملكه ما لبيع ثبت لغيره حق الفسخ فاذا تصرف فيه بالبنا ثبت له حق الفسخ كالراهن اذا بنى .. وقد سلّم الشافعي مسالة الراهن اذا كان قيمة الارض والبنا اقل من الدين .. وجه قول ابي يوسف ان المشتري بنى في ملك نفسه فلم يجز ان يقلع البنا

كمن بنا في دار لا شفعة فيه .. ولانا لو جوزنا قلع البنا لاضررنا بالمشتري لانه لا يقدر على البنا والغرس نحا في الشفيع وانما اوجبناها لازالة الضرر عن الشفيع فلم يملك الاضرار بالمشتري .. قال واذا اشترى الرجل دارا فاخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار فان المستحق ياخذ الدار ويقال للشفيع اهدم بناك ولا يرجع على المشتري بقيمة البنا ان اخذ الدار من يده .. ولا على البايع ان كان اخذ الدار من يده وهذه رواية الاصول من غير خلاف .. وروى ابن الوليد عن ابي يوسف ان الشفيع يرجع عليه بقيمة البنا .. وكذلك روى ابن زياد عنه .. وجه قولهم المشهور ان الرجوع بقيمة البنا انما يثبت بالغرور الذي حصل من جهة البايع حين اوجب الملك للمشتري على وجه يتصرف فيه كيف شا والمشتري لم يغر الشفيع بايجاب الملك وانما اخذ الشفيع الدار من يده بغير اختياره فلم يكن مغرورا وانما هو الذي غر نفسه فلا يرجع على غيره .. وليس هذا كالثمن حيث يرجع عليه لان الثمن انما يرجع به على المشتري لانه عوض عن المبيع فاذا لم يسلم له المبيع لم يسلم الثمن للبايع ايضا وهذا المعنى موجود في الشفيع .. وعلى هذا قالوا في الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل من اهل الحرب فاخذها مولاها الاول من يده بالثمن واستولدها ثم استحقت رجع المولى على المشتري من اهل الحرب بالثمن ولم يرجع عليه بقيمة الاولاد لان الرجوع بقيمتهم انما يثبت لاجل الغرور ولم يثبت .. وكذلك الاب اذا استولد جارية ابنه ثم استحقت .. وجه قول ابي يوسف ان كل من ثبت عليه الرجوع بالثمن ثبت الرجوع عليه بقيمة البنا كالبايع

باب الشفعة بدار فيها شفعة

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى الرجل دارا وقبضها وله شفيع فهي في ملك المشتري يجوز تصرفه فيها كما يجوز في سائر املاكه .. ولا يمنعه وجوب الشفعة فيها من التصرف الى ان يحكم بالشفعة للشفيع .. قال ابن سماعة عن محمد في رجل اشترى دارا ولها شفيع فان الملك للمشتري حتى ياخذها الشفيع بشفعته .. وله ان يهدم ويواجر ويطيب له الاجرة .. قال ابو الحسن رحمه الله وهذا قول اصحابنا جميعا وذلك لان الملك انتقل الى المشتري بالبيع وانما ثبت للشفيع حق التمليك في ملكه .. وذلك لا يمنع من التصرف كالبيع المشروط فيه الخيار للبايع ان حق التمليك ثابت للمشتري بدلالة انه يملك بمضي المدة ولا يمنع ذلك من تصرف البايع .. وان كانت الدار على ملكه جاز تصرفه فيها وطاب له اجرتها كسائر املاكه .. قال واذا اشترى الرجل دارا ولها شفيع حاضر وغايب ولم يعلم الحاضر بالبيع حتى بيعت دار اخرى الى جنب الاولى ملاصقة الدار الثانية فجا الشفيع فطلب المشتري وهو المشتري الاول بالشفعة في الثانية فانه يحكم له بذلك وان حضر الشفيع فانه يقضي له بالدار الاولى بجواره ويمضي الحكم في الثانية لانه كان جارا في حال البيع وحكم له بالثانية وجواره الاول قايم وذلك لما بينا ان الملك للمشتري فاذا بيعت دار بجنبه ثبت له الشفعة بملكه .. فاذا استحقت الدار من يده بالشفعة فقد زال ملكه عنها بعد الحكم له بالشفعة وذلك لا يسقط الاستحقاق كما لو باع داره المشفوع بها .. قال ولو كان الاول جار الدارين جميعا والمسالة على حالها حكم للاول بالدار الاولى وحكم له بنصف الثانية وذلك لان الشفيع جار للدار الثانية وكذلك المشتري فيتساويان في جوارها فكان للشفيع نصفها مع الدار الاولى فقد زال ملك المشتري عما يشفع به فكيف يزاحم الشفيع في شفعة الدار الثانية وذلك لان شرا المشتري للدار الثانية حكم الحاكم له بالشفعة ونصفها وقد كان مالكا للمشفوع في حال شرايه الثانية وانما زال ملكه بالحكم وذلك بعد انتقال الشفعة اليه .. الا ترى انهم قالوا في احد الجارين اذا اشترى دارا ملاصقة ثم مات وحضر الجار الاخر يطالب بالشفعة قضي لهما بالنصف ولولا انهم جعلوا الشرا كالقضا بقدر المستحق لوجب ان تسقط شفعة الميت بموته وتبقى شفعة الحي فيقضى له بجميع الدار .. وكذلك لو اشترى الرجل دارا ملاصقة ثم باع داره الاولى ثم حضر جار اخذ فقضي له بالنصف لانهم جعلوا شراوه كالحكم له ولولا ذلك لقضي للجار الثاني بكل الدار لانه لا جوار للمشتري في حال الحكم له .. وقال علي بن الجعد وبشر بن الوليد عن ابي يوسف لو ان رجلا اشترى نصف دار ثم اشترى نصفها الاخر فخاصمه فقضي له بالشفعة بالشرا واخذ ذلك ثم خاصمه جار في الشفعتين فان الجار احق بالشرا الاول ولا حق له في الثاني .. وكذلك لو اشترى نصف الدار ثم اشترى نصفها وذلك لانه شريك في النصف الثاني فهو اولى بشفعته من الجار واستحقاق النصف الاول لا يسقط الشفعة التي وجبت له لانها انتقلت اليه بالشرا وصارت كالمحكوم بها .. قال ابو يوسف وان كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الاول فلم يخاصمه فيه حتى اخذ الجار النصف الاول بالشفعة فالجار احق بالنصف الثاني من المشتري لان ملك المشتري الاول زال عن النصف قبل انتقال الشفعة اليه فسقطت شفعته وبقي حق الجار فاستحق النصف الثاني بالجوار كما استحق الاول .. وقد قالوا في رجل ورث دارا فبيعت الى جنبها دار فاخذها بالشفعة ثم بيعت الى جنب الثانية دار فاخذها بالشفعة ثم جا مستحق فاستحق الدار الموروثة وطلب الشفعة فانه ياخذ الدار الثانية ويكون الوارث احق بالثالثة من المستحق وذلك لان الاستحقاق يكشف ان الوارث لم يكن مالكا حين بيعت الدار الثانية فقد قضي له بالشفعة بسبب لا يتعلق به الاستحقاق فينفسخ القضا .. واما الثالثة

فقد بيعت وهو مالك للدار الثانيه التي قضي له بها وان ثبت فيها حق الفسخ فكان اولي بها وصار في الدار الثالثه
كالشفيع في الدار الثانيه في مسألتنا ۞ قال ابو يوسف ولو ان رجلا باع نصف دار من رجل لم يكن لها شفيع ثم قاسمه
بامر القاضي ثم قدم الشفيع ونصيب البايع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري فان هذا لا يبطل شفعة
الشفيع لان القسمه تصرف من المشتري فلا يبطل به حق الشفيع كبيعه وهبته ۞ ولو كان البايع باع نصيبه
بعد القسمه قبل طلب الشفيع الشفعه الاولي ثم طلب الشفيع الاول الشفعه الاولي فان قضي القاضي بالاخره جعلها
بينهما وقضي بالاولي للاول ∴ وان بدا فقضا بالاولي للاول قضا له بالاخره ايضا من قبل انه لم يبق في يد المشتري
حق ياخذ به الشفعه وذلك لان القاضي اذا بدا فقضا بالشفعه الاخره فالمشتري الاول جار لنصيب البايع
والجار كذلك فتساويا في الجوار عند البيع وعند الحكم فقضي بالشفعه بينهما ∴ واما اذا بدا فقضي بالشفعه
الاولي فقد استحق ملك المشتري قبل القضا بالشفعه الثانيه فلم يجز ان يقضي له بشي فيقضي به للاول وهذا
اذا كان المشتري لنصيب البايع غير المشتري الاول ۞ فاما اذا اشتراه الاول فالشفعه الاخره بينهما
سوا قضي بها اولا او اخرا لما بينا ان الشرا يحكم الحاكم للشفيع من وال ملكه لا يوثر ۞

باب المشتري والشفيع يختلفان فيما وقع عليه البيع هل هو في صفقه او صفقتين او هل وقع البيع في الكل او البعض ۞

قال ابن سماعه سمعت ابا يوسف قال في رجل
اشتري دارا ثم قال اشتريت العرصه على حده بالف والبنا بالف وقال الشفيع بل اشتريتها كلها بالفين والدار لي بينا لها
قال القول قول الشفيع وكذلك قال محمد وذلك لان المشتري اقر بالشري في الجميع وادعي تفريق الصفقه ليبطل حق الشفيع
عن بعض ذلك فلا يقبل قوله ∴ ولان تفريق الصفقه صفقه زايده على اطلاق البايع والقول قول من يدعي الاطلاق ∴ قال
ابو يوسف فان اقام المشتري البينه انه اشتري الدار بغير بنا بالف بعد ما اشتري البنا بالف واقام الشفيع البينه انه
اشتراهما معا صفقه واحده ولم يوقتا وقتا فالبينه بينة المشتري وقال محمد البينه بينة الشفيع وجه قول ابي يوسف
ان بينة المشتري تثبت شرطا زايدا وهو تفريق الصفقه وبينة الشفيع تنفي ذلك فكانت البينه المثبته للزياده
اولي ∴ ولان المشتري اقام البينه على خلاف الظاهر فكانت بينته اولي كمن اقام البينه على ما تشهد له الظاهر
وجه قول محمد ان بينة الشفيع تثبت زيادة في الاستحقاق فهي اولي ∴ ولانه يمكن الجمع بين البينتين لجواز ان يكون
باعها متفرقا ثم باعها في صفقه فيكون البيع الثاني فسخا للاول وتتعلق الشفعه بالثاني ويجوز ان يكون باعها اولا
بصفقه ثم باع متفرقا فيكون الثاني فسخا للاول الا ان الشفعه لا تسقط بالفسخ ۞ وقال ابن سماعه في نوادر ابي يوسف
سمعت ابا يوسف قال في رجل اشتري دارا فطلبها الشفيع وقال المشتري اشتريتها واحدثت البنا فيها قال القول
قول المشتري وعلى الشفيع البينه انه اشتراها وهذا البنا فيها وذلك لان المشتري لم يعترف بشرا البنا فلم
يجز استحقاق فيه الا ببينه ۞ قال ولو اشتري رجل دارين ولهما شفيع ملاصق فقال المشتري اشتريت احدهما
بعد واحده فانا شريك في الثانيه وقال الشفيع بل اشتريتهما صفقه واحده فلي فيهما الشفعه فالقول قول
الشفيع وذلك لانه اعترف بالشري فيهما وهو سبب الشفعه فيهما وادعي تفريق الصفقه وذلك معني
مسقط للشفعه عن احد الدارين فلم يقبل قوله الا ببينه ∴ وان اقاما بينه فهو على الخلاف الذي قدمناه ۞ ولو
قال المشتري وهب لي هذا البيت من هذه الدار بطريقه واشتريت بقيتها وقال الشفيع بل اشتريتها كلها
فاني لا اصدق المشتري على ابطال الشفعه واجعل للشفيع الشفعه فيما اقر المشتري انه اشتري ولا اقضي
بالشفعه فيما زعم انه هبه وذلك لانه اعترف بالشرا في بقية الدار وادعي الشفعه بالشركه في الطريق وذلك
سبب لا يعلم وجوار الجار معلوم فلا يسقط بقول المشتري ∴ فاما البيت الموهوب فلم يعترف المشتري
بالشرا فيه فلا يجوز ايجاب الشفعه فيه بغير اعتراف ۞ قال فان اقام بينه فاني اخذ بينة المشتري وابطل
الشفعه في الدار وذلك لان المشتري يقيم البينه على خلاف الظاهر ∴ ولانه يثبت لنفسه استحقاقا للشفعه
وبينة الشفيع تنفي ذلك وهذا قول ابي يوسف ويجب ان يكون قول محمد بخلافه لان الشفيع يثبت زيادة في
الاستحقاق ۞ وقال ابن رستم عن محمد في رجل اشتري دارا فطلب الشفيع الشفعه وقال المشتري اشتريت نصفها
ثم نصفها فلك النصف وقال الشفيع اشتريتها كلها صفقه واحده فالقول قول الشفيع وعلى ما قدمنا فان قال
المشتري اشتريت ربعا ثم ثلاثة ارباع فلك الربع وقال الشفيع بل اشتريت ثلاثة ارباع ثم ربعا قال القول
قول الشفيع لان المشتري يعترف بشرا الثلاثه الارباع وانما ادعي تقدم ملكه في الربع ليستحق شفعتها فلا
يصدق ∴ وان قال المشتري اخذتها كلها صفقه واحده وقال الشفيع بل اخذت نصفها ثم نصفا فانا اخذ النصف
فالقول قول المشتري باخذها كلها او يدع وذلك لان المشتري اعترف بثبوت الحق للشفيع في الجميع وانما
يريد الشفيع تبعيض الصفقه عليه فلا يقبل قوله ۞

باب الشفيع والمشتري والبايع يختلفون في فساد البيع وصحته والخيار فيه ۞

قال ابو الحسن رحمه الله روي ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادره
وابن الجعد عن ابي يوسف في الامالي في رجل باع من رجل دارا ولها شفيع وقال البايع بعتها بالف درهم على اني بالخيار ثلثا

وصدقه المشتري وكذبهما الشفيع وقال لا بل كان البيع باتا لا خيار فيه قال ابو يوسف لا شفعه للشفيع في قول ابي حنيفه
وهو قول محمد في الجامع الكبير وغيره ∴ وقال ابو يوسف القول قول الشفيع وله الشفعه ∴ وروي ابن زياد عن ابي يوسف
ان القول قول البايع والمشتري ولا شفعه للشفيع لهما انهما اتفقا على خيار البايع وذلك يمنع من خروج المبيع من ملكه
فلم تجب الشفعه لانها تجب برغبة البايع عن ملكه ولانهما لما اتفقا على انه لم يوجد سبب وجوب الشفعه كما لو قالا لم نتبايع وكما
لو اعترفا بوجود الايجاب من غير قبول ۞ لابي يوسف ان الاصل في البيع البتات والخيار طارئ فمن ادعي الاصل فالقول
قوله لشهادة الظاهر ۞ قال فان اختلفا فقال البايع بعت على اني بالخيار وادعي المشتري البيع باتا فان بشرا وعلي
وابن سماعه رووا عن ابي يوسف عن ابي حنيفه ان القول قول البايع مع يمينه ولا شفعه للشفيع وقال ابو يوسف القول
قول المشتري وللشفيع الشفعه وهو قول ابن ابي ليلى ۞ قال ابو الحسن وهو قول محمد وهي رواية الاصل من غير خلاف
وجه قولهم المشهور ان الاصل في البيع البتات فمن ادعاه من المتبايعين فقد ادعي الظاهر ومن ادعي شرطا زايدا لم يقبل قوله
كمدعي الاجل ۞ وجه الرواية الاخري عن ابي حنيفه ان البايع لم يعترف بخروج الشي عن ملكه فلم يجز ان يلزمه البيع من غير اعترافه
كما لو اعترف بالايجاب من غير قبول ۞ قال وقد اجمع اصحابنا ان خيار البايع يمنع من وجوب الشفعه وخيار المشتري لا يمنع الشفعه
في الروايه المشهوره ۞ قال محمد بن شجاع اخبرني بشر بن الوليد والحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه كان يقول
اذا كان الخيار للبايع فالملك للبايع على حاله حتي يجب البيع واذا كان للمشتري فقد وجب الملك للمشتري وهذا قول ابي يوسف
قال ابن شجاع اخبرني ابن الوليد وابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه رجع عن قوله ذلك وقال سوا كان الخيار للمشتري
او للبايع لا يجب الملك حتي يجيز الذي له الخيار البيع وينقد الثمن واذا وجب الملك للمشتري كان للشفيع الشفعه ۞
قال الشيخ اما خيار البايع فيمنع وجوب الشفعه وقد بينا ذلك واما خيار المشتري فلا يمنع الشفعه في الروايه المشهوره
لان من اصل ابي حنيفه ان الملك انتقل عن البايع والشفعه تجب بهذا المعني لا بملك المشتري وعلى قولهما قد انتقل الملك
الي المشتري فهو اولي بوجوب الشفعه وهذا قول ابي حنيفه الاول فاما وجه الرواية الاخري عن ابي حنيفه فلانه خيار
مشروط لاحد المتعاقدين فيمنع وجوب الشفعه كخيار البايع ۞ ولان العقد للفسخ بسبب الخيار كالبايع ۞ قال ابن سماعه
عن ابي يوسف في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل باع دارا من رجل ثم ان البايع والمشتري تصادقا ان البيع كان
فاسدا او قال الشفيع بل كان جايزا فالقول قول الشفيع ولا اصدقهما على فساد البيع اذا زعما ان البيع كان فاسدا كشي اذا
ادعاه احدهما وانكره الاخر جعلت القول قول الذي يدعي الصحه فاني لا اصدقهما على الشفيع واقضي له بالشفعه اذا زعما
ان البيع كان فاسدا بشي اجعل القول قول الذي يدعي الفساد فاني اصدقهما واجعل للشفيع الشفعه وهذا الذي
ذكره ابو يوسف انما يجي على قوله خاصة في انهما اذا تصادقا على الخيار لم يقبل قولهما في حق الشفيع فكذلك
اذا اتفقا على فساد العقد مثل الاجل الفاسد والخيار الفاسد لان هذا اختلاف لو حصل بين المتبايعين كان القول
قول من يدعي الصحه منهما فكذلك اذا اتفقا عليه وخالفهما المشتري فاما اذا اتفقا انهما باعا خمرا او خنزيرا فهذا
عقد لا يصح ابدا ۞ ولو اختلف المتبايعان فيه قال احدهما بعت بدراهم وقال الاخر بخمر او خنزير كان القول قول
من يدعي الفساد فكذلك في مسألتنا القول قول المتبايعين ∴ وقد قال ابو يوسف في هذه المسأله اذا قال اني بعت
بالف ورطل خمر وقال الشفيع بالف ان القول قول الشفيع ∴ وهذا على الروايه التي قالوا فيها ان هذا بمنزلة الشرط
الملحق وان العقد يصح باسقاطه ∴ فاما على الروايه التي جعلوه فسادا في نفس المعقود عليه فيجب ان يكون
القول قول المتبايعين فلا تجب الشفعه ∴ واما على قول ابي حنيفه ومحمد فينبغي ان لا تجب الشفعه في الفصول
كلها سوا كان الفساد المدعي ملحقا او في نفس العقد لانه يجري مجري شرط الخيار في المنع من الشفعه ۞ قال هشام
سالت محمدا عن رجل اشتري دارا فجا الشفيع وادعي شفعتها فقال المشتري اشتريتها بالف على ان ابيعه بالالف
متاعا وصدقه البايع فان محمدا قال القول قولهما وكذلك روي الحسن بن زياد عن ابي يوسف لانهما اتفقا على الفساد فكانهما اتفقا انهما لم
يتبايعا وهذا يصح ما ذكرنا عن ابي حنيفه ومحمد وهو احدي الروايتين عن ابي يوسف ۞ فان قال اشتريتها بالف درهم شرا
صحيحا وقال البايع بل بعتكها بالف درهم بيعا فاسدا كان القول قول المشتري ∴ قال الحسن قال زفر القول قول الشفيع
في هذه المسايل كلها ان البيع بات صحيح وللشفيع ان ياخذها بالشفعه وذلك لانهما اذا اختلفا في الصحه والفساد فالقول
قول من يدعي الصحه منهما واذا صح العقد وجبت الشفعه ۞ واما الذي حكاه عن زفر ان القول قول الشفيع في جميع
الوجوه فانما يريد به اذا اتفق المتبايعان على الشرط المفسد او اختلفا فيه ۞ واما اذا قال البايع بعتكها بخمر فلا يجوز
ان يقول زفر ان الشفعه واجبه لانه يودي الي استحقاق الملك عنه ببدل لم يرض به ۞

باب الرجل يطالب الشفعه بدار في يده

قال هشام سالت محمدا عن رجل اشتري دارا فادعي شفعتها بدار في يده فقال المشتري هذه الدار التي في يده هي لفلان
هذه الدار وهي في يده او له اليست له فاخبرني محمد عن ابي حنيفه قال على الذي يدعي الشفعه ان يقيم البينه انها داره
وقال ابو يوسف اذا اقر المشتري انها في يديه او قامت للشفيع بينه انها في يديه فان له الشفعه قال محمد القياس
ما قاله ابو حنيفه ∴ وذكر ابن شجاع في اختلاف زفر وابي يوسف عن ابي يوسف ان القول قول المشتري ولا تجب
الشفعه حتي يقيم الشفيع بينة على الملك ۞ وقال زفر القول قول الشفيع وله الشفعه وجه قول ابي حنيفه

ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف ان الدار اذا كانت في يد الانسان فالظاهر انها ملكه والظاهر يدفع به الدعوى ولا
يستحق الملك بذلك ⁂ ولو جعلنا القول قوله لاستحق بالظاهر ملك المشتري وهذا لا يصح ⁂ وعلى هذا قالوا في
المقذوف اذا زعم انه حر وقال القاذف هو عبد لم يجب عليه الحد حتى يقيم المقذوف بينة بالحرية لان الظاهر الحرية
الا انه لا يستحق بهذا الظاهر حق على الغير ⁂ وكذلك المقطوعة يده اذا زعم انه حر فطلب القصاص من القاطع وقال
القاطع هو عبد لم يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى وكذلك في الرواية المشهورة عليه اذا زعم ان الشاهد
عبد لم تقض عليه بظاهر الحرية ⁂ وكذلك اذا زعمت العاقلة ان القاتل عبد لم تحملوا عنه الدية حتى يثبت انه حر لان في
الحكم بحريته بغير بينة حكما عليهم بالظاهر فلم يجز ⁂ وجه قول زفر واحدى الروايتين عن ابي يوسف ان اليد
موجبة للحكم بالملك بدلالة ان الشفيع لو مات حكمنا بانتقالها الى ورثته ⁂ ولو باع حكمنا بجواز البيع فصار ذلك
كالبينة ⁂ وذكر ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف في رجل في يديه دار اقام عليه رجل البينة ان هذه الدار كانت
في يد ابيه مات وهي في يديه قال فاني اجعلها للذي اقام البينة ⁂ فان جا يطلب الشفعة بدار الى جنبها لم يقض
له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك ⁂ وهذا يدل ان القضا باليد مع جهله بنقل الملك هو قضا بالاستحقاق وليس
بحكم بالملك لان اليد قد تكون بدلا من الملك في الظاهر وهي غصب في الباطن ⁂

باب استحقاق الشفعة

قال ابو الحسن رحمه الله واذا بيعت دار في زقاق غير نافذ فاهله جميعا شركا في الشفعة وهم اولى من الجيران الملاصقين
الذين لا طريق لهم في الزقاق ⁂ فان سلم الشركا في الطريق الشفعة اخذ الجيران الملاصقون ولا شفعة لجار غير ملاصق ممن
لا طريق له في الزقاق ⁂ وذلك لان الدرب اذا لم يكن نافذا فاهله شركا فيه ⁂ والشريك في حق المبيع اولى من الجار وقد
قال محمد ان اهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق اذا كان ملكا لهم او كان فناء غير مملوك ⁂ ولا شبهة في المملوك
لانهم شركا فيه ⁂ فاما الفنا الذي ليس بمملوك فهم احق به من غيرهم فصار في حكم الملك فوجبت له الشفعة ⁂ فاذا سلم
اهل الزقاق فللجار الشفعة على ما قدمنا من خلاف ابي يوسف ⁂ قال ابن سماعة سمعت ابا يوسف قال قال ابو حنيفة
اذا كان بين الدارين طريق نافذ فلا شفعة فيها الا للجار الملاصق وذلك لان الطريق النافذ ليس بمملوك ولا يختص به اهله
بل هم وجميع الناس فيه سوا فصار كالشوارع وهذا يجب ان يكون في الطريق النافذ اذا لم يكن مملوكا فاما اذا كان مملوكا
فهو في حكم غير النافذ في وجوب الشفعة به ⁂ قال محمد في دار بين شركا اقتسموها وعزلوا منها طريقا بينهم نافذا
ثم باع احدهم نصيبه كان للباقين الشفعة بهذا الطريق لانه ملك لهم وان كان نافذا الا ترى ان لهم ان يسدوه ويمنعوا
غيرهم من استطراقه ⁂ والنافذ الذي لا يستحق به الشفعة هو الذي يمنع اهله ان يسدوه لانه حق لجميع من يتعلق
به وما تعلق به حق جميع المسلمين لم يجب به الشفعة لان ذلك يودي الى وجوبها لجميعهم ⁂ قال ابن سماعة عن ابي
يوسف عن ابي حنيفة وكذلك النهر اذا كان بين اقرحة الا ان يكون نهرا صغيرا ساقيه قوم فهو بمنزلة الزقاق فيه
الدور ليس بنافذ فهم شركا في الشرب وفيه الشفعة ⁂ فان بيع قراح وله شرب في الساقية والى جانبه قراح ليس له
في الساقية شرب فاصحاب الشرب اولى به ⁂ وان كانوا ابعد لانهم شركا في النهر وليس هذا بشريك ⁂ قال ابو الحسن
وكذلك نهر صغير او ساقية بين قوم عليها قراحات او ملثة او بساتين او نحو ذلك فانهم جميعا شركا في الشفعة وذلك
لان النهر الصغير يجري مجرى الدرب الذي لا ينفذ لانه مملوك لاهلها فيجب الشفعة بالشركة فيه ⁂ والنهر العظيم
يتعلق به حق جماعة المسلمين ولا يختص به بعضهم دون بعض فهو كالشارع فلا يجب به الشفعة ⁂ فاما الحد الفاصل بين
الصغير والكبير فذكر ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال لست استطيع ان احد فيه حدا هو عندي على ما ارى حين يقع ذلك
وذكر هشام عن ابي يوسف في الساقية الصغيرة تسقي البستانين والثلثة او تسقي القطعتين او الثلثة فصاحب
الارض والبستان الذي له الشرب في الساقية احق مما بيع من الجار الذي ليس له شرب في الساقية ⁂ قال ابو يوسف
ليس في الارضين التي تشرب من النهر العظيم شفعة ولم يجعل ابو يوسف العظيم مثل الساقية فقد جعل ابو يوسف في
رواية ابن هشام حد الساقية التي تجب بها الشفعة ان تسقي البستانين او الثلثة ⁂ وذكر محمد في رواية ابن رستم ان
النهر الذي تحمل السفن لا شفعة به ⁂ وقال هشام عن محمد في النهر الذي تجري فيه السفن ان لا شفعة وهو بمنزلة
الطريق النافذ وما لا تجري فيه السفن بمنزلة الطريق الذي لا ينفذ وهذا قول ابي حنيفة ومحمد ⁂ قال هشام قلت
لمحمد فما تقول في نهر لا تجري فيه السفن عليه عشرة الاف جريب نصفها لها شرب من هذا النهر بماية والنصف الاخر
له انهار قال فان هولا الذين ليس لهم شرب في الاصل لا شفعة لهم في ذلك الارضين الا بالجوار ⁂ واما الذين لهم
شرب مع ارضيهم لهم شفعا ⁂ واخبرني ان ابا حنيفة قال اذا كان يجري فيه مثله السفن فلا شفعة لهم ⁂ قال
هشام وسالت محمدا عن ساقية عليها نحو من الف جريب ارض بين ماية انسان لكل انسان شي معلوم وهو نهر مستوي
وانما لهم شرب النهر يجرونه الى ارضهم فباع بعضهم ارضه فالذي هو ملاصق احق بالشفعة او كلهم فيه شركا سوا ⁂
قال محمد كلهم شركا سوا فقد اعتبر محمد الحكم على جريان السفن لان ما يجري فيه السفن في حكم العظيم فهو كالدجلة
والفرات ⁂ وما لا يجري فيه السفن في حكم الصغير فهو كالزقاق الذي لا ينفذ ⁂ وما ذكره من شركة ماية انسان
ليس على طريق الشرط وانما ذكره من جريان السفن وكان [illegible] يقول ان حد النهر الصغير الذي يجب به الشفعة

هو ما اشترك فيه ماية فما دونهم ⁂ فان كانوا اكثر من ذلك فلا شفعة ⁂ وانما رجع الى هذه الرواية وقد بينا ان
محمدا ذكر هذا امثالا ولم يجعله حدا ⁂ قال هشام قلت لمحمد فان ابا يوسف قال اذا كانت الساقية بين ملثة او نحو ذلك
قضيت بالشفعة بالساقية فاذا كان اكثر من ذلك لم اقض على انه محمدا رضي قول يعقوب ⁂ قال هشام قلت لمحمد
فان كان يستنق من هذا النهر ثم يبيع فيه ارض فقال اصحاب التوسع احق مما فيه من الذين هم قبله نهر لم يشرب في
بيع ⁂ قال محمد في الشفعة في الشركة اذا كانت بين بيع فقول ابي حنيفة الذي اخبرنا ابو يوسف عنه ومعنى
السكة بين بيع ان يكون الزقاق غير نافذ وفيه معطف زقاق اخر غير نافذ فان بيع في الزقاق المنعرج
دار فاهل هذا الزقاق احق بشفعتها من اهل الزقاق الاول لان هولا شركا في الطريق الخاص الا ترى ان اهل
الزقاق الاول ليس لهم ان يستطرقوا في المعطف فاذا انفردوا عنهم بالشركة في طريق كانوا اخص بالشفعة
فان بيعت دار في الزقاق الاول فاهل الزقاق الاول والزقاق المنعرج شركا في شفعتها لانهم تساووا
في الشركة في طريق الزقاق الاول الا ترى انهم يستطرقونه جميعا فتساووا في استحقاق الشفعة ⁂ والنهر
على هذا اذا انشرعت منها نهر فبيعت ارض شربها من النهر الشارع فاهل النهر الشارع احق بشفعتها من
اهل النهر الكبير لانهم مختصون بشرب النهر الشارع ⁂ فان بيعت ارض على النهر الكبير كان اهله واهل
النهر الشارع سوا في الشفعة لانهم استووا في استحقاق الشرب في عمود النهر ⁂ قال هشام
سالت محمدا عن قراح واحد في وسطه ساقية جارية منها يشرب هذا القراح من الجانبين جميعا فبيع القراح
في الشفيعان يدعيان الشفعة احدهما يليه هذه الناحية وحدها من القراح والاخر يليه الناحية الاخرى من
القراح هل يشتركا في القراح كله او يكون الساقية حايلة فيكون لهذا ما يليه الى الساقية
ولهذا ما يليه من الساقية ⁂ قال محمد هما شفيعان في القراح كله وليست الساقية بحايلة لانها ساقية
هذا القراح وذلك لان الساقية من حقوق القراح فصارت كالحايط الممتد في وسط الدار انه لا يفصل
بين جنبيها بل يستحق الشفيعان جميع الدار على الشركة فكذلك هذا ⁂ قال قلت فان كانت هذه الساقية
بحوز هذا القراح يشرب منها الف جريب سوى هذا القراح وكانت هذه الالف الجريب بين ماية رجل
فجاوا يطلبون الشفعة مع الجارين قال محمد اصحاب الماء فيه احق بالشفعة من الجار حتى يكون ذلك
شربا كبيرا فذلك لانهم اذا اشتركوا في شربها استحقوا الشفعة بالشرب فكانوا اولى من الجار الذي لا شرب له ⁂

باب الشفعة بالحيطان ومسيل الماء

قال بشر وعلي عن ابي يوسف لو ان رجلا له مسيل ما في دار بيعت كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة ليس المسيل
بمنزلة الشرب ⁂ قال ابو الحسن رحمه الله انما يعني بجوار الدار التي لها المسيل وذلك لان صاحب المسيل يختص
بسيل الما وليس للاخر معه مشاركة في شي فصار كحايط لصاحب احدى الدارين في الاخرى فسيل الما عنه لهم ⁂ ولو
ان حايطا بين داري رجلين الحايط بينهما فصاحب الشرك في الحايط اولى بالحايط من الجار ⁂ وبقية الدار ياخذها
بالجوار مع الجار بينهما بالسوية ⁂ وكذا النوادر عن ابي يوسف ان الشريك في الحايط اولى بجميع الدار ⁂
وحكي عن زفر انه يستحق الحايط خاصة ويساوي الجار في بقية الدار ⁂ قال وروي عن ابي يوسف مثل ذلك
وجه الرواية الاخرى ان صاحب الحايط شريك في بقعة من الدار بعينها وجار في نفسها فكان اولى بما هو
شريك فيه ومساوي للجار في نفسها وجه الرواية الاخرى انه شريك في بعض المبيع فكان اولى من الجار
الذي لا شركة له كالشريك في الشرب والطريق ⁂ وقال بشر وعلي عن ابي يوسف وكذلك البيت في الدار
بين رجلين بغير طريق باع الرجل الدار فطلب الشريك الشفعة وطلبها الشريك في البيت فان صاحب الشرك
في البيت اولى بالبيت وبقية الدار بينهما نصفان بالشفعة على ما فسرت لك ⁂ وذلك لان احدهما شريك
جار في بقية الدار والاخر شريك في الدار جار للبيت فاجتمع في كل واحد منهما شركة وجوار فالشركة اولى
وهذا الجواب هو الذي تقتضيه ظاهر المسألة وما اجاب به ابو الحسن في الكتاب لا يصح الا ان تحمل
المسالة على ان البيت المشترك وبقية الدار لاحد الشريكين فيه فباع صاحب الدار الدار ونصيبه من البيت
وطلب جارها والشريك في البيت الشفعة فيكون للشريك في البيت نصف البيت بالشركة ⁂ وبقية الدار
يتساووا فيها هو والجار ⁂ قال هشام سمعت ابا يوسف يقول اذا كان حايط بين جارين الحايط بين صاحبي
الدار في احدى هاتين الدارين بيت لرجل او كان لرجل فيها نصيب مقسوم لصاحب البيت او لصاحب النصيب
ممن في الدار فباع شريكهم في الدار الذي هو صاحب النصيب المقسوم ومن صاحب البيت له وان كان
لهما ممر في الدار وهذا على الرواية التي جعل الشريك في الحايط اولى ببقية الدار من الجار وصاحب البيت جار
فكان الشريك في الحايط اولى منه ⁂ قال ابو الحسن وهذه الرواية عن ابي يوسف اصح عندنا ⁂ قال هشام
سالت ابا يوسف عن حايط بين دارين عليه بنا وهو بينهما وباب احدى الدارين في سكة لا منفذ لها وفيها
دور فبيعت الدار التي في السكة التي فيها دور ولا منفذ للسكة لمن الشفعة قال لصاحب الحايط احق

لانه شريك في الدار فجعل الشركة في الحايط شركة في نفس المبيع وقدم في الشفعة ۞ وقال هشام سألت محمدا عن
حايط بين دارين عليه خشب لصاحب هذه الدار ولصاحب هذه الدار الاخرى فبيعت احدى الدارين فجا صاحب
الحايط يدعي الشفعة وجا الجار يدعيها ولا يعلم ان الحايط بينهما الا بالخشب الذي عليه لهما قال محمد يسل المدعي
للشفعة بالحايط البينة بينة ان الحايط بينهما ۞ فان اقام بينة فهو احق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم
اجعله شريكا ۞ وذلك لان استحقاق الحايط الخشب بالشفعة ظاهر في الملك وقد بينا ان الشفعة لا تستحق بالظاهر
وانما ذكر ابو الحسن هذه المسئلة هاهنا ليبين من قول محمد ان الشريك في الحايط اولى بجميع الدار على ان في لفظ محمد
احتمالا لان قوله انه احق من الجار يحتمل ان يكون بالحايط وظاهره يقتضي انه احق بالجميع ۞ قال محمد وكذلك
لو اقر البايع قبل البيع ان الحايط بينهما لم اجعل له بهذا شفعة نظيره له دار في يد رجل اقر انها لاخر بيعت
الى جنبها دار فجا المقر له يدعي بها بشفعة الدار التي اقر له بها فانه لا شفعة له بذلك حتى يقيم البينة
ان الدار داره فاذا لم يعلم ذلك الا بقولها لم يصدق على الشفعة ۞ وذلك لان المقر يجوز ان يكون صادقا
في اقراره ويجوز ان يكون كاذبا فلا يمكن ايجاب الشفعة على المشتري بالاقرار ۞ وقد ذكر في المنتقى عن ابي يوسف
انه قال بعد رجوعه من البصرة في رجل بيعت دار الى جنب داره وهو شفيعها وقد عرف القاضي ان الدار التي
في يديه وانه شفيع الدار فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة ان داري هذه لفلان قد بعتها منه منذ
سنة وقال هذه المقالة في وقت يقدر على اخذ الشفعة لو طلبها لنفسه ۞ قال لما اقر بالدار لرجل فقد نقض
على ذلك وصيرها لغيره ولا شفعة له ولا للذي اقر له الا ان يقيم المقر له البينة على شراها او هبتها وهذا على ما بيناه ۞
وقد ذكر الخصاف في الحيلة في اسقاط الشفعة ان البايع اذا اقر بسهم من الدار للمشتري ثم باعه بقية الدار ان
الجار لا يستحق الشفعة لان المشتري شريك بالسهم المقر به ۞ وكان الشيخ ابو بكر الخوارزمي يخطي الخصاف
في هذا ويقضي بوجوب الشفعة للجار في بقية الدار وقال لانا لا نعلم ان البايع صادق فيما اقر به للمشتري ويستدل
على ما قال بهذه المسئلة التي ذكرها محمد في الاقرار بسهم من الحايط او بالدار ويجوز ان يصحح قول الخصاف وذلك
لان الشفيع لا بد ان يعترف بملك البايع فيما باعه حتى يصح ان يطالب بشفعته ۞ واذا اعترف بملك البايع فيما
باعه فان كان ما لكه في الظاهر لجميع الدار فقد نفذ اقراره للمشتري وان لم يكن مالكا للسهم المقر به نفذ اقراره في
سهم مما باع لاحد اقر له بسهم مشاع ۞ وليس كذلك مسئلة الحايط لانه يجوز ان يكون لغير البايع فلا
يكون في مطالبة المشتري بالشفعة ما يوجب تصديق البايع في الاقرار بالحايط ۞ قال هشام قلت فان
اقام الذي يدعي الشفعة البينة ان الحايط له هذا عليه خشب ولهذا قال اجعل بالبينة الحايط بين هذين ۞
فان قالوا لا ندري لم اقبل شهادتهما وذلك لانهم لم يشهدوا الا بما قد علمناه بالمشاهدة وهو حق اليد
ولا يعلم الملك بذلك حقيقة والبينة اذا لم تفد الا ما افاده الظاهر لم تقبل ۞ قال فان كان الحايط بينهما
قد علم ذلك وبيع في احدى الدارين نصيب مقسوم او حجرة فيها وطريق ذلك في الدار وبابهما واحد فادعى
صاحب الحايط الشفعة وصاحب النصيب المقسوم قال محمد الشفعة لصاحب الحايط لانه بينهما غير مقسوم
فجعل محمد الشريك في الحايط اولى ببقية الدار من صاحب البيت المقسوم فهذا مثل رواية ابي يوسف
وقال بشر عن ابي يوسف لو ان رجلا اشترى حايطا من دار بارضه ثم اشترى ما بقي ثم طلب جار الحايط
الشفعة فله الشفعة في الحايط ولا شفعة له فيما بقي من الدار فمشتري الحايط اولى بالشفعة الثانية من قبل
ان ملكه قد حال دونه فلا اخر فصار اقرب جوارا ۞ وذلك لان الجار جار للحايط فثبت له فيه الشفعة
بالجوار فاذا باع بقية الدار قبل ان ياخذ الحايط فقد حال الحايط بين الجار وبين المبيع فلا يجب له شفعة ۞
وقال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف قال في دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع احدهما نصيبه من
الدار فشريكه في الدار احق بشفعة ذلك ولا شفعة لصاحب الطريق فيها ولصاحب الطريق الشفعة في الطريق
وذلك لان الطريق اذا كان معينا فصاحبه جار لبقية الدار فالشريك فيها اولى منه وله شركة في موضع الطريق
فاستحق الشفعة فيه قال وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما حايط بينه وبين رجل بغير ارضه فباعه الذي
له شرك في الحايط نصيبه من الدار والحايط قال الشريك في الدار احق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك
في الحايط في الدار وله شفعة في الحايط وارضه ۞ وهذا صحيح على الرواية التي تقول فيها ان الشريك
في الحايط جار في بقية الدار فيكون الشريك في الدار اولى منه ۞ قال وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما
بير في الدار بينه وبين رجل اخر فباع الذي له الشركة في البير نصيبه من الدار والبير فالشريك
في الدار احق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البير وله الشفعة في البير ولا يكون له الشفعة فيما يسكن
اذا كان شريكا فيما لا يسكن بمنزلة طريق وحايط وبير وذلك لان الشريك في البير شريك في بقعة بعينها فكان
اولى بها وهو جار في بقية الدار فالشريك في الدار اولى منه ۞ واما تعليله فيقتضي ان الشريك في البير
والحايط ليس بمنزلة الشريك في الطريق لانه شريك فيما لا يسكن فلا يستحق الشفعة فيما يسكن والشريك
في الطريق شريك فيما يسكن فاستحق الشفعة فيما يسكن ومعنى هذا ان الحايط والبير منفعتهما تختص بهما

ولا يتعلق ببقية الدار فلم يكونا من حقوقها ومنفعة الطريق تتعلق بجميع الدار كمنفعة الشرب الذي يتعلق
بجميع البستان فلذلك كانت الشركة فيه توجب الشفعة في الجميع وهذا تفريع من ابي يوسف على احدى
الروايتين ۞ قال وكذلك بيت سفل بين رجلين لاحدهما عليه علو بينه وبين رجل اخر فباع الذي له نصيب
في العلو والسفل نصيبه من رجل قال فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ولا شفعة له في العلو
ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة له في السفل وهذا على ما بينا ان كل واحد منهما شريك
في شي وجار في شي فكان اولى بالشركة من الجار ۞

باب الشفعة في فسخ البيع

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اشترى رجل من رجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية او بخيار
شرط قبل قبض الدار او بعد ذلك فاراد الشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة فليس له ذلك ۞ ولو ردها بعيب
قبل القبض بقضا او بغير قضا كان كذلك وان ردها بعيب بعد القبض بغير قضا اخذها بالشفعة بهذا الرد
وان كان بقضا فلا شفعة له في الرد ۞ قال وجملة هذا ان الشفيع اذا اسلم الشفعة ثم عاد المبيع الى البايع
على حكم ملكه الاول فلا شفعة له بالعود لانه اسقط شفعته عن ذلك الملك فلا يعود الا بعود سبب اخر ۞
وكل موضع عادت الى البايع بحكم ملك مبتدا كان للشفيع الشفعة كما لو اشتراها والرد بخيار الرؤية والشرط
موجب عوده بالملك الاول ۞ وكذلك الرد بالعيب قبل القبض ۞ فاما الرد بالعيب بعد القبض فيختلف فيه
القضا وغير القضا وهذه فصول قد بيناها في كتاب البيوع ۞ قال ولو اقال المشتري البيع البيع اقاله
بغير عيب قبل القبض وبعده فان للشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة لانها عادت الى البايع على حكم ملك
مبتدا الا ترى انها دخلت في ملكه بقبوله ورضاه فصار ذلك كالشرى ۞

باب

قال الشيخ رضي الله عنه قد بينا الكلام فيما ذكره ابو الحسن رحمه الله في هذا الكتاب وقد اخل بمسايل مشهورة ومسايل
واقعة ونحن نذكرها في هذا الباب وان كانت مختلفة قال اصحابنا رحمهم الله اذا اشترى الرجل دارا بثمن موجل فالشفيع
بالخيار ان شا اخذها بثمن حال وان شا انتظر مضي الاجل فاذا مضى اخذها وليس له ان ياخذها بثمن موجل ۞ وذلك
لان الاجل لا يثبت الا بالشرط ولم يوجد بين المشتري والشفيع شرط اجل فلم يثبت ۞ ولان الاجل مدة ملحقة
بالعقد كالخيار ومعلوم ان المشتري لو شرط الخيار لنفسه ثم اخذها الشفيع لم يثبت له خيار لانه لم يشترط له
كذلك هاهنا واذا لم يثبت الاجل في حقه كان بالخيار ان شا اخذ بثمن حال وان شا انتظر حتى يحل الاجل لان له ان يقول
لا التزم الثمن بزيادة صفة لم يقع عليها البيع ۞ فان اختار اخذها بثمن حال كان الثمن للبايع على المشتري الى اجله
وذلك لان الملك انتقل من المشتري الى الشفيع فكانه باع الدار بثمن حال ۞ وقد روى بشر بن الوليد عن ابي يوسف
في هذه المسئلة ان الشفيع يجب ان يطالب عند علمه بالبيع فان سكت عن الطلب حتى يحل الاجل فذلك تسليم ۞ وقال
ان ابا مالك كان ابو يوسف يقول هذا ثم رجع فقال اذا سكت ثم طلب عند حل الاجل فله الشفعة ۞ وجه رواية
بشر ان الشفعة واجبة بالعقد ولهذا يملك اخذها بثمن حال وانما يتاخر الاخذ لاجل صفة الثمن واذا ترك الاشهاد عند
وجوب الشفعة بطلت ۞ وجه رواية ابن ابي مالك ان الطلب انما يحتاج اليه للاخذ فاذا كان للاخذ لا يتوقف شفعته
فلذلك ترك الطلب ۞ قال اصحابنا اذا مات الشفيع قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته ۞ وقال الشافعي للورثة
اخذ الدار لنا انه خيار ملك لاستحقاق ملك بالثمن فوجب ان لا يورث كخيار القبول في البيع ۞ ولان كل من
لا يستحق الشفعة حال التزام العقد لا يستحق الا بالعقد ابدا كالوارث الخيار ۞ ولان الوارث لم يكن له ملك
عند عقد البيع ولا يثبت له بذلك البيع شفعة كالموهوب له ۞ واذا باع الماذون له دارا والمولى شفيعها فان كان
عليه دين فلا شفعة للمولى لان الملك له والماذون قايم مقامه في البيع فصار كبيع وكيله ۞ وقالوا ان اشترى
الماذون وعليه دين فللمولى الشفعة لانه في كسبه كالاجنبي ۞ وان لم يكن عليه دين فلا شفعة له لان الدار على
ملكه ويملك اخذها من غير شفعة ولا معنى لاخذها بالشفعة ۞ فاما المكاتب فهو فيما يشتري ويبيع مع
المولى كالاجنبي لانه لا يملك ما في يديه ۞ قال في الاصل اذا شهد شاهدان ان البايع والمشتري سلما الشفعة للشفيع
وشهد شاهدان ان الشفيع سلم الشفعة فانه يقضى بالدار للذي هي في يديه المشتري او البايع وهذا كرجلين احتجا
في دار كل واحد منهما يزعم انه اشتراها من الاخر بثمن مسمى ۞ ولم يذكر خلاف محمد في الاصل وهذه المسئلة تشبه
مسئلة التهاتر من وجه وتفارقها من وجه لان في مسئلة التهاتر قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا اقام كل واحد
منهم البينة انه اشترى من الاخر فدخول المشتري مع البايع في العقد اعتراف له بالملك فكانهما اقاما البينة على
اقرار كل واحد منهما وهذا لا يوجد في تسليم الشفيع للمشتري والمشتري للشفيع لان التسليم ليس باقرار
بالملك فثبت الملك لكل واحد منهما في الحال التي يسلم الاخر وهذا مثل مسئلة التهاتر والصحيح مفارقة هذه
المسئلة لعلة تلك المسئلة والوجه فيها انه لما لم يثبت التاريخ حكمنا بتسليمهما معا وتسليم المشتري للشفيع
يلحقه الفسخ وتسليم الشفيع للمشتري لا يلحقه الفسخ الا ترى ان الشفعة بعد التسليم لا تعود ابدا فمتى اجتمع ما
يلحقه الفسخ وما لا يلحقه الفسخ كان ما لا يلحقه الفسخ اولى بالجواز كرجل اقام البينة انه اشترى عبدا من مولاه
واقام العبد البينة ان مولاه اعتقه بينهما ۞ وكان ابو بكر الرازي يقول هذه المسئلة قولهم لا يثبت خلاف

بجوز من غير روايه ويفرق لمحمد بين هذه المسئله وبين مسئله التهاتر لانه يحكم في تلك المسئله بان يهاتر البداع والخارج
ولم يسلم اليه ولا يمكنه اثبات التاريخين بين التسليمين لانه لا دلاله عليه. ويجوز ان يسوي لمحمد بين هذه المسئله وبين تلك
المسئله ويقال انا نحمل الا متعلقا ان المشتري سلم للشفيع ثم سلم الشفيع والشي على حاله فيبطل تسليمه او نحمل الامر
على ان الشفيع سلم اولا ثم سلم له المشتري فيكون ذلك كبيع بتراضيهما. وقالوا اذا ادعى الرجل دارا بيد
المدعى عليه بنكر دعواه ثم صالحه من دعواه على دار وجبت الشفعه في المصالح عليها ولا تجب في المصالح عنها وذلك
المدعى عليه يزعم ان الدار على ملكه لم يملكها بعقد الصلح وانما اسقط عن نفسه الخصومه بما دفع فلا يستحق عليه الشفعه
فاما المدعي فيزعم ان الدار على ملكه وانه اخذ هذه الدار عوضا عنها فيستحق عليه الشفعه باعترافه. قال في
الاصل اذا انكل رجلان للمشتري عن البايع بالدرك ثم شهدا ان المشتري سلم الدار الى الشفيع لم تقبل شهادتهما
لانهما يبعدان عن انفسهما ضمان الدرك. ولو شهدا ان الشفيع سلم الشفعه للمشتري لم تقبل شهادتهما لانهما
ضمنا للمشتري تصحيح المبلغ فصارا كالبايع. ولو شهد البايع بتسليم الشفعه لم يجز لانه ضمن تصحيح الملك للمشتري
قال وان شهد ابنا البايع ان الشفيع سلم فان كان البايع لم يسلم الدار لم تجز شهادتهما لانهما يسقطان الحق عن
ابيهما. فان كان البايع سلم الى المشتري جازت شهادتهما لانه لا منفعه لابيهما فيها. فان قيل لا تقبل
شهاده ابيهما بعد التسليم قيل له لانه كان خصما في الشفعه قبل التسليم ومتى كان خصما في شي لم تقبل شهادته فيه
وان خرج من الخصومه كالوكيل اذا عزل. قال اصحابنا اذا اشترى الذمي من الذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها
ذمي او مسلم فله الشفعه فان كان ذميا اخذها بمثل الخمر وبقيمة الخنزير وان كان مسلما اخذها بقيمة الخمر وقال الشافعي
لا شفعه فيها. فان سلم المشتري للشفيع الشفعه وهما ذميان لم اعترض عليهما وان اسلما وهذا فرع على اصلنا
ان بيعهم في الخمر والخنزير بيع جايز فيجب الشفعه فيه كالبيع بالخل والشاه. فان كان الشفيع ذميا اخذ بمثل الخمر
لانه يصح ضمانه له بمثله. فان كان خنزيرا اخذه بقيمته لانه لا مثل له. وان كان الشفيع مسلما اخذها بقيمة الخمر لان المسلم
لا يجوز ان يضمن تسليم الخمر في ذمته. ويجوز ان يلزمه قيمتها كالحق الذي كان واستهلكها عليه. وعلى الشافعي ان كل بيع يقر
المتعاقدان عليه يجوز ان يجب المستحق فيه الشفعه اصله بيع المسلمين. قال في الاصل اذا باع المريض دارا بالفين تساوي
الفا والف وارثه شفيعها فلا شفعه له عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد للوارث الشفعه لابي حنيفه ان الوارث
لا يخلو اما ان ياخذها بالفين او بالف ... المشتري زياده على الثمن الذي وقع وهذا لا يجوز. وان اخذها الا الف
سلم للمشتري زياده على الثمن الذي وقع وهذا لا يصح. وجه قولهما ان المشتري احق من الوارث فيجوز ان ينتقل الملك
من جهته كما لو كان البايع اجنبيا فيسلم الالف الزايده للمشتري لان المريض حاباه فكانه وهبها له. وان باعها المريض
من اجنبي ذكر في المنتقى فيمن اشترى دارا بالف ثم باعها ... الشفيع بالبيع ... ان المدار جاران احدهما
غايب والاخر حاضر فخاصم الحاضر الى قاض لا يرى شفعه الجوار فابطل شفعته ثم حضر الغايب فخاصم الى قاض يرى شفعه
الجوار قضى له بجميع الدار لان القاضي ابطل شفعه الحاضر فلم يبق الا الغايب فاستحق الجميع. قال ولو كان القاضي الاول
قال ابطلت كل شفعه تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعه الغايب لان هذا قضاء القاضي على غايب. قال محمد اذا بلغ الشفيع
البيع فصلى بعد الجمعه اربعا لم تبطل شفعته وان صلى اكثر بطلت لان الاربعه بعد الجمعه مسنونه واحده سنه فصارت
كالركعتين فاما الزياده عليها فليست بسنه فصارت كالدخول في صلوه اخرى. وقد ذكر محمد في المخيره اذا كانت في صلوه
النفل فاتمت على ركعتين بطل خيارها فينبغي ان يحمل ذلك على النفل المبتدا. فاما النفل الثابت الذي هو سنه
ان يكون اربعا فهو كالفرض. قال ولو اشترى رجل دارا لم يرها فبيعت الى جنبها دار واخذها بالشفعه لم يبطل خياره
ولو كان له فيها خيار شرط بطل خياره والفرق بينهما انه لو قال قبل ان يرى الدار قد ابطلت خياري لم يبطل فاذا
فعل ما يدل على الابطال لم يبطل. ولو قال ابطلت خيار الشرط بطل فاذا تصرف بما يدل على الابطال بطل.
والاخذ بالشفعه يدل على اختياره لتبقيه المبيع على ملكه. وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف في كتاب الشفعه
من الامالي في بيت عليه غرفتان احدهما فوق الاخرى ولكل غرفه طريق في دار اخرى ليس بينهم شركه في طريق
فباع صاحب البيت الاوسط بيته ولم يطلب الشفعه صاحب الطريق فالشفعه لصاحب العلو ولصاحب السفل
جميعا لانهما استويا في الجوار. وان باع صاحب العلو كانت الشفعه لصاحب الاوسط ولا شفعه لصاحب السفل
لانه لا جوار بينهما. قال ابو يوسف لا اكره الحيله في ابطال الشفعه وقال محمد اكره ذلك اشد الكراهه.
لابي يوسف انه يمنع بالحيله من وجوب حق عليه وذلك لا يكره كما لا يكره التزويج ليسقط عن نفسه الحد بالوطي
وكما لا يكره الحيله في اسقاط الربوا. لمحمد ان الله تعالى اوجب الشفعه سببا لدفع الضرر عن الشفيع
وفي ابقاء الحيله تبقيه الضرر فلم يجز. وعلى هذا الخلاف الحيله في اسقاط الزكوه قال ابو يوسف
لا اكرهها وقال محمد اكرهها.

تم كتاب الشفعه والحمد لله وحده وصلواته على محمد النبي واله

تتلوه شرح كتاب الذبائح

كتاب الذبائح

قال الشيخ ايده الله الذبايح محظوره بالعقل لان الاشيا في الاصل على الاباحه عندنا الا ما كان فيه ادخال ضرر على الحيوان
والمحظور بالعقل على ضربين منه ما ينقطع بتحريمه ولا يرد الشرع باباحته كقبح الظلم ومنه ما هو مجوز فيجوز ان يرد الشرع باباحته
واذا كان كذلك لان الضرر اذا كان فيه نفع يوفي عليه حسن بالعقل ولذلك يحسن ان يحجم الاطفال ويداويهم لما يلحقهم في ذلك
الالم من النفع ولا يعلم بالعقل ان البهايم في ذبحها منفعه فلا يجوز ان يقدم عليها فاذا اباح الشرع ذلك كشف لنا
عن المنفعه التي يحصل لها من العوض فيحسن فعلها. ولا يقال ان النبي صلى الله عليه كان ياكل لحم الحيوان قبل ان يبعث
ولو كانت الاباحه بالشرع لم يجز له ذلك لانا لا نعلم انه صلى الله عليه قبل بعثته ذبح وانما اكل اللحم وليس في حظر الذبح ما
يوجب حظر اللحم لانها اذا ذبحت فالاكل لم يحصل منه امر يقبح في العقل. ولو ثبت انه صلى الله عليه ذبح لم يمتنع ان
يفعل ذلك على شريعه من قبله. واذا ثبت اباحه الذبح فالكلام بعد ذلك فيما يحل من الحيوان وما يحرم وجمله ذلك
ان الحيوان على ضربين منه ماله دم سايل ومنه ما لا دم له فالذي لا دم له يحرم اكله الا الجراد وما له دم على ضربين احدهما ما يعيش في
الما والاخر لا يعيش في الما فما يعيش في الما كله محرم الا السمك خاصه. وما يعيش في البر على ضربين مستانس ومستوحش
والمستانس يحل منه الانعام وهي الابل والبقر والغنم والدجاج وما سوى ذلك من المستانس لا يوكل الا الفرس فانه يكره
عند ابي حنيفه وعند ابي يوسف ومحمد لا يكره. واما المستوحش فيحرم منه كل ذي مخلب وناب ويحل ما سواه. ويكره اكل
الحشرات كلها ونحن نبين ذلك فصلا فصلا في موضعه من الكتاب. قال ابو الحسن رحمه الله ذكر ما احل تعالى من ذلك
في كتابه قال الله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تاكلون وذللناها لهم فمنها ركوبهم ومنها ياكلون
وقال ومن الانعام حموله وفرشا كلوا مما رزقكم الله فالحموله الكبار منها والفرش الصغار. والانعام الابل والبقر والغنم
لا اعلم خلافا في ان اسم الانعام واقع على ما سميناه فهذه الايات قد دلت على اباحه اكل الانواع الثلثه وقد دل
عليها الاجماع فاما ما عدا الانعام من البهايم الانسيه فلا يجوز اكله. لا يجوز اكل الخيل والبغال والحمير وهذا
قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الا في لحوم الخيل فانهما قالا لا باس بذلك. اما الحمر الاهليه
والبغال فلا يجوز اكلها وحكي عن بشر المريسي انه قال لا باس باكل الحمار. والدليل على ذلك قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وهذه الايه خرجت مخرج الامتنان ولو جاز اكلها لذكره لان النعمه في الاكل اكثر من النعمه في الركوب
وقد روى ابو حنيفه عن نافع عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه عام غزوه خيبر عن لحوم الحمر الاهليه وعن
متعه النسا. وروى مالك عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن ابيهما عن علي رضوان الله عليه ان
رسول الله صلى الله عليه نهى عن متعه النسا يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسيه. وفي هذا الاسناد ان عليا رضوان الله عليه
قال لابن عباس وهو يفتي الناس في المتعه ان النبي صلى الله عليه نهى عن متعه النسا وعن لحوم الحمر الاهليه زمن خيبر.
وروي ان النبي صلى الله عليه قيل له يوم خيبر اكلت الحمر فامر ابا طلحه فنادى ان رسول الله صلى الله عليه ينهاكم عن لحوم
الحمر فانها رجس. والذي روي ان عايشه سيلت عن لحوم الحمر فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على
طاعم يطعمه الايه فقد احتجت بايه علمه اتفق على تخصيصها فالرجوع الى دليل التخصيص اولى. والذي روي عن
عمرو بن دينار قال قلت لجابر بن زيد انهم يزعمون ان النبي عليه السلم نهى عن لحوم الحمر الاهليه. قال كان الحكم بن
عمرو يقول ذلك بالبصره وابى ذلك الحبر يعني ابن عباس فقد روي عن ابن عباس خلاف ذلك وهو انه احتج
في المنع من اكل الخيل بالايه وهذا يقتضي المنع من اكل الحمر. والذي روي ان رجلا جا الى النبي عليه السلم
فقال فني مالي كله فلم يبق الا الحمر الاهليه فقال عليه السلم كل من سمين مالك فاني انما كنت نهيتكم عن جوال
القريه فيحتمل ان يكون المراد به كل من اثمانها لان النهي لا يتناول الاكل ... يعني اكل ثمنه. ولا يجوز ان يحمل
نهيه يوم خيبر صلى الله عليه عن اكل الحمر لانها لم تخمس لان ما يحتاج اليه الجند للاكل لا يخمس ولا يخرج منه الخمس.
ولا يجوز ان نعلله بالظهر لان النبي عليه السلم امر بان تكفا القدور وذلك لا ينتفع به في الظهر. ولا يجوز لانها
كانت جلاله لانه خص النهي بالحمر الاهليه. وهذا المعنى يوثر في الحمر وغيرها. فاما لحوم الخيل فقال ابو حنيفه
يكره اكلها وقالا لا يكره وبه قال الشافعي. لابي حنيفه الايه وقد بينا وجه الدليل منها. وروى خالد بن
الوليد قال نهى رسول الله صلى الله عليه عن لحوم الخيل والبغال والحمير. وروى المقدام بن معدي كرب ان النبي صلى الله عليه
قال حرام عليكم الحمار الاهلي وخيلها وبغلها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير. ولانه ذو حافر
اهلي كالحمار. ولان نتاجه لا يوكل وهو البغل ... الناتج معتبر بالام في الاشيا ... الحمار الوحشي لو نزى على الاهلي
لم يوكل ولده. واذا كان المعتبر بالام دل تحريم البغل على تحريمها. وجه قولهما ما روي ... قالت
اكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه. وعن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه يوم خيبر عن لحوم الحمر
الاهليه واذن في الخيل. فاما الدليل على اباحه الدجاج اجماع الامه على ذلك. ومن هذا النوع
البط ... التي لا يتوحش هو في حكم الدجاج في الاباحه بالاجماع. قال ابو الحسن
فاما الصيد فذكره الله عز وجل فاباح اصطياده بقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسياره
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فاحل اصطياد ما في البحر عاما للحلال والحرام وصيد البر على المحرم
واحله للحلال بقوله واذا حللتم فاصطادوا فبين احلال الاصطياد والصيد في الموضعين جميعا.

ذكر ما يؤكل منه وما لا يؤكل: وقد جاءت السنة عن رسول الله صلى الله عليه بحظر بعض ذلك ووقع الإجماع على إباحة بعضه
وهذا الذي قاله صحيح لأن الإباحة دلت على إباحة الاصطياد وهو يدل على إباحة الصيد. وقد يباح اصطياد ما لا يؤكل
لينتفع بجلده ووبره وعظمه. فعلم بذلك أن الآية لا تدل على إباحة الأكل. قال: والظباء وبقر الوحش وحمر الوحش
والسمور والإبل حلال لا اختلاف في ذلك بين المسلمين. وقد دل على إباحة الحمر الوحشية أن النبي صلى الله عليه
لما سئل يوم خيبر عن لحوم الحمر قال الأهلية فقيد لفظ النهي وهذا يدل على اختلاف الوحشية والأهلية وإذا كان الحمار
الوحشي مباحا وإن كان نظيره من الأهلي محرما كانت الظباء والبقر التي نظيرها من الأهلي مباحة أولى بالإباحة.
قال: وحرم رسول الله صلى الله عليه كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير والخبر عن رسول الله صلى الله عليه في ذلك مشهور
وقد ذكره أبو الحسن رحمه الله بعد هذا عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه نهى عن كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير.
وروت أم حبيبة رضي الله عنها ... عن أبيها عن النبي صلى الله عليه نهى عن كل ذي ناب من السباع وعن كل ذي مخلب من الطير.
وعن المجثمة وأن توطأ الحبالى حتى يضعن ما في بطونهن. وروى محمد بن زيد الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه لعن يوم خيبر
عشرة وحرم خمسا: لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده والواشمة والموشومة والواصلة والموصولة
ومانع الصدقة وحرم الخلسة والنهبة والمجثمة والحمار الأهلي وكل ذي ناب من السباع حرام. قال أبو الحسن رحمه الله
وذو الناب من السباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري والأهلي
فهذا محرم بما جاء عن رسول الله صلى الله عليه من نهيه عن كل ذي ناب من السباع وهذه الجملة لا خلاف فيها إلا في الضبع
فإن الشافعي قال إنه مباح وقد دل على تحريمه الخبر. ولأنه سبع ذو ناب كالكلب. والحشرات
ولأنه سبع يتناول الجيف كسائر السباع والثعلب حرام أيضا بهذا الخبر لأنه سبع ذو ناب من السباع كالذئب
فأما المجثمة التي ذكرها صلى الله عليه في الخبر فقد رويت بالفتح والكسر فالمجثمة بالفتح كل صيد حبس عليه بالنبل حتى مات
والمجثمة كل شيء عادته أن يجثم على الصيد مثل الكلب والذئب. وقد روي عن النبي صلى الله عليه أنه نهى عن الخطفة
وعما يختطف في الهواء مثل البازي والحدأة ولحومها ونهى عن النهبة وهو ما ينتهب على الأرض مثل الذئب
ولحمه. قال أبو الحسن وكره أصحابنا مع ذلك من الصيد لحم الفيل لأنه من ذوات الناب كسائر السباع. وكرهوا
الدب والقرد لأنهما من جملة الممسوخ وذلك محرم بما روي أنه صلى الله عليه سئل عن الضب فقال إن أمة مسخت
في الأرض فإني أخاف أن يكون منها فدل على تحريم الممسوخ. قال ويكره أكل الضب وقال الشافعي لا
يكره. لنا ما روي عن عائشة أن النبي عليه السلام أهدي إليه لحم ضب فامتنع أن يأكله فجاءت سائلة فأرادت
عائشة أن تطعمها إياه فقال لها أتطعمين ما لا تأكلين. ولا يجوز أن يحمل امتناعه على أن نفسه عافته لأنه
لو كان كذلك لما منع من التصدق به لأنه لما امتنع من أكل شاة الأنصاري أمر بالتصدق بها. وروي عن عبد الرحمن
بن حسنة قال كنا في بعض المغازي فأصابتنا مجاعة فنزلنا بأرض كثيرة الضباب فنصبنا القدور وكانت القدور لتغلي
إذ جاء النبي صلى الله عليه فقال ما هذا فقلنا الضباب يا رسول الله فقال إن أمة مسخت فأخاف أن تكون هذه منها وأمر بكفء القدور.
ولأنه من حشرات الأرض والذي روي عن ابن عمر أنه صلى الله عليه قال له لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه فلا
آكله ولا أحرمه. وروى ابن عباس قال أكل على مائدة رسول الله صلى الله عليه فهذا يفيد الإباحة وما ذكرناه يفيد الحظر
فهو أولى. قال وكذلك اليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا أكل جميع الهوام مما يكون سكناه في الأرض
والجرذ والفأر والأوزاغ وسام أبرص والعظاية والقنافذ والدود والحيات وجميع هوام الأرض.
قال بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال أبو حنيفة أكره أكل الهوام كلها. وقال أبو يوسف مثل ذلك ولا أعلم
بين أصحابنا في ذلك خلافا وذلك لأن الهوام مستخبثة وقال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. ولأنها تتناول
النجاسات في الغالب وذلك من أسباب الكراهة. قال وكل ما لا دم له فهو مكروه عندهم أكله إلا الجراد
وكرهوا الدبس كله والزنبور والذباب وسائر ما لا دم له وذلك لأن هذا كله مستخبث فيدخل في قوله تعالى ويحرم
عليهم الخبائث. وأما الجراد فقد دلت على إباحته السنة وهو قوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان فالميتتان السمك
والجراد والكبد والطحال. وأجمعت الأمة على إباحته. وكرهوا ذا المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر
والعقاب والشاهين. وكرهوا أكل الرخم والبغاث وما أكل الجيف من الطير مثل الغراب الأبقع والأسود
الذي يأكل الجيف وقد دل على تحريم ذلك نهيه عليه السلام عن كل ذي مخلب من الطير. فأما الغراب الزرعي
الجيف فيكره ولا بأس بما يأكل الحب وهو الذي يشبه الزاغ. قال أبو يوسف فإن كان يعرف أنه يخلط فيأكل
الجيف ويأكل الزرع فإنه لا يؤكل. قال أبو يوسف وأما الذي رخص في أكله فإن له خلقة وهيئة
مخالفا للغراب في صغره وأنه يدخر في المنازل ويألف كما يألف الحمام ويطير ويرجع. وروى بشر بن الوليد
عن أبي يوسف قال سألت أبا حنيفة عن أكل الغراب فرخص في غراب الزرع وكره الغراب الأسود
وسألته عن الأبقع فكره ذلك لأنه يأكل الميتة. قال والأصل في تحريم الغداف والغراب الأبقع ما
روى هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال ومن يأكله بعد ما سماه رسول الله فاسقا يعني قوله
خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم. ولأن غالب أكلها الجيف. قال أبو يوسف وسألت أبا حنيفة
عن العقعق فقال لا بأس به فقلت إنه يأكل الجيف فقال إنه يخلط شيئا آخر فحصل من قول أبي حنيفة أن ما خلط
لا يكره.

أكله بمنزلة الدجاج وقال أبو يوسف يكره لأن غالب أكله الجيف. قال ولم يروا بأسا بأكل الأرنب قال عمار
كنا عند رسول الله صلى الله عليه فأهدى له أعرابي أرنبة مشوية فقال لأصحابه كلوا وذكر حديثا طويلا. وعن محمد بن
صفوان أو صفوان بن محمد قال أصبت أرنبين فذبحتهما بمروة وسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه فأمرني بأكلهما
قال أبو يوسف فأما الوبر فلا أحفظ عن أبي حنيفة فيه شيئا وهو عندي مثل الأرنب وهو يعتلف البقول والنبات
وذلك لأن الأشياء على الإباحة إلا ما قام دليل حظره. قال أبو يوسف والسنجاب والفنك والسمور والدلق
كل شيء من هذا سبع مثل الثعلب ومثل ابن عرس لا يؤكل لحمه وذلك لأنه من ذوات الناب فيدخل في عموم
الخبر. قال وكره أصحابنا كل ما كان في البحر إلا السمك خاصة فإنه حلال أكله إلا ما طفا منه فإنهم كرهوه
فالدلالة على إباحة السمك قوله صلى الله عليه أحلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد وقال الشافعي لا
بأس بأكل الضفدع. ولنا قوله تعالى أو لحم خنزير فإنه رجس وهذا عام في خنزير البر والبحر. وروي
أنه سئل عن الضفدع يجعل في الدواء فنهى عن قتل الضفادع. وروي أنه قال خبيثة من الخبائث. ولأن
الحيوان المتوحش في أصل خلقته في البر والبحر فإذا كان ما يسكن البر فيه ما هو مباح وفيه ما هو محظور
فما يسكن البحر مثله هذا إن لم يسلموا الضفدع وإن سلموه قسنا عليه بقية الحيوان بعلة أنه من حيوان
البحر غير السمك فكان مثلها كالضفدع. وأما الطافي فعندنا أن ما مات من السمك بسبب حادث
أكل وما مات حتف أنفه لم يؤكل. وقال الشافعي يؤكل في الوجهين جميعا لنا ما روى محمد بن المنكدر عن جابر
بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه نهى عن أكل الطافي. وعن علي رضوان الله عليه أنه قال لا تبيعوا في أسواقنا الطافي
وعن ابن عباس أنه قال ما جزر عنه فكله وما وجدته يطفو على الماء فلا تأكل. ولأنه حيوان له دم سائل فإذا
مات حتف أنفه لا يؤكل كحيوان البر. فإن مات من الحر أو البرد أو كدر الماء ففيه روايتان إحداهما أنه يؤكل
لأنه مات بسبب حادث فهو كما لو ألقاه الماء على اليبس. والرواية الأخرى لا يؤكل لأن الحر والبرد صفة
الزمان وليس من حوادث الموت في الغالب. وقد قالوا في سمكة ابتلعت سمكة أنها تؤكل لأنها ماتت
بسبب حادث. وروى هشام عن محمد في السمكة إذا كان بعضها في الماء وبعضها على الأرض إن كان رأسها
على الأرض أكلت لأنه موضع نفسها فإذا كان خارجا من الماء فالظاهر أنها ماتت بسبب. وإن كان رأسها
أو أكثرها في الماء لم تؤكل لأنه موضع لحياتها فالظاهر أنها ماتت بغير سبب. قال وأصناف السمك
كله عندهم حلال الجريث منه والمارماهي وسائر أصنافه لا بأس بذلك كله عندهم وذلك لقوله عليه السلام
أحلت لنا ميتتان وذكر السمك وهو عام في كل أنواعه. وقد روي عن علي وابن عباس إباحة الجريث
ولا نعرف عن غيرهما خلافه. قال واختلف الناس في جنين الناقة إذا خرج بعد ذبحها ميتا فأجاز
بعض أكله ومنع منه بعض وكان ممن حظره من أصحابنا وحرمه أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد وقال
أبو يوسف ومحمد لا بأس بأكله إذا تم خلقه. وأما إذا لم يتم خلقه فإنه لا يؤكل. لأبي حنيفة أنه حيوان له دم
سائل فإذا مات من غير جرح يحل فيه أو من جنس الحيوان الذي فيه الذكاة فإذا مات من غير عقر فيه لم يؤكل
كالمتردي في البئر. ولأن ذكاة حيوان لا يكون ذكاة لغيره كالشاتين إذا وقعتا في بئر أحدهما فوق الأخرى
ولأنه يحتمل أن يكون مات بسبب الذبح ويحتمل أن يكون مات قبل ذلك فلا يحل أكله بالشك. ووجه
قولهما قوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه. ولأن الحيوان في حكم جزء من أجزاء الأم بدلالة أنها تدخل
في بيعها وتعتق بعتقها وتصير مذكاة بذكاتها كسائر أجزائها. الجواب أما الخبر فقد روي
ذكاة بالنصب ومعناه كذكاة أمه فنصب لنزع الخافض كقوله تعالى ينظرون إليك نظر المغشي عليه من
الموت فهذا يدل على تشابههما في الذكاة. وقد روي بالرفع ومعناه التشبيه أيضا قال الله تعالى وجنة
عرضها السموات والأرض فيقتضي الحيوان الجنين يذكى كما تذكى الأم. فأما اعتباره بالأجزاء فهو
مفارق للأجزاء من وجه بدلالة أنه يتصور حياته بعد حياتها وينفرد عنها بالعتق فلم يكن ما ذكروه بشبه الأجزاء
أولى من الشبه بغيرها. وإنما شرطا أن يكون كامل الخلقة لأنه إذا لم يكمل خلقه فهو كالمضغة والدم
فلا يحل أكله. وذكر أبو الحسن بعد هذا حديث أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه قال له رجل يوم
خيبر أكلت الحمر أو أفنيت الحمر فقال إن الله عز وجل ينهاكم عن لحوم الحمر فإنها رجس. وروي عن رسول الله
صلى الله عليه النهي عن لحوم الإبل الجلالة وعن أكل المجثمة وهي التي ترمى حتى تموت. أما الجلالة
فهي التي الأغلب من أكلها النجاسة فنهى رسول الله صلى الله عليه عن أكلها لأنها تستقذر كالطعام
المنتن. وروي أنه نهى عن الجلالة أن تشرب ألبانها لأن لحمها إذا تغير تغير لبنها. ونهى أن يحج
عليها وأن يعتمر عليها وأن يغزى عليها وينتفع بها فيما سوى ذلك. وهذا محمول عندنا على أنها تنتن
في نفسها فيمنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس من ريحها. وأما الدجاج فإنما لا يكره أكله وإن تناولت
النجاسة لأنه لا يغلب عليه أكلها وإنما تخلطها بغيرها. وقد قيل إنها لم يمنع منها لأنها لا تنتن
كما تنتن الإبل والحكم يتعلق بهذا المعنى. وقد قال أصحابنا في جدي ارتضع بلبن خنزيرة حتى يكبر
أنه لا يكره أكله لأن لحمه لا يتغير بذلك فدل على أن المانع في الجلالة إنما هو التغير ونحن

ولهذا قالوا إذا اختلطت لم يكره لأنها لا تنتن. قال أبو يوسف عن أبي حنيفة تحبس الجلالة ثلاثة أيام، والجلالة التي تأكل العذرة، وإذا خلطت فليست بجلالة. وكذلك قال أبو يوسف. قال هشام قلت لأبي يوسف الدجاجة هل تحبس إذا أراد ذبحها؟ قال لا لأنها تخلط. وقال ابن رستم عن محمد في البقرة الجلالة والشاة والبعير الجلال إنما يكون جلالا إذا أنتن وتغير ووجدت منه ريح منتنة فهي الجلالة حينئذ لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها وبيعها وهبتها جائزة. وكان أبو حنيفة لا يوقت في حبسها ويقول تحبس حتى تطيب، وهو قوله أيضا. قالوا وأما الدجاجة فإنها لا تكون جلالة لأنها لا تتغير ولا تنتن، وإنما قلنا إن الجلالة إذا حبست زالت الكراهة لأن البعير يزول نجسها (?) ألا ترى أنه يذهب ما فيه من النجس (?)، فإذا زال المعنى الموجب للكراهة زال الحكم، ولم يوقت أبو حنيفة في رواية محمد لأن ذلك إذا توقف على زوال النتن وجب اعتبار ذلك دون غيره. ووقته في رواية أبي يوسف بثلاثة أيام على الغالب من حالها. وقد روي أن النبي عليه السلم كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله، وهذا عندنا على طريق التنزه فيجوز أن يكون ذهب في هذه الرواية إلى هذا الخبر.

باب صفة الذكاة

قال أبو الحسن رحمه الله ما أباحه الله تعالى من الأنعام وغيرها من الصيد فإنما أباحه مذكى مذكورا اسم الله تعالى عليه. قال الشيخ رضي الله عنه وجملة هذا أن الحيوان المباح وطريقه الذكاة على ضربين مقدور على ذبحه وغير مقدور، فما كان مقدورا فذكاته في محل مخصوص سواء كان من جنس الوحش أو الأنعام، وما لم يكن مقدورا فذكاته العقر في أي مكان حصل منه، وسواء كان من الوحش أو من الأنعام. والأصل في تعلق الإباحة بالذكاة قوله تعالى إلا ما ذكيتم فشرط في الإباحة الذكاة. وأما اعتبار التسمية فلأن الذكاة في الشرع وردت مشروطة بالتسمية، قال الله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه. قال وموضع الذكاة في اللبة وما فوق ذلك إلى اللحيين. قال محمد في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله أسفل الحلق وأوسطه وأعلاه، وذلك لقوله عليه السلم الذكاة في الحلق واللبة. وروي عن النبي صلى الله عليه أنه قال الذكاة ما بين اللبة واللحيين، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب. ولأن المقصود من الذبح قطع العروق المشروطة وهذا موجود في جميع الحلق. قال والذكاة فري الأوداج والأوداج أربعة الحلقوم والمري والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمري، فإذا أفرى ذلك أجمع فقد أكمل الذكاة المأمور بها على تمامها وسننها. فإن قصر عن ذلك ففرى من هذه الأربعة ثلاثة فإن بشر بن الوليد روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال إذا قطع أكثر الأوداج أكل، وإن قطع مثلها (?) أكل، ومن أبي حنيفة (?) كان على أي وجه كان. وكذلك قال أبو يوسف ثم قال أبو يوسف بعد ذلك لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمري وأحد العرقين، وذلك كله سواء في الإبل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة. وكذلك الناقة ينحرها الرجل فهي كذلك في القولين جميعا. وقد كان أبو الحسن يحمل قول أبي حنيفة في الأكثر على الأكثر من كل واحد من العروق الأربع، وظاهر ما ذكره من الرواية بخلاف ذلك. وذكر أبو الليث عن محمد أنه اعتبر الأكثر من كل واحد من الأربعة. وقال الشافعي يعتبر قطع الحلقوم والمري دون العرقين. لأبي حنيفة على ظاهر الرواية أنه قطع الأكثر من العروق الأربعة فصار كما لو قطع الحلقوم والمري وأحد الودجين، ولأن الأكثر في الأصول يقوم مقام الجميع. فأما الكلام على الشافعي فلأنه إذا لم يقطع أحد الودجين بقي الحيوان أكثر (?) فصار كما لو لم يقطع الحلقوم والمري. وجه ما ذكره أبو الحسن أنه إذا قطع الأكثر من كل واحد فقد حصل المقصود بالذبح ألا ترى أنه يخرج منه ما يخرج إذا قطع جميعه، ولأن اليسير لا يجري منه ألا ترى أن الذابح قد يسبق السكين العروق ولا يعتبر بذلك لأنه في حكم اليسير. وجه قولهما أن كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد بالآخر لأن الحلقوم مجرى النفس والمري مجرى الطعام والودجين مجرى الدم، فإذا قطع أحد الودجين حصل بقطعه المقصود منهما، وإذا ترك الحلقوم والمري لم يحصل بقطع ما سواه المقصود منه فلذلك اختلفا. قال أبو حنيفة السنة في الإبل النحر وفي غيرها الذبح، والأصل في ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في التفسير وانحر البدن. وقال تعالى إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال في الغنم وفديناه بذبح عظيم فدل على أن الإبل تنحر والبقر والغنم تذبح. ولأن النبي صلى الله عليه نحر الإبل وذبح البقر والغنم. ولأن المعتبر في الذكاة الأسهل على الحيوان بدلالة ما روى أبو الأشعث الصنعاني أن النبي عليه السلم قال إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته. والأسهل في الإبل النحر لأن اللبة منها ليس عليها لحم وما سواه من حلقها عليه لحم كثيف. وأما البقر والغنم فجميع حلقها على وجه واحد فلذلك تذبح. فإن قيل روى جابر قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة.

قيل له إن العرب قد تضمر الفعل في الكلام إذا كان في اللفظ دليل عليه، ألا ترى إلى قول الشاعر علفتها تبنا وماء باردا، معناه نحرنا البدن وذبحنا البقر فأضمر الفعل. وقال أبو حنيفة إن ذبح ما ينحر أجزأه ذلك والنحر أحب إلي، وكذلك قال أبو يوسف. وقال لا إن نحر شاة أجزأه والذبح أحب إلي. وقال محمد في الجامع الصغير لا بأس بأكل الجزور إذا ذبح ذبحا والبقر فإن نحرت الشاة أو البقرة ولم يذبح فلا بأس بأكلها ولا أحب أن يفعل هذا. وقال مالك إذا ذبح البدن لم يحل. لنا قوله صلى الله عليه أنهر الدم بما شئت، وقال ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل. ولأنه قطع العروق المشروطة فقطعها فكأنه قطعها على الوجه المأمور به. وقال أبو حنيفة إن ضرب عنق جزور بسيف فأبانها وسمى فإن كان ضربها من قبل الحلقوم فإنه يؤكل وقد أساء، وإن كان ضربها من قبل القفا فإن كان يقطع الحلقوم والأوداج قبل أن يموت أكل وقد أساء. وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة، وذلك لأنه إذا ضربها من قبل الحلقوم فقد قطع العروق المشروط فيها الذكاة وزاد في ألمها زيادة لا يحتاج إليها في الذكاة فيكره ذلك ولا يمنع الأكل كما لو جرحها. وأما إذا ضربها من القفا فإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لأنها ماتت قبل الذكاة، وإن قطع العروق قبل موتها فقد فعل المشروط إلا أنه زاد في ألمها وذلك مكروه. قال أبو حنيفة إن قطع رأس الشاة في الذكاة أكل وإن تعمد ذلك وقد أساء، وكذلك قال أبو يوسف وهذا ما بينا. قال وكل ذكاة أجزت وأكل المذبوح بها مما ليس الذكاة التامة التي ذكرت لك في أول الباب فإن ذلك مكروه أن تتعمد الذكي (?) إن زاد عليه أو نقص منه، وذلك لأن الزيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة فصار كتعذيبها، ولهذا قالوا إذا ذبحها كره له أن يكسر عنقها قبل أن تموت وكذلك يكره سلخها قبل أن تبرد لما في ذلك من زيادة الألم. وأما النقصان الذي ذكره فإنما أراد أن يتعمد ترك شيء من العروق لأن الذكاة التامة ما استوفي فيها قطع العروق فيكره ترك بعضها.

باب التسمية على الذبيحة

قال أبو الحسن رحمه الله التسمية على الذبيحة عندنا فرض لا تصح الذكاة مع تعمد تركها، فإن تركت على وجه النسيان صحت الذكاة. وقال الشافعي إذا ترك التسمية عمدا جاز الأكل. وقال مالك إذا تركها ناسيا لم تؤكل. أما إذا تركها عمدا فلقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق. ولأن الذكاة وردت في الشرع مشروطة في التسمية بدلالة قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه. وقال صلى الله عليه لعدي بن حاتم إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل وإن شاركه كلب آخر فلا تأكل إنما سميت على كلبك. ولأن ذبح الهدايا قربة شرع في ابتدائها ذكر الله تعالى على وجه المخالفة للمشركين فكان ذلك شرطا كتكبيرة الصلاة. ولأن المسلمين أشكل (?) عليهم جواز الأكل عند ترك التسمية ناسيا فسألوا النبي صلى الله عليه عن ذلك فلو كان الترك بكل حال لا يمنع من الأكل لبين لهم ذلك في الجواب ولم يفصل (?) بين الأحوال. وأما الكلام على مالك فلما روي عن النبي عليه السلم أنه سئل عمن نسي التسمية على الذبيحة فقال صلى الله عليه اسم الله على لسان كل مسلم. ولأن الناسي غير مخاطب بما نسيه فلم يتوجه فرضها عليه عند الذبح فلذلك جاز الأكل، وليس هذا كنسيان تكبيرة الصلاة لأنه لا مدخل في الصلاة إلا بها (?)، وليس كذلك التسمية بدلالة أنها تجب ابتداء وبقاء، فلذلك جاز أن يستوي فيها النسيان والعمد. وليس نسيان التسمية كنسيان بعض العروق لأن التسمية وضعت لمخالفة الكفار والذبح وضع لإراقة الدم، ويختلف حكم نفس الشيء وأركانه وما جعل شرطا فيه. قال وكذلك الكتابي إذا ترك التسمية عامدا لم تؤكل ذبيحته وإن كان ناسيا أكلت، لأن المسلم إذا لم يجز أكل ذبيحته مع تعمد ترك التسمية فلأن لا يجوز ذلك في الكتابي أولى. قال بشر عن أبي يوسف من حضر ذبيحة الذمي فإن ترك التسمية لم تؤكل وإن كان غاب عن ذلك أكل لأنه إذا غاب عنه فالظاهر أنه لا يترك التسمية فوجب حسن الظن به كالمسلم. وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة فقال لا يؤكل ذبيحة الكتابي إذا تعمد ترك التسمية. والتسمية مع الجرح الواحد وذلك لأن الجرح هو الذبح والتسمية من شرائط الذبح. قال بشر عن أبي يوسف لو أن رجلا أضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية الأولى لم يجز ذلك ولا يؤكل هذا فقد ترك التسمية. ولو رمى صيدا وسمى فأخطأه وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله لأن التسمية في الرمي على إرسال السهم والنشابة وليس على الإصابة تسمية، لو كانت التسمية على الإصابة لم يجزه تسمية الإرسال. وكان إذا أراد أن يرمي الصيد سمى إذا وقعت النشابة، وكذلك إذا أرسل كلبا فإنما التسمية على الإرسال ليس على أخذه ولا بأس بأكله. وإن أخذ غير الذي أرسله عليه فالتسمية على الذبيحة على الجرح نفسه ليس على أخذ السكين. وإذا تركت التسمية عمدا على الجرح لم يؤكل، وهذا فرق صحيح لأن ذبح المقدور ممكن فيه من التسمية عند الجرح فلا معنى لتقدمها. وأما غير المقدور فلا يتمكن من التسمية عند الإصابة وعند أخذ الجارحة فاعتبرت التسمية عند الرمي وعند الإرسال الذي هو من فعل المكلف وصار ذلك الفعل منه كالجرح في المقدور، وعلى هذا التعيين لأنه يقدر أن يسمي على ذبيحته بعينها فلزمه تعيين

لاجل ذبحه ولا يقف على تعيين التسمية في الصيد لان الكلب قد يرسل على صيد فياخذ غيره فلذلك سقط التعيين في الصيد ووجب في المقدور عليه. قال ولو ان رجلا ذبح شاة وسمى ثم ذبح اخرى فظن ان التسمية الاولى تجزي عنها لم تؤكل. ولا يعتبر ان يحدث للذبح بعينه تسمية. ولو رمى بسهم فقتل به من الصيد اثنين فلا باس بذلك. وكذلك كلب ارسله وسمى فقتل من الصيد اثنين فلا باس بذلك وذلك لان الفعل عند كل ذبيحة فلذلك يجب تجديد التسمية. فاما الرمي والارسال فهو فعل واحد وان كان يتعدى الى مفعولين فاجزت فيه تسمية واحدة وصار تعيين الصيد من الذبح ان يضجع شاتين ويمر السكين عليهما معا فيجزي في ذلك تسمية واحدة. فان قيل ظنه ان التسمية على الشاة الاولى تجزي عن الثانية عذر كنسيان التسمية قيل حكم الجاهل مفارق لحكم النسيان بدلالة ان من جهل ان الاكل يفطر الصائم فاكل بطل صومه ولو نسي صومه فاكل لم يبطل.

قال ولو نظر الى جماعة من الصيد فرمى وسمى وتعمدها ولم يتعمد واحدا بعينه فاصاب منها صيدا فقتله فلا باس باكله وكذلك الكلب والبازي والفهد. ولو ان رجلا نظر الى غنم فقال بسم الله ثم اخذ واحدة فاضجعها وترك التسمية فظن ان تلك التسمية تجزيه فلا يؤكل من قبل انه لم يسم على الجر وليست التسمية على النظر وانما التسمية على الذبح نفسه وذلك لان تعيين الذبيحة بالتسمية غير متعذر فكان شرطا وتعيين الصيد بالارسال متعذر فلم يكن ذلك شرطا. ولان الذي يملكه من الفعل في الارسال انما هو الارسال والرمي فاعتبرت التسمية عندها وفي المقدور يملك الذبح والجرح فاعتبرت التسمية على ذلك.

قال ولو ان رجلا ارسل كلبا وترك التسمية متعمدا فلما مضى الكلب تبع الصيد سمى وزجره فاخذ الصيد فقتله لم يؤكل انزجر او لم ينزجر لا يؤكل في واحد من الوجهين لان ابتداء الارسال كان بغير تسمية فلا تصلحه التسمية بعده. ولو ان الكلب اتبع الصيد من غير ان يرسله مرسل فزجره وسمى فان انزجر فاخذ الصيد فقتله فكل وان لم ينزجر لم يؤكل وذلك لانه لما ارسل الكلب ولم يسم فقد تعلق بالارسال حكم الحظر وهو فعل اجري مجرى الذبح فاذا زجره بعد ذلك فانزجر صار كالذبح بغير تسمية اذا اعاد امرار السكين فيه وسمى. وعلى هذا اذا ارسل المجوسي كلبا فزجره مسلم فانزجر. واما اذا لم يرسل الكلب بنفسه فلم يوجد فعل يتعلق به حكم الا ترى ان فعل الكلب لا يوصف بالحظر والاباحة وانما لا يؤكل ما قتله الكلب من غير ارسال لان فعله غير معتد به فكان كالحيوان اذا خنق نفسه. واذا لم يوجد فعل يتعلق الحكم به حتى زجره مسلم وسمى وانزجر تعلق الحكم بالزجر لما لم يتقدمه ما يتعلق به حكم وصار ذلك كابتداء الارسال منه. وليس كذلك اذا لم ينزجر لان فعل الادمي لم يؤثر فيه فصار كانه لم يزجره.

قال ابو يوسف ولو ان رجلا ارسل كلبا على صيد وسمى فاخذه فشق بطنه واخرج ما فيه ولم ياكل فادركه الرجل وبه رمق فليس عليه ان يذبحه هذا قد ذكاه الكلب وفرغ منه. وكذلك لو جرحه بسهم او اخرج ما في بطنه فهذا بمنزلة الذبيحة ولا يذكى. وذلك لانه اذا بلغ الى هذه الحالة لم يبق فيه حياة مستقرة فلم يعتد بها وصار كالمذبوح اذا اضطرب وكان اصحابنا يقولون هذا الجواب على اصل ابي يوسف فاما على قول ابي حنيفة فيجب ان يذبحه بكل حال فان لم يذبحه لم يؤكل لان الحيوة التي ليست بمستقرة عنده في باب الذكوة كالمستقرة الا ترى انه قال في المتردية اذا ذبحت وفيها رمق اكلت. وقال ابو يوسف ان كانت تبقى اكثر من نصف يوم اكلت والا لم تؤكل. وقال محمد ان كانت تبقى قدر اضطراب المذبوح لم تؤكل وان بقيت اكثر من ذلك اكلت قالوا فهذه المسألة يجب ان تكون على ذلك الاصل فمن جعلها كالميتة لم يوجب ذكاتها ومن جعلها كالحية اوجب ذكاتها.

قال وكل شاة ذبحت فاضطربت فوقعت من فوق فماتت او وقعت في ماء فلا باس باكلها وذلك لان الذبح ذكاة مستقرة غير موقوفة على شرط مستقبل لا يعتد بما يحصل بعد ذلك من الوقوع والغرق وليس هذا كالصيد اذا رماه بسهم فوقع في ماء او على جبل لان جرح السهم ليس بذكاة مستقرة بدلالة انه لو ادركه وجب ذبحه فاذا حصل سبب من اسباب التلف يجوز ان يكون الموت منه حرم اكله. وقال علي بن الجعد عن ابي يوسف اذا ذبح الرجل الشاة وسمى وفرى الاوداج وانهر الدم واستقبل القبلة او لم يستقبلها فلا باس باكلها وهذه ذبيحة غير انه قد اساء في تركه استقبال القبلة وذلك حسن لما روي عن علي رضوان الله عليه انه كان اذا ذبح استقبل القبلة وعن ابن عمر انه كان يستحب ان يوجه بالذبيحة الى القبلة. وعن الشعبي قال كانوا يستحبون ان يستقبلوا بالذبيحة الى القبلة. ولان المشركين كانوا يستقبلون بذبائحهم الاوثان فاستحبت مخالفتهم. واستقبال جهة القبلة التي هي جهة الرغبة الى الله تعالى. واما جواز الاكل اذا ترك ذلك فلقوله عليه السلام انهر الدم بما شئت وقوله ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل. قال وان ترك التسمية لم تؤكل وان تركها ناسيا اكل وهذا قد بيناه وقد اختلفت الصحابة في النسيان وقال ابن عمر لا يؤكل والخلاف في النسيان يدل على اتفاقهم في العمد وليس حكم التسمية عندهم كاستقبال القبلة لان التسمية مقصودة في الذكاة منصوص عليها والاستقبال غير منصوص عليه فكان حكم التسمية اقوى. قال ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا حززت فلا تقل اللهم تقبل عن فلان جرد التسمية مع الحز فاذا فرغت فادع بالتقبل وروى ابو يوسف ذلك عن ابي حنيفة عن حماد

عن ابراهيم وكذلك قال ابو يوسف ادع بالتقبل قبل الذبح ان شئت او بعده وذلك لقوله تعالى فلا تدع مع الله احدا وروي عن ابن مسعود قال جردوا التسمية. ولان المشركين كانوا يذكرون مع اسم الله غيره فالواجب مخالفتهم والذي روي ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين احدهما عن نفسه والاخر عن امته فيجوز ان يكون قال ذلك قبل الذبح او بعده.

قال بشر عن ابي يوسف لو ان رجلا سمى على الذبيحة او الرمية بالفارسية وهو يحسن العربية او لا يحسنها اجزاه ذلك عن التسمية لقوله تعالى واذكروا اسم الله عليه ولم يفصل وهذا ظاهر قول ابي حنيفة في اعتبار المعنى في التكبير فاستوى العربية والعجمية فيه. واما على قولهما فلا يجوز التكبير بالفارسية لمن يحسن العربية ويجوز التسمية لان حكم التسمية اضعف ولذلك يختلف في النسيان والعمد ويستويان في التكبير. وقال الحسن عن ابي حنيفة لو ان رجلا ذبح شاة فقال اللهم اغفر لي او فعل ذلك في رميه صيدا وارساله كلبا على صيد فلا يكون هذا بمنزلة التسمية ولا يؤكل من ذلك لان المقصود ذكر اسم الله تعالى على طريق التعظيم والدعا لا يقصد به التعظيم المحض فلا يكون تسمية. وقال بشر وعلي عن ابي يوسف اذا رمى صيدا فذكر الله عند الرمية بتهليل او تكبير او تسبيح او تحميد فهو مثل التسمية هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف. قال والتهليل والتحميد والتكبير والتسبيح بمنزلة التسمية الجاهل بالسنة والعالم بها. وذلك لان المامور به ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم وهذا موجود في جميع هذه الالفاظ وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة ومحمد في تكبير الصلوة واما على قول ابي يوسف فلا يجوز الدخول في الصلوة الا بالتكبير لقوله صلى الله عليه في حديث الاعرابي ثم كبر وقال في الذكاة اذا ارسلت وذكرت اسم الله فكل.

قال في الاصل ارايت الرجل يذبح شاتين او الثلثة فسمى على الاولى منها ويدع التسمية على غير ذلك عمدا قال تؤكل الشاة التي سمى عليها ولا يؤكل ما سوى ذلك وقد بينا هذه المسألة. قلت رجلا اضجع ليذبحها وسمى عليها فكلمه انسان او استسقى ماء فشرب او احد السكين قليلا ولم يكبر على تلك التسمية هل يؤكل قال نعم لا باس به. قال ارايت ان تحدث او طال الحديث واخذ في عمل سوى ذلك ثم ذبح هل يؤكل قال لا. وعن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه من الشاة الذكر والانثيين والغدد والمرارة والمثانة والدم قال ابو حنيفة الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناول النص الدم قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. وروي ان ابن عمر سئل عن القنفذ فتلى قوله قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه. قال شيخ عنده سمعت ابا هريرة يقول ذكر القنفذ عند النبي صلى الله عليه فقال خبيثة من الخبائث فقال ابن عمر ان كان رسول الله صلى الله عليه قاله فهو كما قال.

باب ما يذكى به

قال ايده الله اصل هذا الباب ان الالة على ضربين الة تقطع والة تفسخ والالة التي تقطع على ضربين حادة وكليلة فالحادة يجوز الذبح بها حديدا كانت او غير حديد ولا يكره والكليلة يكره الذبح بها حديدا كانت او غير حديد. والاصل في جواز الذبح بغير الحديد ما روى عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله ارايت احدنا اصاب صيدا وليس معه سكين ايذكي بمروة او بشقة العصا قال انهر الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى. وروي ان جارية لكعب بن مالك ذبحت شاة بمروة فسال كعب رسول الله صلى الله عليه عن ذلك فامر باكلها. ولان الحديد لا يتعلق الحكم بجنسه وانما يتعلق بحده بدلالة ان الحديد الذي ليس بمحدد لا يجوز الذبح به فاذا وجد التحديد في المروة والليطة جاز الذبح بهما. واما الكليلة فلانها اذا كانت تقطع فانما يكره لما فيه من تعذيب الحيوان. ولان النبي صلى الله عليه امر بتحديد الشفرة واراحة الذبيحة. وقد قال اصحابنا اذا ذبح بظفر منزوع او سن منزوع جاز الذبح بها ويكره. وقال الشافعي لا يجوز لنا انه يتصرف فيه كما يتصرف في المروة والليطة فاذا جاز الذبح باحدهما جاز بالاخر. واما قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت الا ما كان من سن او ظفر فان الظفر مدى الحبشة وان السن عظم من الانسان فانما اراد بذلك السن القائم والظفر القائم بدلالة ان الحبشة كانت تفعل ذلك اظهارا للجلد. ويدل عليه انه روي في بعض الاخبار انه قال الا ما كان قرضا بسن او حزا بظفر والقرض انما يكون بالسن القائم. واما القسم الثاني وهو الذي يبرد ويفسخ وهو الظفر القائم والسن القائم فاذا ذبح به كان ميتة للخبر. ولانه لا يمكنه التصرف فيه كما يتصرف في الالة وانما يعتمد عليه فينخنق وينفسخ فلا يحل اكله. وقد كان الشيخ ابو عبد الله النمرا اذا طال الظفر فاخذ انسان بيد صاحبه فامر يده كما يمر السكين فقال يجوز ذلك.

باب من تؤكل ذبيحته من المذكي ومن لا تؤكل

قال ابو الحسن لا تصح الذكاة الا من مسلم او كتابي يعقلان الذبيحة ويطيقان التسمية عمدا. والمسلم والذمي فيما يصح به الذكاة سواء. اما ذكاة المسلم فلا خلاف في جوازه واما الكتابي فلقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم. ولا يجوز ان يحمل على غير الذبائح لانه لو كان كذلك لم يخص باهل الكتاب. ولانه يؤمن بكتاب من كتب الله تعالى فتحل مناكحته كالمسلم. قال وان كان الذابح كافرا من غير اهل الكتاب لم تؤكل ذبيحته في كتابيا ما كان وما كان دينه ولاي شي عبده وذلك لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ومن ليس بكتابي لا يذكر

ولان الاباحة ماخوذة من الشرع وقد وردت مختصة باهل الكتاب فمن سواهم على اصل الحظر :: قال وكذلك المرتد عن الاسلام
لا توكل ذبيحته الى اي دين ارتد لانه لا يقر على الدين الذي انتقل اليه فصار كالوثني الذي لا يقر على دينه :: قال وان تنصر الكتابي غير
الى دين اهل الكتاب لم توكل ذبيحته لان المسلم لو انتقل الى هذا الدين لم توكل ذبيحته فالكتابي اولى ☉ فان ارتد الكتابي الى دين
اهل الكتاب اكلت ذبيحته وينظر الى حاله ودينه في حال ذبحه دون ما سواه :: وهذا على اصلنا ان من انتقل من ملة الكفر الى ملة
اقر عليها فصار كانه من اهلها في الاصل قال ولا يوكل عندنا ما ذبحه المحرم من الصيد في الحل ذبحه او في الحرم لان الله تعالى
سمى فعل المحرم قتلا وذلك في الشريعة عبارة عما لا يحل اكله بدلالة قوله صلى الله عليه خمس يقتلهن المحرم في الحل والحرم ولانه
ممنوع من الذبح لمعنى فيه من جهة الدين فصار كالمجوسي :: قال ولا يوكل ما ذبحه الحلال من الصيد في الحرم وذلك لانه ممنوع
من ذبحه لحق الله تعالى كما منع المحرم في حال الاحرام فيما سواه ☉ وما ذبح كل واحد منهما من غير الصيد فاكله جايز لانه
غير ممنوع من ذبحه فصار كالحلال ☉ قال ومن ذبح وهو لا يعقل التسمية ولا الذبيحة ولا يضبط الذبح لم توكل ذبيحته لشرط
ذلك في الاصل :: قال قلت ارايت الصبي يذبح ويسمي هل توكل ذبيحته قال ان كان يضبط الذبح ويعقل التسمية والذبيحة
فلا باس به ☉ قال ابو الحسن رحمه الله وكذلك المجنون يذبح في حال جنونه او السكران لانهما لا يعقلان التسمية فذكره
لها كذكر غيره فكانه ذبح بغير تسمية قال وتجوز ذبايح الصابين عند ابي حنيفة وهم عنده اهل الكتاب وهم فرقة من النصارى
عنده وليس بين الفريقين الا ان الصابين الذين لا يومنون بعيسى عليه السلام ولا يقرون بنبوته صلى الله عليه ولهم شرع اخذ
عن ما النصارى عليه فهولا لا توكل ذبايحهم وهم عندي هكذي ولم ار هذا التفصيل عن ابي حنيفة الا ان الحكاية عنه
انهم اهل الكتاب وهذه المسلة قد بيناها في النكاح انه لا خلاف فيها :: وانما اجاب ابو حنيفة على من يومن بنبي
وكتاب ويعظم الكواكب كتعظيم القبلة وهما حملا الامر على من يعظم الكواكب تعظيم عبادة فهو عابد وثن فلا يجوز اكل
ذبيحته وحال هذه الفرقة مشكلة لانهم يتدينون بكتمان اعتقادهم فلا تعرف حالهم :: فاما حمل ابي الحسن لقول
ابي حنيفة على صابي يومن بعيسى فهو امر لا يعرف منهم :: وانما يومنون بادريس عليه السلام ويعظمونه دون غيره من
الانبياء :: قال ولا باس بذبيحة الاخرس المسلم والكتابي وذلك لانه من اهل الذكاة وعجزه عن التسمية لا يمنع
من صحة ذكاته كما ان عجزه عن التكبير لا يمنع من صحة صلوته :: قال ولا باس بذبايح النصارى من بني تغلب الفلاحين
وغيرهم وذلك لانهم على دين النصارى وان لم يتمسكوا بكل شرايعهم فصاروا كالنصارى الاصليين اذا لم يتمسكوا
ببعض الشرايع :: ولا باس بذبايح اهل الكتاب من اهل الحرب لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ولانهم
يومنون بالكتاب وانما حربهم معصية منهم وذلك لا يوثر في الذبح كمعصية المسلمين :: قال ومن كان من
الصبيان له ابوان احدهما كتابي والاخر غير كتابي وذبح الصبي وهو يعقل ما شرطت اكلت ذبيحته ايهما كان الكتابي
الام او الاب :: وقال مالك المعتبر الاب وقال الشافعي لا توكل ذبيحته :: لنا ان احد ابويه توكل ذبيحته
فكان الولد في حكمه كما لو كان مسلما :: قال وان ذبح النصراني واهل على ذبيحته بغير الله فسمع كلامه
لم توكل ذبيحته روي ذلك عن علي رضوان الله عليه وهو قول اصحابنا وذلك لقوله تعالى وما اهل به لغير
الله :: ولانه اذا ذكر اسم الله تعالى فقد ترك التسمية عامدا فلا يجوز اكل ذبيحته ☉

كتاب الصيد

قال ابو الحسن رحمه الله قد ذكرنا فيما تقدم من كتابنا هذه الاية التي اباح الله تعالى فيها الاصطياد وما ابيح من اكل الصيد
وما حرم وما كره فيما ابيح ذلك من صيد البر مما له دم مسفوح فمات قبل ان يقدر على ذكاته باخذ الجوارح له او
برمي الصايد او غيره ذلك من فعله :: وانما ابيح على شرايط نذكرها الساعة قال وجملة هذا ان الاصطياد بالجوارح
والسهام والالات مباح لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وقوله صلى الله عليه اذا ارسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله فكل واذا رميت بسهمك وذكرت اسم الله تعالى فكل ☉ والاصطياد مباح فيما يحل اكله وما لا
يحل اكله فما يحل اكله فصيده للاكل وما لا يحل اكله فصيده لغرض اما الانتفاع بجلده او بشعره او لدفع اذيته ::
والشرايط التي يستباح بها صيد الجوارح سبعة شرايط ان يكون الجارح معلما وان يكون ذا جارحة غير محرم
العين والارسال من مسلم او كتابي يعقل الارسال والتسمية في حال الارسال اذا كان ذاكرا لها وان يجرحه
الكلب او البازي وان يلحقه المرسل او من يقوم مقامه قبل انقطاع الطلب او التواري عنه اذا لم يدرك ذكاته
فاما كون الجارح معلما فلقوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله :: وقوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله تعالى فكل وان شاركه كلب اخر فلا تاكل فلما ذكر قتله فجعل جواز قتل غير المعلم سببا
للحظر فاولى ان يكون القتل محرما :: واما كونه ذا جرح الجوارح اما بناب او مخلب فلقوله تعالى وما علمتم
من الجوارح مكلبين على احد التاويل الجوارح التي تجرح وقيل الجوارح الكواسب ومنه قوله تعالى ويعلم ما
جرحتم بالنهار :: ويمكن حمله على معنى واحد لان الجارح هو الذي معه الة يكتسب بها وحمل الاية
على ما له جارحة اولى لانه هو الذي يكتسب ☉ وهو ظاهر اللفظ فكان حمله عليه اولى :: واما
الارسال فلان النبي عليه السلام قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل فذكر الارسال ☉ ولان
الارسال قد جعل بمنزلة الذكاة ولهذا تعتبر عنده التسمية ولا بد من وجوده :: فاما كون المرسل من اهل

الذكاة فهو ان يكون مسلما او كتابيا يعقل الارسال ويعرفه :: ولان الارسال بمنزلة الذبح ولهذا يعتبر فيه التسمية
فلا بد من شرايط الذبح :: واما التسمية في حال الارسال للذاكر فلقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم
الله عليه وقد اجمعوا ان التسمية تختص بالارسال :: وقال عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل
واما اعتبارنا الذاكر فلانا نقول الارسال اذا كان في حال الذبح شرط فيه التسمية مع التذكر دون النسيان على ما بيناه في الذبح ☉
فاما الجرح ففي الرواية المشهورة ان الكلب او البازي اذا لم يجرح لم يحل الاكل ☉ وقد روي عن ابي حنيفة وابي يوسف
ان الكلب اذا خنقه اكل والدليل على اعتباره قوله صلى الله عليه في صيد المعراض اذا خزق فكل وان اصاب بعرضه
فلا تاكل فانه وقيذ ولان الكلب اذا خنقه دخل في عموم قوله والمنخنقة والموقوذة وجه الرواية الاخرى
ان الكلب قد يتوصل الى اخذ الصيد بالجرح وقد يتوصل بغيره فصار ذلك موسعا عليه كالجرح في غير موضع
الذبح ☉ واما اعتبار لحاقه قبل ان يتوارى او ينقطع الطلب فلقوله عليه السلام لعدي بن حاتم حين ساله عن الرمية
اذا وجدها بعد يوم او يومين فقال اذا وجدتها وفيها سهمك وعلمت ان سهمك قتلها فكل ☉ ومتى توارى
عنه وانقطع الطلب فهو لا يعلم انها ماتت من سهمه ☉ وروي عن ابن عباس انه قال كل ما اصميت
ودع ما انميت قال ابو يوسف الاصماء ما مات في الحال وهو شاهده والانماء ما غاب عنه فمات
ولانه اذا قعد عن طلبه جاز ان يكون لو طلبه لادركه حيا فخرج الجرح من ان يكون ذكاة ☉ وليس كذلك اذا
لم يقعد عن طلبه لانه لم يدركه حيا فبقي الجرح ذكاة له ☉ قال ابو الحسن وما صيد منه فاخذ حيا فذكاته
كذكاة الانعام سواء في الاوداج والتسمية وصفة المذكي وذلك لان الذكاة انما سقطت للتعذر
فاذا اخذه حيا فقد قدر عليها فسقط حكم البدل عنها ☉ قال واما شرايط ما مات من الصيد قبل ان يقدر
على ذكاته فهو ما قال الله في كتابه يسالونك ماذا احل لهم قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح
مكلبين الاية فشرط الله عز وجل ان يكون ما صيد به من الجوارح معلما ☉ وان يكون ممسكا علينا
والامساك علينا ان لا ياكل من الصيد ويمسكه على صاحبه هذا فيما كان من الجوارح يعلم بترك الاكل
بان يزجر عنه ويضرب عليه اذا اكل ولا يكون معلما حتى يكون كذلك وهذا في ذوات الناب ☉
واما ذوات المخلب فان تعليمه ان يدعى فيجيب ويتبع الصيد فياخذه فان اكل منه فلا باس باكل ما صاد
فاما قوله تعالى مكلبين بالكسر فهو صفة الصايد وقوله مكلبين صفة الجارح :: فاما الامساك علينا فهو
شرط عندنا في ذوات الناب ☉ فاذا اكلت من الصيد لم يوكل وقال مالك يوكل وهو احد قولي الشافعي
لنا قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ومتى اكل الكلب فانما امسك على نفسه ☉ وقال النبي صلى الله عليه
في حديث عدي بن حاتم واذا اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه :: ولان الكلب يعلم بترك الاكل
فاكله يدل على عدم التعليم :: ومن شرط الاباحة كون الجارح معلما ☉ واما البازي والصقر اذا اكلا
من صيده فانه يوكل وقال الشافعي في احد قوليه لا يوكل لنا ما روي عن ابن عباس انه قال في الكلب
اذا اكل من الصيد لم يوكل وفي البازي اذا اكل منه اكل :: ولان البازي لا يمكن تعليمه بترك
الاكل لان الاكل في طباع البهايم وانما يعلم الكلب ذلك بالضرب فينتهي عن الاكل :: والبازي
اذا ضرب مات وهرب فلم يمكن تعليمه ذلك فسقط اعتباره :: ولان التعليم يرجع فيه الى العادة وفي
العادة ان الكلب يعلم ترك الاكل والبازي يعلم بان يمضي على الاكل ☉ ولا نرجح بان طاهر
السود ياكله من صيده لا يوثر في تحريمه كالادمي ☉ وقد قال اصحابنا في الكلب اذا جرح
الصيد فولغ في دمه اكل لانه قد امسك الصيد على صاحبه وانما ولغ في الدم وذلك لا يتعلق
به حق الصايد فالاكل منه كالاكل من صيد اخر ☉ وذكر حديث عدي بن حاتم قال سالت رسول الله صلى الله عليه
فقلت اني اصيد بكلابي المعلمة فهل تصلح علي او اكل قال اذا ارسلت الكلاب المعلمة وذكرت
اسم الله وامسكن عليك فكل قال قلت وان قتلن قال وان قتلن ما لم يشركها كلب ليس منها
قال قلت اني ارمي بالمعراض فاصيب فاكل قال اذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله فكل وان
اصبت بعرضه فلا تاكل وهذا الحديث قد دل على جواز صيد الكلب واعتبار التعليم والتسمية
والامساك عن الاكل وان شاركه كلب غير معلم او لم يرسله مرسل يوجب التحريم لاجتماع سبب
الحظر والاباحة وان السهم اذا جرح اكل وان لم يجرح لم يوكل فدل على تحريم ما رمي بالبندق
والحجر والخشب اذا قتل ولم يجرح ☉ ودل على اعتبار التسمية عند الرمي وذكر في حديث عدي
قال قلت يا رسول الله انا قوم نصيد بهذه الكلاب قال اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى فكل
ما امسكن عليك وان قتل الا ان ياكل فاذا اكل فلا تاكل فاني اخاف ان يكون امسك على نفسه
وان خالطها كلاب غيرها فلا تاكل وهذا الخبر قد دل على ما دل عليه الاول ☉ وعلى ان اكل الكلب
يمنع من اكل الصيد لانه يدل على ترك التعليم لانه يجوز ان يكون امسك على نفسه ☉ وذكر في حديث
الشعبي عن عدي بن حاتم ان النبي صلى الله عليه قال له واذا رميت سهمك وذكرت اسم الله تعالى فوجدته
من الغد ولم تجده في ما وليس فيه اثر غير سهمك فكل وهذا يدل على ان المرمي اذا وقع في الما
لم يوكل

لجواز أن يكون مات من الماء أو لم يمت من الرمي. فأما إذا وجده من الغد فهو محمول عندنا على أنه لم يقعد عن طلبه. قال أبو الحسن بعد تفسير هذه الأخبار وما ثبت لك أنه لا يؤكل أو يؤكل فهو ما مات من فعل الجارح أو فعل الصائد فأما ما قدر عليه حيا فإنه لا يؤكل في الوجهين جميعا حتى يذكى فإذا ذكي حل لقوله تعالى والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم فما أدرك من هذا وفيه حياة بينة كانت فيه أو خفية بعد أن يعلم أنه حي فذكي حل في قول أصحابنا جميعا ولا يعتبر كيف كانت حالها بعد أن يكون فيها حياة فذكي فإنها تؤكل. قالوا والكلام في هذا أولا يتفرع في فصل وهو أنه إذا قدر على الصيد فمات قبل أن يقدر على ذبحه لضيق الوقت لم يؤكل عندنا. وقال ابن شجاع ومحمد بن مقاتل يؤكل استحسانا وبه قال الشافعي وجه قولهم أنه لما ثبتت يده على الصيد زال معنى الامتناع وبطل حكم الجرح فصار كالشاة إذا أدركها وقد مرضت فماتت في وقت لا يسع له ذبحها لم يؤكل وجه الاستحسان وهو اختيار ابن شجاع أن الذبح هو الأصل والجرح بدل عنه فالبدل إنما يسقط حكمه بالعجز عن استعمال الأصل وإذا ثبتت يده على الصيد في وقت لا يقدر على ذبحه لم يثبت حكم الأصل في حقه فبقي حكم البدل. وقد قال أصحابنا في الصيد إذا أدركه فلم يأخذه لم يؤكل فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه فلم يأخذه لم يؤكل لأنه صار في حكم المقدور عليه. وإن كان لا يمكنه أكل لأن يده لم تثبت عليه ولا تمكن من ذبحه. فأما قول أبي الحسن رحمه الله فإذا ذكي حل في قول أصحابنا جميعا فهو صحيح لأنه إن كان فيه حياة مستقرة فقد خرج الجرح من أن يكون ذكاة وصارت ذكاته الذبح فإذا ذبح حل وإن لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند أبي حنيفة ذكاته الذبح وقد ذبحه. وعلى قولهما لا يحتاج إلى الذبح وهو هذا كالجرح والذبح بعد ذلك لا يضره. قال وكذلك ما جرحه ذئب أو سبع فإن كان الجرح الذي به لا يعيش من مثله إلا قدر حياة يعيش المذبوح فذكاه لم يأكله وإن كان يعيش من مثله لو بقي يوما أو يومين فهو مثل الموقوذة والمتردي وهذا على ما قدمنا من الخلاف عند أبي حنيفة يحل بالذبح إذا كانت الحيوة موجودة وإن لم تكن مستقرة واعتبر أبو يوسف أن تكون الجراحة مما يعيش من مثلها. وحكي عنه أكثر اليوم وقال محمد إذا كان يبقى أكثر من بقاء المذبوح. قال وما جرحه الفهد المعلم أو الكلب فأدركه صاحبه حيا فلم يذكه حتى مات فإنه على وجهين إن كانت الجراحة التي فيه لا يعيش من مثلها مثل أن يشق بطنه فيخرج ما فيه أو شبه ذلك فإنه يؤكل لأن الكلب أو الفهد قد ذكياه. وكذلك لو وقع بعد ذلك في ماء فإنه يؤكل ولا يضره بعد ذلك شيء لأنه قد كان كالشاة تذبح ثم تضطرب فتقع في ماء لأن هذا قد فرغ من ذكاتها. وكذلك جرح الصيد الذي لو مات منه قبل أن يقدر على ذكاته كان ذكاة. فإن أدرك حياة فيه من الجرح ما لا يعيش إلا قدر ما يعيش المذبوح فترك ذبحه لم يضر. حد محمد بن الحسن في الجرح هذا الحد فقال إذا كان يعيش من مثله مقدار ما يبقى المذبوح أكل. وإن كان يطول في ذلك لم يؤكل حتى يذكى. وقال ابن سماعة في نوادره سمعت محمدا قال في رجل رمى صيدا فأصابه وهو لا يعيش من مثل هذه الرمية قد علم ذلك ثم تركه ولم يذكه وهو يقدر على أن يذكيه قال إذا كانت رميته لا يعيش من مثلها إلا بقدر اضطرابه في ذبحه كأن قد بقر بطنه أو قطعه فإنما يضطرب ساعة ثم يموت قبل أن يذبح فلا بأس بأكله ولا يحرم عليه أن تركه ولم يذبحه. وإن كانت رميته قد يعيش منها يوما أو ساعة وهي به كأن قد خرج أمعاؤه وهو يعيش يوما أو عامة يوم فإنه لا يؤكل لأنه قدر على ذكاته فلم يذكه. وقال بشر عن أبي يوسف إذا شق الكلب بطن الصيد فأخرج ما فيه فأدركه صاحبه وبه رمق فليس عليه أن يذكيه. وكذلك لو جرحه ما يشبه. قال أيده الله وهذا كله قد قدمناه. وكان الشيخ أبو بكر الرازي رحمه الله يقول يجب أن يكون قول أبي حنيفة بخلاف ذلك ووجب عنده الذبح في جميع الأحوال بناء على مسئلة المتردية. وقال ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف لو أن رجلا قطع شاة بنصفين ثم أن رجلا فرى أوداجها والرأس متحرك أو شق رجل بطنها فأخرج ما في جوفها وفرى الآخر الأوداج فإن هذا لا يؤكل من قبل أن الأول قاتل وهذا على وجهين إذا كانت الضربة مما يلي العجز لم تؤكل الشاة فإن كانت مما يلي الرأس أكلت لأن العروق المشروطة في الذبح متصلة من القلب إلى الدماغ فإذا قطعها حلت وإذا لم يقطعها فالجراحة لا يتعلق بها إباحة. فإن كان لا يعيش من مثلها لم يعتد بالذبح عليه أبي يوسف. قال وأما الوقيذة فإنها إذا ذكيت حلت وهذا على وجهين فإن كان في المتردية والوقيذة وجرحه السبع حياة مستقرة حلت بالذبح في قولهم لقوله تعالى إلا ما ذكيتم. فإن كانت الحيوة غير مستقرة جاز عند أبي حنيفة للآية. ولأنه فرى الأوداج مع وجود الحياة فصار كالحياة المستقرة. وأما أبو يوسف فاعتبر أن يكون مثلها ما يعيش فإن كان لا يعيش مثلها لم تحل. واعتبر محمد أن يبقى أكثر من بقاء المذبوح. وجه قولهما أن الحيوة فيها إذا لم تكن مستقرة لم يعتد بالذبح كالمجوسي إذا ذبح الشاة ثم جاء مسلم فقطع الحلق. وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف وكل شيء من الصيد أصبته برمي أو بكلب أو بفهد أو ببازي أو بصقر فخرج حيا ثم مات فلا تأكله ليس هذا ذكاة إلا الذبح. وهذا على ما بينا أن ما ثبتت اليد عليه فذكاته الذبح متوحشا كان أو مستأنسا. قال وكل بعير أو بقرة أو شاة ندت حتى يكون مثل لا يقدر عليها صاحبها فإن ذكاتها ذكاة الصيد وذلك لما بينا أن ما لا تثبت اليد عليه فذكاته الجرح وإن كان مستأنسا في الأصل وذلك لما روي أن بعيرا ند فرماه رجل فقتله فقال رسول الله صلى الله عليه إن لهذه الإبل أوابد كأوابد الوحش فإذا صنعت هكذا فاصنعوا بها هكذا. ولأن الحكم لا يعود إلى الجنس إنما يتعلق بالقدرة وعدم القدرة فإذا لم يقدر على المستأنس صار كالصيد.

وقد روي عن محمد أنه قال في البعير والبقرة إذا ندا في المصر أو في الصحراء فذكاتهما العقر لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر عليهما. قال محمد والبعير الذي ند على عهد رسول الله صلى الله عليه كان بالمدينة. وأما الشاة فإن ندت في الصحراء فذكاتها العقر لأنه لا يقدر عليها وإن ندت في المصر لم يجز عقرها لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلم يجز عقرها مع التمكن منها. قال وما وقع منها في قليب فلم يقدر على إخراجها ولا ذبحها ولا نحرها فإن ذكاة هذه ذكاة الصيد هذا ما اجتمع عليه أصحابنا. وذلك لأن الذبح فيه متعذر فصار كالصيد الذي لا يمكن ذبحه. وذكر عن أبي يوسف مسائل بعد هذا قد دخلت فيما ذكرناه. وذكر في المنتقى إذا صال على رجل فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله إذا كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته فجعل الصول بمنزلة الند.

باب الصيد يأخذه الكلب فيجرحه أو لا يجرحه هل يؤكل

قال أيده الله أصل هذا الباب ما قدمنا أن الجارح إذا جرح الصيد فمات أكل في قولهم لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين. ولقوله عليه السلم كل ما أمسك عليك كلبك. وأما إذا خنق الصيد فمات فالمشهور عنهم أنه لا يؤكل وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يؤكل وقد بيناه. فأما إذا لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عضوا منه فمات فإن أبا الحسن رحمه الله قد ذكر أنه لم يجد عن أبي حنيفة شيئا مصرحا. وقد حكى محمد في الزيادات المسئلة وأجاب فيها جوابا مطلقا أنه إذا لم يجرح لم يؤكل وهذا يقتضي أنه لا يحل بالكسر. قال وذكر أبو يوسف في أنه حكاه عن أبي حنيفة فقال إن قتله من غير أن يجرحه بناب ولا مخلب فإنه لا يؤكل وكذلك لو صدمه فقتله ولم يكسر ولم يجرح فإذا جرح بناب أو مخلب أو كسر عضوا فقتله فلا بأس بأكله. وظاهر هذا الكلام يقتضي أن الكسر كالجرح. ووجهه أن الكسر جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة. وجه ما حكاه محمد أن الجرح يقع بها انهار الدم وهذا المعنى لا يوجد بالكسر فصار كالخنق. وقد قالوا إذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن وصل إلى اللحم فأدماه أكل وإلا لم يؤكل وهذا على الرواية التي قال أنه لا يحل إلا بالجرح. واختلف أصحابنا المتأخرون في الشاة إذا ذبحت فلم يسل منها دم هل يجوز أكلها أم لا قالوا وهذا يكون في الشاة إذا أعلفت العناب فقال أبو القسم الصفار لا يؤكل حتى يسيل الدم لقوله صلى الله عليه ما فرى الأوداج وأنهر الدم فكل. وقال أبو بكر الإسكاف والهندواني يؤكل لأن فري الأوداج قد حصل وهناك ما يمنع من خروج الدم فصار كما لو حبس الدم بعد القطع في بعض العروق.

باب الرجل يرسل الكلب فيعرض في إرساله ما يفسد الإرسال أو لا يفسده

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا أرسل المسلم كلبه المعلم وسمى ثم زجره مجوسي أو مرتد أو محرم فانزجر لزجره فأخذ الصيد فقتله فإنه يؤكل. ولو كان المرسل مجوسيا أو مرتدا أو من لا تجوز ذكاته ثم زجره مسلم وسمى أو كتابي وسمى فانزجر لزجره فإنه لا يؤكل لأن أصل الإرسال كان فاسدا. وكذلك لو أرسل مسلم كلبا وترك التسمية عمدا فزجره مسلم وسمى فانزجر لزجره لم يؤكل. ولو كان الأول سمى فزجره رجل لم يسم على زجره فأخذ الصيد فقتله أكل ذلك لأن الإرسال الأول قد تعلق الحكم به إما الإباحة أو الحظر والزجر بعده ليس بسبب كامل له فلا يسقط حكم الإرسال بما هو دونه وصار كالمسلم إذا ذبح فأمر المجوسي السكين بعده. وصار الفعل الثاني كذبح مجوسي فأمر المسلم السكين بعده تعلق الحكم بالفعل الأول وسقط الثاني لأنه ليس بمماثل له. قال ولو أن مسلما أرسل كلبا فتبع الكلب كلبا آخر غير معلم أو معلم لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه أو سبع من السباع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فرد الصيد عليه وهيبه أو فعل ما يكون معونة للكلب في إرساله فأخذه الكلب الذي أرسل فقتله لم يؤكل وذلك لأن رد الكلب وتهييبه مشاركة في الصيد ألا ترى أن المشاركة هكذا تقع ومتى اشترك في الصيد معلم وغير معلم أو ما سمي عليه وما لم يسم عليه لا يؤكل لاجتماع سبب الحظر والإباحة وليس كذلك إذا رده عليه آدمي أو بقرة أو فرس أو هيبه لأن فعل هؤلاء ليس من جنس الاصطياد فلم يجتمع في سبب الأخذ الذي هو الاصطياد ما يوجب الحظر والإباحة فحل الأكل. قال وإن تبع الكلب كلب غير معلم فلم يرد عليه ولم يهيب الصيد ولكنه اشتد عليه وكان الذي أخذه الكلب المعلم فقتله قال فلا بأس بأكله وذلك لأنه لم يوجد منه معاونة فلم يشترك في الاصطياد فحل وصار كمسلم أضجع شاة وأمسكها مجوسي حتى ذبحها المسلم. قال وإذا أرسل الرجل كلبا على صيد وسمى فأخطأه وأخذ صيدا غيره فقتله أكل وكذلك لو أرسله على جماعة صيد ولم ينو شيئا منها بعينه فإنه يؤكل إن قتل منها شيئا. وكذلك لو أرسله على صيد بعينه وسمى فاتبع الكلب صيدا آخر غيره فأخذه فقتله أنه يؤكل. وكذلك لو أرسله على ظبي فأخذ طيرا أو على طير فأخذ ظبيا فإن ذلك كله جائز لا بأس بأكله والطير في هذا كله مثل الكلب وذلك لأن تعيين الصيد بالإرسال فيه مشقة ألا ترى أن الإنسان يرسل الكلب على قطيع ظباء أو يرمي إلى قطيع فيتعذر عليه تعيين المرمي وما يتعذر في الصيد يسقط حكمه كالذبح في موضع الذبح فإذا سقط التعيين جاز أكل ما أخذه الكلب

وإن كان المرسل غيره، ولو انفلت كلب على صيد ولم يرسله فزجره مسلم وسمى فأخذ الصيد فقتله وإن كان
انزجر لزجره أكل، وإن كان لم ينزجر لزجره لم يؤكل وذلك لأن ما يقع من الكلب قبل إرساله لا يمكن الاحتراز منه لأنه يخطو
إلى الصيد بطبعه الخطوة والخطوتين وما لا يحترز منه لا يعتد به، ولأنه لم يتقدم على زجر المسلم سبب يتعلق
به حكم لما قدمنا أن فعل الكلب لا يتعلق به حظر ولا إباحة وفعل الآدمي يتعلق به حكم فإذا وجد سبب يتعلق به الحكم
ولم يتقدمه سبب آخر تعلق الحكم به، وليس كذلك إذا سبق الزجر إرسال الآدمي لأن السبب الأول قد تعلق الحكم
به فلا يسقط ما بعده، ونظير هذا ما قالوا في رجل حفر بئرا في الطريق ووضع رجل آخر حجرا إلى جنبها فعثر بالحجر إنسان فوقع
في البئر فمات فضمانه على واضع الحجر لأنه قد تقدم على وقوعه في البئر سبب يتعلق به الضمان فلم يتعلق بالسبب الثاني
حكم، ولو تعثر بحجر ثابت في الطريق لم يضعه أحد وتدحرج به السيل فوقع في البئر فالضمان على الحافر لأن سبب
الإتلاف وجد بالبئر ولم يتقدمه سبب يتعلق به الحكم فتعلق بالثاني. قال وإذا أرسل المسلم كلبه على صيد
وسمى فأدرك الكلب الصيد فضربه فوقذه ثم ضربه ثانية فقتله أكل، وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضربه
أحدهما فوقذه ثم ضربه كلبه الآخر فقتله أكله، وذلك لأن هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب ألا ترى أنه
لا يمكن ترك الجرح بعد الجرح الأول وما لا يمكن تعليمه سقط اعتباره فصار كأنه قتله بجرح واحد. قال ولو أرسل
رجلان كل واحد منهما كلبه على صيد فضربه كلب أحدهما فوقذه ثم ضربه كلب الآخر فقتله فإنه يؤكل والصيد
لصاحب الأول وذلك لما بينا أن جرح الكلب بعد الجرح لا يمكن التحفظ منه فلم يمنع من الإباحة. فأما الملك فجراحة
الكلب الأول لما أخرجت الصيد من حيز الامتناع صار ملكا لصاحب الكلب فجراحة الثاني لا تزيل ملكه عنه.

باب متى يكون الكلب معلما ومتى يخرج من التعليم

قال أبو الحسن رحمه الله تعليمه أن يرسل فيتبع الصيد فإذا أخذه أمسكه على صاحبه ولم يأكل منه شيئا فإذا فعل ذلك فهو
معلم، وتعليم الجارح من الصيد أن يستجيب إذا دعي فإذا أرسل على الصيد تبعه وأخذه، فإن كان أكل منه أكل صيده
وهو معلم إذا استجاب إذا دعي وتبع الصيد إذا أرسل، وكان أبو حنيفة لا يحد في تعليمه حدا ولا يوقت وقتا
ولكن كان يقول إذا كان عالما فكل. هذه رواية الأصل، وقال ابن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال وسألته ما
حد تعليمه قال أن يقول أهل العلم بذلك أنه معلم، وقال في المجرد عن أبي حنيفة لا يأكل أول ما يصيد ولا الثاني
ويأكل الثالث وما بعده وهي رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة، وقال في الأصل إذا أخذ الصيد فلم يأكل وأخذ آخر فلم
يأكل ثم صاد الثالث فلم يأكل فهذا معلم، والتعليم عنده أن يرسل ثلث مرات كل ذلك يقتل الصيد ولا يأكل
يأكل. وهذا قول أبي يوسف ومحمد، والأصل في هذا ما قدمنا أن صيد الجارح لا يحل إلا أن يكون الجارح معلما
والتعليم في الكلب يكون بترك الأكل لأنه يضرب حتى يعتاد إلا أن أبا حنيفة رجع في ذلك إلى أهل الصنعة لأن
الكلب قد يمسك عن الأكل للشبع وقد يمسك للتعليم فوجب أن يرجع إلى أهل العلم بذلك، وأما في
الرواية الأخرى فجعل تكرار ترك الأكل دالا على التعليم وإنما قدروا التكرار بثلث مرات لأنها موضوعة للاختبار
في خيار الثلثة، وقال موسى للخضر عليهما السلام في المرة الثالثة إن سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني.
وروي عن عمر أنه قال من اتجر في شيء ثلث مرات فلم يربح فليتنقل إلى غيره. ثم اختلفوا في أكل الثالثة
فقال أبو يوسف ومحمد إنما يصير معلما بترك الأكل ثلثا فما اصطاد بعد ذلك فهو صيد معلم فيؤكل
وما كان قبل ذلك فلم يعلم التعليم فلا يؤكل، وقال في رواية الحسن تؤكل الثالثة لأنها قد دلت على
التعليم فصار صيد معلم فأكل. قال وإذا صار معلما في الظاهر وصاد به صاحبه ثم أكل بعد ذلك
مما صاد فقد بطل تعليمه ولا يؤكل صيده حتى يعلم تعليما ثانيا فما كان صاد قبل ذلك لم يؤكل كله في قوله
ويؤكل عند أبي يوسف ومحمد، ومن أصحابنا من حمل هذا الخلاف على أن الأكل كان مقاربا لزمان التعليم
لأنه إذا كان كذلك دل على فقد التعليم لأن المدة القصيرة لا ينسى فيها، وإنما ترك الأكل فيما تقدم للشبع
فلم يؤكل. وأما إذا طالت المدة فيجوز أن يكون أكل للنسيان فلا يستدل بذلك على فقد التعليم
في الأصل على ذلك أكل، وظاهر الرواية يقتضي أنه لا يؤكل بكل حال وذلك لأن الاصطياد ليس بعلم
مكتسب وإنما هو من الضروريات ومثل ذلك لا ينسى، وإنما يضعف بالترك كالخياطة والرمي فلما
أكل الكلب علم أنه لم يكن معلما في الأصل فلا يؤكل صيده. ولأن ما لا يؤكل صيده من الجوارح
في الحال لا يؤكل ما تقدم من صيوده كغير المعلم، وجه قولهما أن أكل الكلب يجوز أن يكون لفقد
التعليم ويجوز أن يكون لفرط الجوع فلم يحظر ما تقدم بالشك، ولأن الكلب قد ينسى كما ينسى
الآدمي فيجوز أن يكون أكله للنسيان فلا يحرم ما تقدم من صيده. إلا أنه يعود بهذا الأكل إلى الجاهل
في الأصل فلا يحل اصطياده في قولهم، فأما على قول أبي حنيفة فلأنه استدل على فقد التعليم في الأصل
وعلى قولهما يجوز أن يكون لم يتعلم ويجوز أن يكون نسي فلا يحل صيده بالشك إلا أن يستأنف تعليمه،
ويشترط تعليمه في الثاني ما يشترط في الابتداء على اختلافهم فيه. وقال في الأصل في رجل أرسل كلبه على صيد
وهو معلم فأخذ صيدا فقتله فأكل منه ثم تبع آخر فقتله ولم يأكل قال لا يأكل واحدا منهما، وذلك لأنه لما
أكل دل على النسيان أو فقد التعليم فلم يحل صيوده بعد ذلك. قال ولو أن الكلب المعلم أخذ صيدا فأخذه منه
صاحبه وأخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فألقاها إلى الكلب فأكلها فهو على تعليمه، وذلك لأن
الأكل إنما تعوده الكلب في حال أخذه ولا يعود في غير ذلك فأكله في غيره لا يدل على فقد التعليم ولأن
من عادة الصائد أن يطعم الكلب من لحم الصيد بعد أخذه منه فلم يقدح ذلك في التعليم. قال وكذلك لو كان
صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب ثم وثب الكلب على الصيد فأخذ منه قطعة فأكلها وهو في يد صاحبه فإنه
على تعليمه وذلك لأن الأكل بعد ثبوت يد الآدمي عليه كالأكل من غيره فلا يؤثر في التعليم. وكذلك قالوا
لو نهش الكلب من الصيد بعد دفعه إلى صاحبه لأنه يفعل ذلك لفرط الجوع ولأن هذا الأكل لا يدخل في التعليم.
قال فإن أكل من الصيد وهو في موضعه لم يأخذه صاحبه لم تحل صيوده لأن الأكل حصل قبل أخذ صاحبه فصار كما
لو أكل في حال الاصطياد. قلت أرأيت الكلب المعلم يرسل على صيد فيتبعه فينهشه فيقطع منه قطعة فأكلها ثم أخذ
الصيد بعد ذلك فقتله ولم يأكل منه شيئا هل يؤكل قال لا، وذلك لأن الأكل حصل في حال الاصطياد وذلك يدل على
فقد التعليم. قلت فإن نهشه فألقى بضعة والصيد في قوته فأمسك الصيد بعد ذلك فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيئا هل
يؤكل قال نعم، وذلك لأنه لم يوجد منه ما يدل على فقد التعليم وقطع البضعة من الصيد يتوصل به الكلب إلى أخذه فهو
كالجرح. قلت أرأيت إن أخذ صاحب الكلب الصيد من الكلب بعد ما قتله ثم رجع الكلب بعد ذلك إلى تلك البضعة فأكلها
الصيد فانتهشه وأخذ منه بضعة فأكلها وهو حي قال لا بأس بأكله ولو نهب الصيد منه ثم أخذ الكلب صيدا وهو في فوره فقتله
ولم يأكل منه هل يؤكل قال لا، وذلك أن الأكل في حال الاصطياد يدل على فقد التعليم ولا يؤكل ما اصطاده بعده.

باب فقد الإرسال وانقطاعه

قال وإذا أرسل الرجل الكلب أو غيره على الصيد وسمى فما أخذ في ذلك الفور من الصيد فقتله فإنه يؤكل كله فإن
أخذ صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله أكل ذلك كله، وذلك لأنه لم ينقطع عن حال الإرسال فصار الثاني كالأول، ولأنا بينا
أن التعيين لا يمكن في الإرسال فصار صيد الكلب الصيدين في فوره كوقوع السهم في صيدين. قلت فإن جثم على أخذها
طويلا ثم مر به آخر فأخذه فقتله لم يؤكل، وكذلك إن أرسل الكلب أو غيره على صيد فعدل عن الصيد يمنة أو يسرة
وتشاغل بغير طلب الصيد وفتر عن سننه ذلك ثم تبع صيدا فأخذه فقتله فإنه لا يؤكل لأنه إرسال مستقبل إلا أن
يزجره صاحبه ويسمي فينزجر لأنه إذا جثم على الصيد طويلا أو تشاغل بغير الإرسال وذهب يمنة ويسرة انقطع حكم
الإرسال. وإذا قصد صيدا بعد ذلك فقد استرسل بنفسه ولا يحل صيده إلا أن يزجره صاحبه فينزجر. قال فإن كان الذي
أرسل فهدا والفهد إذا أرسل كمن ولم يتبع حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله هل يؤكل قال نعم وكذلك
الكلب إذا أرسله الرجل فصنع كما صنع الفهد قال لا بأس بأكل ما صاد، وذلك لأن الكمين ليتمكن من الصيد من أسباب
الاصطياد فلا ينقطع حكم الإرسال كما لا ينقطع بالتوثب والعدو. قال وكذلك البازي إذا أرسل فسقط على شيء ثم طار
فأخذ الصيد فإنه يؤكل لأنه إنما يسقط على شيء ليتمكن من الصيد فصار ذلك ككمين الفهد. قال وكذلك
الرامي إذا رمى صيدا بسهم فما أصابه في سننه ذلك ووجهه أكل لأنه إذا مضى في سننه فلم ينقطع حكم
الرمي فصار ذاهبا بقوة الرامي فإن أصاب واحدا أو نفذ إلى آخر أكلهما لأن تعيين
الصيد غير معتبر ونفوذه من واحد إلى واحد بقوة الرامي فصار الثاني كالأول. قال فإن مالت الريح بالسهم إلى
ناحية أخرى يمنة أو يسرة فأصاب صيدا آخر لم يؤكل لأن السهم قد انصرف عن وجهه وذلك لأنه إذا عدل عن سننه انقطع
حكم الرمي فصارت الإصابة بغير فعل الرامي وهذا الأثر لا تتعلق به الإباحة كالحجر يلقيه على صيد
فقتله لم يؤكل لأنه لم يستند إلى فعل آدمي. [illegible] قال وإن أصابت الريح السهم
إذا اشتد على وجهه فمضت به بقوة الرامي ومعونة الريح لا يمكن الاحتراز عنه. قال وإن أصابت الريح السهم
وهي ريح تشتد به وقد قفته ولم تنعدل به عن وجهه ذلك فأصاب السهم صيدا فإنه يؤكل وذلك لأنه مضى في
وجهه ومعونة الريح إذا لم يعدل به عن جهته لا يمكن الاحتراز عنه فسقط حكمه. قال ولو أصاب السهم
حائطا أو صخرة فرجع فأصاب صيدا فإنه لا يؤكل لأن فعل الرامي انقطع وصارت الإصابة في غير جهة الرمي.
قال فإن مر من الشجر السهم فجعل يصيب الشجر في ذلك الوجه والسهم على سننه لم يتغير فأصاب صيدا
فقتله فإنه يؤكل. فإن رده شيء من الشجر يمنة أو يسرة فإنه لا يؤكل وهذا على ما بيناه. فإن مر السهم فجحبه حائط
وهو على سننه ذلك فأصاب صيدا فقتله أكل وذلك لأن فعل الرامي لم ينقطع وإنما أصاب السهم الحائط
وذلك لا يؤثر. قال أبو يوسف في رجل رمى صيدا فأصاب السهم صخرة ثم أصاب السهم الصيد فقتله
وقد سمى قال إن كان السهم مر على وجهه مستويا بعد ما أصاب الصخرة أو يمينا أو شمالا أكل وإن
كان رجع راجعا فأصاب الصيد فقتله لم يؤكل وهذا مخالف للأول ووجهه أن السهم يعدل عن السنن
يمينا وشمالا فلا يعتد بذلك، وكذلك إذا أصاب الصخرة فالظاهر أن فعل الرامي لم ينقطع فأما إذا رجع
فقد انقطع فعله لأن السهم لا يرجع من غير سبب. قال ولو أن رجلا رمى بسهم وسمى ثم رمى رجل آخر بسهم

فاصاب السهم الاول قبل ان يصيب الصيد فرده عن وجهه ذلك فاصاب صيدا فقتله فانه لا يؤكل لانه لما رجع بدفع
السهم الثاني عن سننه انقطع حكم الرمي فلم يتعلق به اباحه وهذا محمول على ان الرامي الثاني لم يقصد الاصطياد وقد
حصل القتل بفعله فلا يتعلق به اباحه ؛ فاما ان كان الثاني رمى ليصطاد حل اكل الصيد وهو للثاني لانه مات بفعله
وان لم يقصده بالرمي وتعيين المرمي ليس بشرط ۞ قال ولو ان رجلين رمى كل واحد منهما صيدا بسهم فاصابا الصيد
جميعا او وقعت الرميتان بالصيد معا فمات فانه لهما ويؤكل ذلك لانهما اشتركا في سبب الاستحقاق وتساويا فيه
فتساويا في الاستحقاق ۞ فان اصاب سهم الاول فوقذه ثم اصابه سهم الاخر فقتله قال ابو يوسف يؤكل
والصيد للاول وقال زفر لا يؤكل وهذه المسئله فرع على اختلافهم ان المعتبر في الرمي بحال الرمي او بحال الاصابه
فعند اصحابنا الثلثه ان المعتبر بحال الرمي لانه هو الذي يتعلق بفعله والتسميه معتبره عنده وقد حصل رميهما جميعا
والصيد ممتنع فلم يتعلق بالسهم الثاني حظر لان الملك للاول لان سهمه اخرجه من حيز الامتناع فصار سهم
الثاني كانه وقع بصيد مملوك فلا يتعلق به شيء ؛ وجه قول زفر ان المعتبر بحال الاصابه بدلالة انه لو لم يصب
لم يملك وقد حصل السهم الثاني في الصيد غير ممتنع فصار كمن رمى الى شاه فقتلها ۞ قال وكذلك ان رمى
احدهما بعد الاخر قبل اصابه الاول فهو كرميهما معا في القولين لان رمي الثاني حصل والصيد ممتنع فهو كرميهما
معا ۞ فان اصاب سهم الاول ثم رماه الثاني فان كان سهم الاول لم يخرجه من الامتناع فاصابه الثاني فهو للثاني
وذلك لان الثاني هو الذي صاده والاول فعل سببا في الصيد فصار كمن اثار صيدا واخذه غيره ۞ وان كان سهم الاول
وقذه واخرجه من الامتناع ثم اصابه سهم الثاني فهو على وجوه ان مات من الاول اكل وعلى الثاني ضمان ما نقصته
جراحته لان السهم الاول وقع به وهو صيد فاذا قتله حل وقد ملكه الاول بالاصابه ۞ والجراحه الثانيه نقص
في ملك الاول فضمنها الثاني ۞ وان مات من الجراحه الثانيه لم يؤكل لان الثاني رمى اليه وهو غير ممتنع فصار
كالرمي الى شاه ۞ ويضمن الثاني ما نقصته جراحته لانه نقص حل في ملك الغير بفعله ثم يضمن قيمته مجروحا
جراحتين لانه اتلفه بفعله الا انه غرم نقصان الجرح الثاني فلا يضمنها ثانيا والجرح الاول نقص بفعل المالك للصيد
فلا يضمنه الثاني ۞ فاما ان مات من الجراحتين لم يؤكل لان احد الرميتين يتعلق به الحظر والاخر يتعلق به
الاباحه والصيد بينهما لانهما اشتركا في سبب ملكه وعلى الثاني للاول نصف قيمته مجروحا الجراحتين
ونصف ما نقصته الجراحه الثانيه لانه اتلف على شريكه نصيبه حتى اخرجه من الاباحه الى الحظر فلزمه الضمان
فان لم يعلم باي الجراحتين مات فهو كما لو علم انه مات منهما لان كل احدى الجراحتين سبب للقتل في الظاهر ۞

باب ما بان من الصيد هل يؤكل ام لا

قال ابو الحسن رحمه الله روي عن النبي صلى الله عليه انه قال ما بان من الحي فهو ميته ولا اعلم بين اهل العلم خلافا في ان رجلا
لو قطع من اليه شاه قطعه او من فخذها انه لا يحل له اكل ذلك وهذا امر كانت تفعله الجاهليه كانوا ينقطعون قطعه
من اليه شاه ومن سنام البعير فياكلونها فقال صلى الله عليه ما بان من حي فهو ميت فدل ذلك على تحريمه ؛ لان
الميتة حرام ؛ قال واذا ركض رجل فرسه على صيد فضربه بسيفه فقطعه بابنين فانه ياكل النصفين جميعا روى
ذلك بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفه عن حماد عن ابرهيم ورواه ابن زياد عن ابي حنيفه وهو قول
اصحابنا جميعا ؛ قال ابرهيم فان كان ما يلي الراس اكثر فكل ما يلي الراس ودع ما سواه ؛ وان قطعت منه عضوا
فكل الا العضو الذي قطعت الا ان يكون معلقا بجلده فتاكله كله ۞ قال ابو الحسن وهو قول الحسن ومحمد
ولا اعلم عن زفر خلاف ذلك ؛ قال ابو عبد الله والاصل في هذا ما قدمنا ان الاوداج متصله من القلب الى
الدماغ فاذا قطع الوسط فهو القلب فقد قطع العروق فصار كالذبح فيحل به الجميع ؛ واما اذا قطع من
ناحيه العجز اقل الاكثر ولم يحل الا قل عندنا ؛ وقال الشافعي يؤكل ايضا فقول عليه السلم ما ابين من حي وهو
حي فهو ميت ؛ والعضو المقطوع ابين من حي فكان ميتا ۞ ولان الجرح ليس بذكاة في حال وقوعه
وانما يصير ذكاه اذا اتصل به خروج الروح قبل القدرة واذا صار ذكاة عند خروج الروح صار ذكاه للجمله
دون ما بان منها قبل ذلك ؛ وليس هذا كما لو قطع الاقل مما يلي الراس لان ذلك القطع اصاب العروق فصار
ذكاه عند وقوعه فحلت به الجمله ؛ واما اذا تعلق العضو بجلده فقد ذكر محمد في الاصل اذا كان بمنزله ما بان
لم يؤكل ؛ وذكر ابو يوسف هذا في الاملاء لم يشترط شيئا ؛ وكذلك رواه الحسن عن غير شرط ؛ ويجوز ان يكون
ما شرط محمد قولهم لانه اذا تعلق بجلده خفيفه فذلك التعلق غير معتد به فصار بمنزله البائن ويحمل قولهم
من غير شرط على التعلق الذي يجوز ان يبقى فيحوف العضو من جمله الحيوان وذكاه الحيوان ذكاه لما اتصل به ۞
فقال ابو يوسف اذا ضربت الراس فقطعته طولا او عرضا فان كان ما بقي من الراس اكثر مما قطع اكل الصيد وما بقي
من الراس وان كانا سواء فكلوا كله ؛ وقال ابو يوسف بعد ذلك اذا قطع الراس نصفين لم يوكل النصف الثاني
واكل ما بقي من الصيد وذلك لما بينا ان الاوداج متصله بالراس فاذا قطع اقل الراس فلم يعلم انه قطع العروق
فصار ذلك في حكم الجرح الذي يبيح الجمله ولا يبيح ما بان ؛ واذا قطع الاكثر من الراس فقد قطع العروق فيصير ذلك
كالذبح فيبيح الجمله ۞ والذي اختلف قول ابي يوسف فيه في النصف الاكثر فهو بناء على قطع العروق فكانه ظن انه

لا يكون الا فيما يلي البدن عن الراس فاعتبر قطع الاكثر وقد كان ظن قبل ذلك انه اذا قطع نصف الراس قطعها قال
هشام سمعت محمدا يقول في رجل ضرب راس صيد فابان بعض الراس انه اذا كان يلي المذبح اقل اكلهما
جميعا وان كان مما يلي المذبح اقل اكل الذي يلي المذبح فهو كالاخر وهو قول ابي حنيفه ؛ قال محمد وان كانا سواء
اكلهما جميعا وهذا على ما بيناه ۞

باب الرجل يسمع حس الصيد فيظنه صيدا فيرسل كلبه عليه او يرميه ثم يعلم انه صيد او غير صيد ما يحل من ذلك وما لا يحل ۞

قال ابو عبد الله وجمله هذا الباب ان من سمع حسا فظنه صيدا فارسل كلبه عليه او بازه او رماه بسهمه فاصاب صيدا او بان
له ان الحس الذي سمعه لم يكن حس صيد وانما كان حس شاه او بقره او ادمي لم يؤكل الصيد الذي اصاب في قولهم لانه
ارسل على غير صيد ورمى الى غير صيد فلم يتعلق بارساله ورميه حكم الاباحه وصار كانه رمى الى ادمي يعلم به فاصاب
صيدا لم يؤكل ۞ واما اذا كان الحس حس صيد ماكول او غير ماكول فاصاب صيدا ماكولا اكل ؛ وقال زفر
ان كان حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع وما اشبهها لم يؤكل ؛ وروى عن ابي يوسف انه قال ان كان حس سبع
اكل الصيد وان كان حس خنزير لم يؤكل الصيد ؛ وجه قولهم المشهور ان الاصطياد للحيوان الماكول وغير
الماكول من جنس الصيد سواء في الاباحه فاذا اراد الحس بذلك فرماه او ارسل عليه تعلق برميه وارساله
اباحة الاصطياد وتعلقت به صيد ماكول فاكل كما لو كان الحس حس ماكول فاصاب ماكولا ؛ وجه قول
زفر ان السباع لا يحل اكلها فرميها لا يتعلق به اباحة الاكل فاذا اصاب غيرها لم يؤكل كما لو كان حس
ادمي ؛ لابي يوسف ان الخنزير مغلظ التحريم لا يجوز الانتفاع به بوجه والسباع وان كانت محرمة جاز
الانتفاع بجلدها ۞ فاذا رمى الى صيد يجوز الانتفاع به وقد تعين برميه الماكول جاز اكله ؛ واذا رمى الى صيد لا يحل الانتفاع
به بحال لم يتعلق برميه حكم الاباحه فلم يحل ما تعين به ؛ واما اذا لم يعلم ان الحس حس صيد او غيره لم يؤكل ما
اصابه لان الحظر والاباحه تساويا فكان الحكم للحظر ؛ وقال في الاصل فيمن رمى خنزيرا اهليا فاصاب صيدا
قال لا يؤكل لان الخنزير الاهلي ليس بممتنع فالرمي اليه كالرمي الى الشاه فلا يتعلق به حكم الاباحه ۞ وان اصاب
صيدا ماكولا ؛ وقالوا فيمن سمع حسا فظنه ادميا فرماه فاصاب الحس نفسه فاذا هو صيد اكل لان تعيينه
بالظن والرمي يسقط القصد ويصير كانه قصد الى المحسوس ؛ وقالوا لو رمى طائرا فاصاب صيدا او ذهب المرمي
فلم يعلم اوحشي هو او مستانس اكل الصيد وهذا مبني على ان الطير الداجن اذا رمي في الصحراء لم يحلها العقر
لانه ماوى البيوت فيثبت البناء عليه الا انه لما رمى الى طائر لم يشك فيه فالاصل في الطير التوحش حتى يعلم
الاستيناس فيتعلق برميه الاباحه ۞ وقالوا لو رمى بعيرا فاصاب صيدا وذهب البعير فلم يعلم اناد هو
او غير ناد لم يؤكل الصيد حتى يعلم ان البعير كان نادا لان الاصل في الابل الاستيناس حتى يعلم غيره ۞
واختلفت الروايه عن ابي يوسف فيمن رمى سمكه او جراده فاصاب صيدا فقال لا يؤكل لان السمكه
والجراده لا ذكاه لهما ؛ وروى ابن ابي مالك عنه انه يؤكل الصيد لان المرمي من جمله الصيد وان كان لا
ذكاه له ۞ وقالوا لو ارسل كلبا على ظبي موثق فاصاب صيدا لم يؤكل لان الموثق لا يجوز صيده بالكلب
فهو كالشاه ؛ ولو ارسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظباء فاصاب صيدا لم يؤكل لان هذا الارسال
لم يقصد به الاصطياد فصار كمن ارسل كلبا على فيل فاخذ صيدا ۞

باب الصيد يتوارى عمن يصيده ما حكمه

قال ابو عبد الله اصل هذا الباب ان من رمى صيدا او ارسل كلبا على صيد فتوارى الصيد عنه ثم وجده ولم يقعد عن طلبه
فانه يؤكل استحسانا والقياس ان لا يؤكل ووجه القياس انه يجوز ان يكون مات من سهمه ومن جراحه كلبه
ويجوز ان يكون مات من غير ذلك فلا يحل اكله بالشك ۞ وجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه مر بالروحا
على حمار وحش عقير فتبادر اصحابه اليه فقال دعوه فسياتي صاحبه فجاء رجل من بهز فقال هذه رميتي يا رسول الله
وانا في طلبها وقد جعلتها لك فامر رسول الله صلى الله عليه ابا بكر فقسمها بين الرفاق ۞ ولان هذا لا يمكن الاحتراز
منه في الصيد لان الانسان اذا وقع به سهمه تحامل في العاده فغاب واذا اصابه الكلب انحرف منه
فغاب فاذا لم يوجد من الصياد تفريط في الطلب لم يعتد بالغيبه التي لا يمكن الاحتراز منها ۞ واما اذا
قعد عن طلبه ثم وجده لم يؤكل لما روي ان رجلا اهدى الى رسول الله صلى الله عليه صيدا فقال له من اين لك هذا
فقال رميته بالامس وكنت في طلبه حتى هجم علي الليل فقطعني عنه ثم وجدته اليوم ومعولي فيه فقال
صلى الله عليه انه غاب عنك ولا ادري لعل بعض الهوام اعانك عليه لا حاجه لي فيه ۞ وروي عن ابن عباس انه
سئل عن ذلك فقال كل ما اصميت ودع ما انميت ۞ قال ابو يوسف فالاصماء ما عاينته والانماء ما توارى عنه ؛
وقال هشام عن محمد الاصماء ما لم يتوار عن بصرك والانماء ما توارى عن بصرك ۞ ولان الصيد اذا
قعد عن طلبه جاز ان يكون لو لم يقعد ادركه حيا فكانت ذكاته الذبح وخرج الجرح من ان يكون ذكاه فلم
يجز استباحته بالشك ۞

باب المتردي

قال ابو الحسن رحمه الله المتردي الصيد يرمي وهو يطير فيسقط على جبل ثم يسقط منه الى الارض فهو متردي فلا يوكل اذا مات من ذلك ∴ وكذلك اذا كان على جبل فسقط منه على شي من الجبل ثم سقط على الارض فانه لا يوكل وكذلك لو كان على سطح فهوى فاصابه حائط السطح ثم سقط الى الارض لم يوكل ∴ وكذلك ان كان على نخله او شجره فسقط منها على جذع النخله او بدن الشجره ثم سقط الى الارض فمات لم يوكل ∴ وكذلك لو وقع على رمح مركوز على الارض وفيه سنان فوقع على السنان ثم وقع على الارض لم يوكل ∴ وكذلك لو نشب فيه السنان فمات عليه لم يوكل ۞ قال ابده الله والاصل في هذا انه اذا انضم اليه معنى اخر يمكن الاحتراز منه ويجوز ان يكون التلف حصل به لم يوكل ∴ لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال وان وقع في الما فلا تاكله فلعل الما قد قتله ∴ ومعلوم ان وقوع الصيد على شي ثم وقوعه منه الى الارض قد يخلو منه الرمي في الغالب ويجوز ان يكون التلف حصل منه فصار كوقوعه في الما ∴ واما اذا وقع على الارض فمات فالقياس ان لا يوكل لانه جاز ان يكون مات من الارض والاستحسان ان يوكل لانه لا يمكن الاحتراز من وقوع المرمي على الارض وما لا يمكن الاحتراز منه في الصيد يسقط حكمه ∴ وقد ذكر في المنتقى في الصيد اذا وقع على صخره فانشق بطنه او تقطع راسه لم يوكل قال الحاكم وهذا خلاف جواب الاصل يعني انه خلاف عموم الجواب لانه قال في الاصل انه لو وقع على اجره موضوعه في الارض اكل ولم يفصل بين ان يكون انشق بطنه او لم ينشق فجعلناه روايتين فوجه ما ذكره الحاكم انه اذا انشق بطنه فالظاهر ان الموت حصل بغير الرمي فسقط التخويف ويجوز ان يحمل ما ذكره في الاصل على هذا التفسير فيكون معناه انه يوكل اذا لم ينشق بطنه او يتقطع راسه ۞ قال ابو الحسن رحمه الله ولو وقع على حرف اجره في الارض او حرف حجر متكي ثم وقع على الارض لم يوكل وهذا على ما قدمنا ∴ قال ولو كانت الاجره منطرحه على الارض او اللبنه فوقع عليها ثم مات اكل لان الاجره المنطرحه كالارض فوقوعه عليها كوقوعه على الارض ۞ قال ولو وقع على جبل فاستقر عليه اكل لان استقراره عليه كاستقراره على الارض ∴ قال ولو سقط من الرميه في ما فمات لم يوكل وهذا على ما بينا ∴ قال بشر وعلي عن ابي يوسف اذا رمى صيدا او هو في السما فاصابه بنشابه وسمى فوقع على الارض فمات فحل ليس هذا المتردي وهذا صحيح لان المتردي هو المتردد ولكنه لما اجتمع الحرفان قلبوا احدهما يا كقوله يقضي البازي وانما هو يتقضض فابدلوا الباء يا ∴ والتردد هو ان يقع على شي ثم على شي ∴ واما المتردي اذا ادرك ذكاته فهو على الخلاف الذي قدمناه ∴ وقد ذكر في المنتقى عن ابي يوسف قال ولو رمى صيدا على قله جبل فاثخنه حتى لا يتحرك ولم يستطع ان ياخذه فرماه فقتله ووقع لم ياكله وذلك لانه خرج من حين الامتناع بالرمي الاول فصار الرمي الثاني الى غير ممتنع فلا يوكل ۞

باب صيد السمك

قال ابده الله جمله هذا الباب ان حيوان البحر كله لا يوكل الا السمك خاصه وقد قدمنا الكلام في ذلك مع الشافعي واما انواع السمك فهي حلال كلها وقد بينا ذلك وما عليه بقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان السمك والجراد وهذا عام في الجريث والمارماهي ∴ وقد روي عن النبي صلى الله عليه انه قال البحر هو الطهور ماوه والحل ميتته ۞ وروي عن علي بن ابي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهما اباحه الجريث ولا يعرف لهما مخالف ۞ وقد بينا ان السمك لا يحل الا ان يكون موته بسبب حادث ∴ وتكلمنا على ما مات بالحر والبرد وكدر الما وفي كراهه الطافي ∴ وقد اختلف اصحابنا المتاخرون في السمك اذا مات حتف انفه فمنهم من قال انه لا يوكل طفا او لم يطف لان الموت فيه انه مات حتف انفه وهذا المعنى موجود وان لم يطف ۞ ومنهم من قال لا يكره الا الطافي لحديث جابر ∴ قال قال رسول الله صلى الله عليه ما انحسر عنه الما فكلوه وما طفا فلا تاكلوه ∴ ولانه اذا طفا تغير لحمه في العاده فيكره اكله كما يكره اكل الطعام المتغير ۞ وقد روي عن محمد انه قال في السمكه توجد في بطن الكلب قال لا باس بها يعني اذا لم يتغير لانها ماتت بسبب حادث ۞ وسيل ابو يوسف عن مشط الخنزير فقال لا باس بها يعني بذلك ما يتخذ من شعر خنزير الما لان عندنا حيوان البحر الذي لا يوكل طاهر فلا باس بالانتفاع به ۞

باب ما يصاد به

قال اصحابنا جميعا كل ذي ناب او مخلب علم فتعلم كان صيده حلالا ∴ وقالوا وابن عرس اذا علم فتعلم حل صيده قال هشام سالت محمدا عن صيد ابن عرس فاخبرني ان ابا حنيفه قال اذا علم فتعلم فكل ما صاده ۞ وقال هشام سالت محمدا عن الذيب اذا علم فصاد قال هذا الذيب انه لا يكون فان كان فلا باس به ۞ فالوجه ما قدمناه ان كل ذي ناب او مخلب اذا لم يكن محرم العين وتعلم جاز الاصطياد به لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وهو عام ۞ وقد روي عن اصحابنا انهم قالوا في الاسد والذيب انه لا

الصيد بهما وليس ذلك لمعنى يعود الى عينهما وانما هي لفقد التعليم لانهم قالوا ان عادتهما لن تمسكا صيدهما لا باكلا لانه في الحال وانما يستدل على التعليم بترك الاكل فان تصور التعليم فيهما جاز ۞ واما الخنزير فلا يجوز الاصطياد به لانه محرم العين فلا انتفاع به محرم ۞ تم كتاب الصيد ويتلوه كتاب الاضحيه

كتاب الاضحيه

قال ابده الله الاضحيه من حقوق الاموال وحقوق الاموال على ضربين منها ما يجب فيه التمليك كالزكوه ومنها ما يجب فيها الاتلاف كالعتق والاضحيه من جنس العتق لان الواجب فيها اراقه الدم وهو اتلاف وليست الصدقه بها واجبه ∴ ويجوز ان يقال انها اخذت الشبه من العتق لان الواجب فيها الاتلاف ∴ ومن الزكوات لان المستحب ان يتصدق بلحمها وهي عندنا واجبه في قول ابي حنيفه ومحمد وزفر والحسن بن زياد واحدى الروايتين عن ابي يوسف رواه عنه محمد والحسن بن زياد وهشام ∴ وذكر ابو يوسف في الجوامع انها سنه وليست بواجبه وهو قول الشافعي ∴ وجه قولهم في وجوبها قوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في التفسير المراد به الاضحيه وروي عن النبي صلى الله عليه انه قال من لم يضح فلا يقربن مصلانا ∴ وقال على اهل كل بيت في كل عام اضحيه وعتيره ∴ وقال من ذبح قبل الصلوه فليعد اضحيته ومن لم يذبح فليذبح بسم الله ∴ ولانها قربه يضاف اليها وقتها فكانت واجبه كالجمعه ∴ لابي يوسف قوله صلى الله عليه ثلث كتبت علي ولم تكتب عليكم وذكر الاضحيه وروي انه قال عليه السلم ثلث كتبت علي وهي لكم سنه ∴ وروي ان ابا بكر وعمر كانا لا يضحيان السنه والسنتين وروي عن ابن مسعود الانصاري انه قال قد اتروح على الف شاه فلا اضحي بواحده منها مخافه ان يعتقد جاري انها واجبه ∴ ولانه حق مال لا يجب على المسافر فلا يجب على المقيم كالعقيقه ۞ والجواب اما الخبر الاول فلا دلاله فيه لانها ليست مكتوبه عندنا وانما هي واجبه وقوله كتب علي وهي لكم سنه يدل على وجوبها لان ما وجب عليه وجب على الامه الا ان يدل الدليل ∴ وقوله وهي لكم سنه معناه ان وجوبها ثبت بالسنه ۞ واما حديث ابي بكر وعمر فلانهما لا يجدان سعه وانما كان رزقهما من بيت المال لا يفضل عن كفايتهما ∴ واما حديث ابن مسعود فيجوز ان يكون عليه دين فخاف ان يضحي فيعتقد جاره ان الاضحيه تجب مع الدين ۞ واما القياس فلا يصح لان المسافر قد يسقط عنه ما هو اكد من الاضحيه كالجمعه وبعض الفرض كي لا يتشاغل بذلك عن السفر فكذلك سقطت عنه الاضحيه ∴ واذا ثبت انها واجبه فشرط وجوبها المال اذا ملك الانسان مايتي درهم بعد منزله وخادمه وكسوته وما يتاثث به في منزله على ما فسرنا في حد الغنا في صدقه الفطر وذلك لقوله عليه السلم من وجد سعه فليضح ∴ ولانها حق يخرج من المال لا يتعلق بسبب من جهته فاعتبر فيه الغنا كصدقه الفطر ∴ وتجب على المقيمين في الامصار والقرى والبوادي دون المسافرين ∴ وذلك لان الاضحيه تختص بوقت معين فلو وجبت على المسافرين لتشاغل بها عن السفر فتسقط عنه كالجمعه ۞ وقد قال في الاصل لا تجب الاضحيه على الحاج وانما اراد بذلك الحاج المسافر واما اهل مكه فيجب عليهم الاضحيه وان حجوا ۞ ولا يجوز ذبح الاضاحي في الامصار الا بعد صلوه الامام العيد ومن ذبح قبل ذلك لم يجزه وكان عليه الاعاده مكانها ∴ وقال الشافعي اذا مضى من الوقت مقدار ما صلى رسول الله صلى الله عليه فيه العيد جازت الاضحيه وان لم يصل الامام لنا قوله صلى الله عليه اول نسكنا في يومنا هذا الصلوه ثم الذبح وروي ان ابا برده ذبح قبل الصلوه فقال صلى الله عليه تلك شاه لحم ∴ ولان ما يترتب على صلوه رسول الله صلى الله عليه يترتب على صلوتنا كتكبير التشريق ۞ قال وفيما كان في غير المصر فانه يجزيه اذا طلع الفجر من يوم الاضحى والجنبه قبل ذلك ∴ وذلك لان اهل السواد ليس عليهم صلوه العيد فصاروا بعد طلوع الفجر كاهل المصر اذا صلوا ۞ والذي كان شيوخنا يقولون في هذا ان وقت الاضحيه يدخل بطلوع الفجر في المصر والسواد الا ان فعل الصلوه لم يجب عليهم ۞ الصلوه شرط في الاضحيه فمن لا يجب عليه الصلوه فالوقت قد دخل في حقه والشرط غير لازم له فجازت اضحيته ۞ والذي يبين هذا ان العباده لا يجوز ان يختلف فيها المصر وغير المصر كسائر العبادات ∴ ويجوز ان يختلف شرطها الا ترى ان الظهر يمنع من فعلها في وقت الجمعه في المصر الا لمعذور او بعد صلوه الامام ولا يمنع ذلك في السواد ۞ قال وايام النحر ثلثه ايام يوم الاضحى بعد طلوع الفجر وهو العاشر من ذي الحجه والحادي عشر والثاني عشر يجوز في نهار هذه الايام ولياليها من بعد طلوع الفجر من اليوم الاول الى غروب الشمس من اليوم الثاني عشر غير انه يكره الذبح بالليل ۞ فان فعل اجزاه ∴ وقال الشافعي ايامها اربعه ايام وزاد ثالث عشر ۞ لنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس وانس وابن عمر رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثه افضلها اولها وتخصيص العبادات بوقت لا يعلم الا من طريق التوقيف فكانهم رووا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه ∴ ولان اليوم الرابع لا يختص فيه وجوب الرمي بما بعده وهذه الايام الثلثه عندنا يدخل فيها المعلومات والمعدودات ايام النحر فيوم النحر من المعلومات وليس من المعدودات ۞ واليوم الثاني والثالث من المعدودات والمعلومات ۞ واما كراهتها بالليل فليس لاجل الوقت ولكن لان الليل لا يستبين فيه العروق ولا يومن ان يغلط فيها فلذلك كره الذبح بالليل ۞ فاما جوازها بالليل فلما روي عن الصحابه انهم قالوا ايام النحر ثلثه واحد العددين اذا ذكر على طريق الجمع اقتضى

دخول ما بازاه من العيد الآخر ۞ ولانه ذبح واجب فلا يختص بالنهار كالهدايا وجزاء الصيد ۞ قال ولا يجوز الذبح بعد ذلك
ومن لم يذبح حتى تغرب الشمس من اليوم الثاني عشر فقد فاته الذبح وذلك لان العبادات الموقتة يسقط فعلها بمضي وقتها
وايجاب مثلها يحتاج الى دلالة ۞ قال وان كان قد اوجب شاة بعينها او اشتراها ليضحي بها فمضت ايام النحر قبل ان يذبحها
تصدق بها حية ولا ياكل منها شيئا لانها لم تذبح فتبلغ محلها فيتصدق بها ۞ قال محمد وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقولنا :. وذلك لان الاضحية تتضمن حقا في البدن وهو الذبح وذلك يفوت بفوات الوقت كالزكوة :. فاذا مضى الوقت
سقط ما على البدن وبقي حق المال فلذلك وجب ان يتصدق بها وانما لم يجز له الاكل منها لان الاضحية وهدي التطوع
اذا تعينت القربة فيه بالذبح جاز الاكل منه واذا لم يتعين لم يجز للمعين الاكل منه بدلالة ما روي ان النبي صلى الله عليه بعث بالهدايا
في عام الحديبية مع ناجية بن جندب وامره ان يدخلها الفجاج والاودية حتى يأتي منا فقال فما اصنع بما ابدع علي
منها قال انحرها واصبغ نعلها بدمها يعني قلادتها واضرب به صفحتها وخل بينها وبين الناس ولا تاكل انت ولا احد
من رفقائك منها شيئا :. وكان المعنى في ذلك انها لما نحرت قبل محلها لم يتعين القربة فيها فمنعهم من اكلها
لانهم كانوا اغنياء ۞ قال والذبح في اول الايام افضل لما روي عن عمر وعلي وابن عباس انهم قالوا افضلها اولها ۞
قال والاضحية على الغني عن نفسه وولده الصغار بحسب ولا يجب عليه ان يضحي عن عبده ولا احد من عياله غير الولد
الصغير ۞ وليس عليه ان يضحي عن ولده الكبار :. اما وجوبها عن نفسه فقد قدمناه .. واما وجوبها عن اولاده الصغار
ففيه روايتان احديهما انها تجب لانها حق يتعلق بيوم العيد كالفطرة :. ولان ولده في حكم جزء من اجزائه ۞ والرواية
الاخرى ان الاضحية لما لم تجب عن عبده لم تجب عن ولده وانما لم تجب عن العبد لان القائل احد القائلين اما من قال بوجوبها
على الانسان عن نفسه دون غيره واما من لم يوجبها عليهما فسقوطها عن العبد اجماع ۞ واما ولده الكبار فلا
ولاية له عليهم كالاجانب :. ولانه لا يجب عليه صدقة الفطر عنهم وهي اكد فلان لا تجب الاضحية اولى ۞ قال
وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان عليه ان يضحي عن ابن ابنه اذا كان ابوه ميتا وان كان حيا لم يجب عليه :. قال
وهذا يجب ان يكون على روايتين كما في الولاية صدقة الفطر فان اوجبناه فلانه عصبة لولده كالاب وان قلنا لا
يجب فلان ولايته منتقلة كولاية الوصي ۞ واما اذا كان ابوه حيا فلا يجب على الروايتين لانه لا ولاية للجد عليه
كالاجنبي ۞ واما اذا كان للصغير مال ضحى عنه ابوه من مال الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذلك
الوصي يضحي عن الصغير من مال الصغير وقال محمد لا يضحي الاب عن الصغير الا من مال الاب وان كان الصغير
موسرا هذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وزفر وقد تكلم اصحابنا المتاخرون في هذه المسالة فمنهم من قال انها
محمولة على صدقة الفطر فتجب في مال الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا تجب عند زفر ومحمد ومنهم من
قال لا تجب في قولهم لان الواجب في الاضحية اراقة الدم والصدقة بها تطوع وذلك لا يجوز في مال الصغير
ولا يجوز الصبي في العادة ان ياكل جميعها :. ولا يجوز ان يباع فلذلك لم تجب ۞ والصحيح ان يقال انها
تجب ولا يتصدق بها لانها تطوع :. ولكن ياكل منها الصغير ويدخر له قدر حاجته ويبتاع له بالباقي ما ينتفع بعينه
كما يجوز ان يبتاع البالغ بجلد الاضحية ۞ وقال الحسن عن ابي حنيفة ان ولد للرجل وهو موسر ولد في ايام
الذبح وجب عليه ان يذبح عنه ما لم تمض ايام النحر فان مضت ايام النحر قبل ان يضحي عن نفسه او عن ولده
الصغار فليس عليه ان يضحي بعد ايام النحر وانما وجب عليه ان يضحي عن ولده لانه استفاده في وقت
الوجوب فاذا مضت الايام سقطت العبادة لمضي وقتها :. وقال ان مات له ابن صغير في ايام الذبح قبل
ان يذبح عنه فليس عليه ان يضحي عنه :. وذلك لان العبادات الموقتة يجب عندنا باخر وقتها فمن مات قبل
الوجوب لم تثبت في حقه ۞ قال وقال ابو حنيفة ليس على الرجل ان يذبح عن نفسه اذا كان مسافرا وعليه
ان يضحي عن ولده اذا كانوا مقيمين في مصرهم ۞ وان كانوا مسافرين معه لم يضح عنهم وانما لم يجب عليه عن نفسه
لما قدمناه ۞ ولان القايل احد القايلين اما من اوجبها على المقيم او من لم يوجبها بحال فيسقط عن المسافر
بالاجماع :. وكذلك ولده المسافر في حكمه :. فاما اذا كان في مصر فعلى الانسان ان يضحي عنه لان المعتبر بصفة
الموجب عنه فاذا كان مقيما لم يؤثر في اضحيته سفر غيره ۞ قال واذا كان الامام قد خلف من يصلي بضعفة
الناس في مسجد المصر وخرج بالاخرين الى المصلى فصلى احد المسجدين ايهما كان جاز ذبح الاضاحي وقد ذكر هذه
المسالة في الاصل اذا صلى اهل المسجد فالقياس ان لا يجوز ذبح الاضحية والاستحسان ان يجوز ووجه
القياس ان من شرطها فعل صلاة العيد فان اعتبر بالصلوة في المصلى لم يجز الذبح وان اعتبر بالصلوة من
المسجد جاز الذبح فلا يجوز الذبح بالشك ۞ ووجه الاستحسان ان صلاة من في المسجد تجزي عن صلوة
العيد الا ترى انه لو اقتصر عليها جاز فكانه لم يكن الا هم ۞ ولان النبي عليه السلام جعل الاضحية بعد الصلوة
ولم يفصل :. فاما ان سبق اهل المصلى بالصلوة قبل اهل المسجد فلم يذكره في الاصل :. وكان اصحابنا يقولون
لا رواية فيه :. وقد ذكر ابو الحسن رحمه الله وجعله كصلوة اهل المسجد :. فان كانت هذه رواية فوجهه
ما ذكرنا :. وقد تكلم اصحابنا المتاخرون في هذا فمنهم من قال يجب ان يكون هذا جائزا قياسا واستحسانا
لان الاصل في صلوة العيد صلاة من في المصلى ومن في المسجد انما يفعلون للعذر فوجب اعتبار الاصل
دون غيرهم :. ومنهم من قال ان المسالة قياسا واستحسانا كالمسالة الاولى ووجهه ما قدمنا وهذا ظاهر

ما قاله ابو الحسن لانه سوى بينهما :. ومن اصحابنا من قال لا يجوز الاضحية بصلوة اهل المصر حتى يصلي اهل
المسجد لان الصلوة في المسجد هي الاصل بدلالة ساير الصلوات :. وانما يصلي الامام في المصلى للعيد لان المسجد
لا يسع الناس فوجب ان تعتبر في الاضحية صلوة من هو الاصل دون غيرهم ۞ قال وان كان رجل من
اهل السواد مسكنه فيه دخل المصر لصلوة الاضحى وامر ان يضحي عنه فانه يجوز ان يذبحوا عنه بعد طلوع
الفجر وذلك لان الذبح هو العبادة فاعتبر وقتها بمكان فعلها دون مكان المفعول عنه ۞ قال وان سافر رجل
وامر اهله وهم في المصر ان يضحوا عنه فانه لا يجوز ان يضحوا عنه الا بعد صلوة الامام :. قال محمد انما انظر الى موضع الذبح
ولا انظر الى موضع المذبوح عنه :. روى ذلك عنه ابن سماعة وهشام ووجهه ما بيناه ۞ وقال هشام عنه ان كان
الرجل من المصر امر رجلا والما مور بحيث يجوز ان يذبح بعد طلوع الفجر فامر الذي في المصر الذي ليس في المصر ان يذبح
عنه فذبح عنه بعد انشقاق الفجر قال محمد يجزيه وبعد طلوع الشمس احب الي وهذا على ما بينا ان المعتبر مكان المذبوح
فاما استحسان الذبح بعد طلوع الشمس فلما قدمنا انه امكن من مشاهدة العروق واستيفاء قطعها :. وروى الحسن
بن زياد عن ابي يوسف انه يعتبر المكان الذي يكون فيه ولا يعتبر الموضع الذي يكون فيه المذبوح عنه :. قال الحسن
في اثر الحكاية عن ابي يوسف وان كان الرجل في مصر واهله في مصر اخر فكتب اليهم ان يضحوا عنه فينبغي لهم
ان يضحوا عنه حتى يصلي الامام الذي فيه اهله :. فان ضحوا عنه قبل ان يصلي لم يجزه واعتبر مكان الذبيحة ۞
وقال الحسن اذا كان الرجل في مصر واهله في مصر لم يذبحوا عنه حتى يصلي في المصرين جميعا ۞ وقال محمد مثل قول
ابي يوسف ووجه قولهما ان العبادة هي الذبح والعبادات الموقتة يعتبر وقتها في حق فاعلها دون غيره :. ولانهم
ذبحوا في وقت يجوز الذبح فيه لانفسهم فكذلك لغيرهم كما لو كانوا في المصر والامر في السواد فذبحوا بعد
الصلوة :. ووجه قول الحسن ان حال المذبوح عنه معتبرة فكذلك حال الذبيحة فوجب اعتبار الامرين فلا
يجوز الذبح بدخول احد الوقتين دون دخول الوقت الاخر ۞ قال وان صلى الامام العيد ولم يخطب اجزى من ذبح
لان خطبة العيد ليست بواجبة فلم يشترط فيها ما هو واجب ۞ ولان النبي صلى الله عليه قال اول نسكنا في
يومنا هذا الصلوة ثم الذبح فرتب الذبح على الصلوة دون الخطبة ۞ قال محمد واذا اخر الامام صلوة العيد فليس
للرجل ان يذبح اضحيته حتى ينتصف النهار ۞ وان شغل الامام فلم يصل العيد او ترك ذلك متعمدا حتى
انتصف النهار فقد حل الذبح بغير صلوة في الايام كلها وعلى الامام ان يخرج لصلوة العيد من الغد او من بعد
الغد فمن ذبح من الغد او بعد الغد قبل ان يصلي الامام اجزاه وذلك لان الشمس اذا زالت فات وقت
الصلوة وانما يفعل في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء ولا يشترط ذلك في الذبح ۞ ولان سقوط
الفرض بذهاب وقته كسقوطه بفعله فلذلك جازت الاضحية ۞ قال الكساي قال محمد قد كانت في الجاهلية
لم يفعلها المسلمون في اول الاسلام فنسخها ذبح الاضحى فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل :. وذبح الشاة كانوا يذبحونها
في رجب تدعى الرجبية كان اهل البيت يذبحون الشاة فياكلون ويطبخون ويطعمون فنسخها ذبح الاضحى ۞
والعتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة او الشاة ذبح اول ولد تلده فاكل واطعم ۞ قال محمد هذا كله كان
يفعل في الجاهلية فنسخه ذبح الاضحى وذلك لما روي عن عائشة انها قالت نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله
ونسخت الاضحية كل ذبح كان قبلها ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله ۞ وروي عن ابي جعفر محمد بن علي
ان الاضحى قد نسخ كل ذبح كان قبله :. وذكر مثل حديث عايشة :. فاما العقيقة فقد قال محمد ان شاء فعل
وان شاء لم يفعل وهذا يمنع من كونها سنة :. وقال الشافعي هي سنة لما روي عن النبي صلى الله عليه انه سئل
عن العقيقة فقال لا احب العقوق من شاء فليعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية شاة وهذا يمنع من كونها
سنة لانه علقه بمشيته ۞

باب السن الذي يجزي عن الاضحية

قال ابو الحسن رحمه الله لا يجوز ان يضحي عند اصحابنا جميعا الا بالثني من كل شيء الابل والبقر والغنم الا الجذع من الضان
خاصة اذا كان عظيما على ما جاء به الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وذلك لما روي انه قال ضحوا بالثنايا الا ان يعسر
على احدكم فليذبح الجذع من الضان ۞ وروي ان النبي صلى الله عليه خرج الى المصلى فشم قتار اقتار فقال ما هذا فقالوا اضحية
ابي بردة فقال تلك شاة لحم فجا ابو بردة فقال يا رسول الله عندي عناق خير من شاتي لحم فقال يجزي عنك
ولا يجزي عن احد بعدك ۞ وروي عن البراء قال خطب رسول الله صلى الله عليه يوم عيد فقال ان اول نسكنا
يومنا هذا الصلوة ثم الذبح فقام اليه خالي ابو بردة بن نيار فقال يا رسول الله كان يوما يشتهى فيه اللحم
وانا عجلنا فذبحنا فقال رسول الله صلى الله عليه فابدلها فقال يا رسول الله عندنا ماعز جذع قال فهي لك وليست
لاحد بعدك ۞ وروي عن النبي صلى الله عليه انه قال نعم الاضحية الجذع من الضان ۞ وروي ان رجلا قدم المدينة
بغنم جذاع فلم ينفق منه فذكر ذلك لابي هريرة فقال ابو هريرة سمعت النبي صلى الله عليه يقول نعمت الاضحية
الجذع من الضان فلما سمع الناس هذا الخبر انتهبوها يعني تبادروا الى شرايها :. وتخصيص العبادات
بشيء دون شيء لا تعلم من طريق التوقيف ۞ وقال الفقهاء ان الجذع من الغنم ابن ستة اشهر والثني ابن سنة
والجذع من البقر ابن سنة والثني ابن سنتين والجذع من الابل ابن اربع سنين والثني ابن خمسة ۞

قال ويجوز البعير والبقرة عن سبعة واقل من ذلك ولا يجوز عن اكثر من ذلك وقال مالك يجزي عن اهل البيت وان زادوا على سبعة ولا يجزي عن اهل البيتين وان كانوا اقل من سبعة ۞ لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه اشرك بين اصحابه في البدن فجعل البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة ∴ وروي عن جابر انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة ۞ ولان القياس يمنع من جوازها عن اكثر من واحد لانه ذبح واجب كذبح الشاة ∴ وانما تركنا القياس للخبر فما سواها على اصل القياس ۞ ولان البدنة لما جازت عن سبعة من اهل البيت الواحد جازت عن سبعة من بيتين كسبعة من الغنم ۞ قال ويجوز الشاة عن واحد ولا يجوز عن اكثر من ذلك ولو كانت تساوي شاتين مما يجوز ان يضحي بهما لان القياس يمنع من جواز الاشتراك وانما جوزنا ذلك للخبر ولم ينقل الشركة في الغنم فبقيت على اصل القياس ۞

باب العيوب التي تمنع جواز الاضاحي

قال في الاصل لا يجوز العوراء ولا المقطوعة الطرف ولا الاذن فان كان من الاذن الثلث او اقل اجزت وان كان اكثر من الثلث لم يجز في قول ابي حنيفة ومحمد رواه هشام عن محمد عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا كان الباقي من الاذن اكثرها اجزت وان ذهب النصف وبقي النصف لم يجز في قوله رواه بشر عنه وكذلك الطرف والاذن والعين وكذلك الذنب ∴ قال بشر عن ابي يوسف وسالت ابا حنيفة عن القرن المكسور كله او بعضه هل يجزي فقال نعم وهو قول ابي يوسف وسالت ابا حنيفة عن الاذن والعين وطرف الالية والذنب يكون مقطوعا او شيا منه او يكون خلقة او سمة فقال ما كان من ذلك اقل من الثلث فانه يجزي واذا بلغ الثلث لم يجز ∴ وقال ابو يوسف احسن ما سمعت في ذلك اذا كان الذي بقي اكثر مما ذهب اجزي في ذلك وان كان الذي ذهب اكثر او كانا سوا لم يجز ∴ وكذلك روى هشام عن ابي يوسف وقال محمد في الاصل ارايت ان كان قد ذهب الثلث سوا هل يجزي قال نعم الا ان يكون اكثر من الثلث ∴ وكذلك قال في الجامع الصغير اذا ذهب الثلث او اقل جاز وان كان اكثر من الثلث لم يجز وجمع في زوايد الجامع الصغير بين الاذن والذنب والالية والعين ∴ وقال بشر عن ابي يوسف سالت ابا حنيفة عن العرجا فقال اذا بلغت المنسك فهي تجزي في ذلك ∴ والاصل في ان العيوب تمنع من الاضحية والهدي ما روي ان النبي صلى الله عليه نهى ان يضحي بالعورا البين عورها والعرجا البين عرجها والعجفا التي لا تنقي ∴ وروي انه نهى عن الخرقا والشرقا والمقابلة والمدابرة والشرقا التي انخرق اذنها طولا والخرقا التي يكون عرضا والمقابلة التي يكون الخرق في مقدم الاذن والمدابرة التي يكون الخرق في موخر الاذن ∴ وروي عنه انه سيل عن العرج فقال اذا بلغت المنسك ∴ وروي انه قال استشرفوا العين والاذن ∴ وعن البرا بن عازب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول واشار باصابعه ثم قال واصابعي اقصر من اصابع رسول الله صلى الله عليه وهو يشير باصابعه يقول لا يجزي من الضحايا اربع العورا البين عورها والعرجا البينة عرجها والمريضة البينة مرضها والعجفا التي لا تنقي ∴ وروي انه صلى الله عليه نهى ان يضحي بعضبا الاذن والقرن وهذا يدل على ان العيوب الكثيرة في العين والاذن تمنع من الاضحية ۞ فاما اليسير من العيب فلا يمنع لان الغنم لا يخلو من ذلك الا ترى انه يفعل فيها على طريق السمة والعلامة ∴ فلو منع الاضحية لشق على الناس واذا منع الكثير من العيب ولم يمنع القليل فجعل الحد الفاصل بينهما في احدى الروايات الثلث فقال اذا ذهب لم يجز يعني اكثره وان ذهب اقل منه جاز لان النبي صلى الله عليه قال الثلث والثلث كثير فجعل الثلث في حد الكثير ∴ وقال في رواية اخرى اذا ذهب اكثر من الثلث لم يجز وان ذهب الثلث جاز لان النبي عليه السلام اجاز الوصية بالثلث فجعل الثلث في حكم القليل المجزي وما زاد عليه لا يجوز واعتبر في الرواية الثالثة اكثر لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن العضبا قال سعيد بن المسيب اي ذهب اكثر اذنها فكان الاولى بالتقدير ما وردت به السنة ∴ قال ابو يوسف ذكرت هذا لابي حنيفة رحمه الله فقال قولي قولك ∴ والذي قال ابو يوسف انه اذا قطع النصف لم يجز فصحيح لانه اجتمع الحظر والاباحة ۞ ولانه يعتبر بقا الاكثر ∴ وقد ذكر ابن شجاع في كتاب المناسك انه اذا ذهب الربع لم يجز ووجه ذلك ان الربع في حكم الكثير في الاصول الا ترى انهم قدروا به مسح الراس ووجوب الدم في المحرم ۞ فاما المقطوعة الطرف فهو عيب فيها فصار كقطع الاذن ۞ فاما العرجا اذا بلغت المنسك فمعناه ان العرج اذا لم يمنعها من المشي بنفسها جازت وان كانت لا تمشي فانه لا تجوز ۞ قال هشام وسالت ابا يوسف عن السكا والتي لا قرن لها قال يجزي التي لا قرن لها ∴ فاما السكا فان كان لها اذن فهي تجزي وان كانت صغيرة الاذن وان لم يكن لها اذن فانها لا تجزي ∴ ويجزي الشاة وان لم يكن لها قرن عندهم جميعا ∴ اما القرن فقد روي عن علي رضي الله عنه انه سيل عن القرن فقال لا يضرك امرنا رسول الله صلى الله عليه ان نستشرف العين والاذن ∴ ولان القرن لا ينتفع به في الاضحية وليس بمنصوص عليه فلا يونثر ۞ وقد قال في الاصل لو كسر بعض قرنها او جميعه اجزت فاما السكا فهي التي لا اذن لها خلقة ∴ فان كانت الاذن صغيرة فالعضو موجود وصغر الاعضا لا يمنع ∴ فان لم يكن فالاذن مقصودة في الخلقة بدلالة النص عليها فعدمها اكثر من نقصانها ۞ قال وسالته عن الجربا والثولا فقال اذا كانتا سمينين اجزتاه ۞

وان كانتا عجفاوين لم تجزيا وهو قول ابي يوسف لان الجرب مرض وقد اعتبر رسول الله صلى الله عليه في المريضة ان يكون بين مرضها لانها اذا كانت سمينة فالجرب بجلدها لا يضر لحمها ۞ فاما الثولا فهي المجنونة والعقل غير مقصود في البهائم وقال ابو يوسف في التي لا اسنان لها وهي الهتما ان كانت تعتلف او لا تعتلف فانه لا تجزي والاسنان كالاذن اذا بقي الاكثر منها اجزت ∴ واذا ذهب الاكثر لم تجز ∴ وقال بشر قال ابو يوسف بعد ذلك اذا بقي منها ما يعتلف فان كان اقل من النصف اجزا اما الرواية التي اعتبر فيها بقا الاكثر فلان الاسنان عضو كالاذن فيعتبر بقا اكثره واما الرواية الاخرى فلان المقصود من الاسنان الاكل بها فاعتبر بقا المقصود دون غيره ∴ وقد اصحابنا في قال اي الهتما التي انكسر اطراف اسنانها ∴ فاعتبر ابو يوسف فيها ان تعتلف لان الاسنان باقية وانما نقصت فاذا لم يونر في الاكل لم يمنع ∴ ولما اذا انقلعت الاسنان فاعتبر بقا اكثرها ۞ قال ولا باس عندهم جميعا بالخصي وذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه ضحى بكبشين املحين اقرنين موجوءين ينظران في سواد ويمشيان في سواد وياكلان في سواد احدهما عن نفسه والاخر عن امته ∴ وقد روي عن ابي حنيفة انه قال الخصي احب الي لانه اطيب لحما وانفع للمساكين ∴ وسيل عن الخصي فقال ما زاد في لحمه انفع مما ذهب من خصيته ۞ قال ولا باس بما فيه سمة في اذنه لان السمة لا يخلو منها الحيوان ∴ ولانه عيب يسير وقد بينا ان ذلك لا يمنع في الاذن ۞ قال ولا يجوز في الاضاحي شي من الوحش وذلك لان الاضاحي ماخوذة من الشرع ولم يرد الشرع الا في الانعام دون الوحش فلم يجز ذبح الوحش من غير شرع ۞ فان كان متولدا بين الوحشي والانسي فالمعتبر بالام ۞ فان كانت بقرة اهلية نزى عليها ثور وحشي فولدت فانه يجوز ان يضحي به وان كانت البقرة وحشية والثور اهليا لم يجز الولد ∴ وذلك لان الولد في حكم جز من الام فاعتبر بها ۞ ولانه ينفصل منها وهو حيوان يتعلق به الاحكام وينفصل من الفحل وهو ما لا يتعلق به حكم ولذلك يتبع الام ۞ واذا اشترك السبعة في بعير او بقرة وكلهم يريدون القربة الى الله عز وجل اجزاهم اي قربة كانت تطوعا او واجبة اختلفت الجهات او اتفقت وقال زفر اذا اتفقت جهات القربة جازت وان اختلفت فاراد احدهم الهدي والاخر الاضحية واراد الاخر جزا الصيد او التطوع لم يجز ∴ لنا انهم اتفقوا في جهة واحدة وهي القربة الى الله عز وجل فصار كما لو اتفقوا في نوع واحد ∴ ووجه قول زفر ان خروج الروح لا يتبعض فاذا اختلفت الجهة صار في حق كل واحد منهم كان الذبح وقع عن الجهة الاخرى ∴ قال وكذلك ان كان ذبح احدهم عن ميت جاز وقد قال في الاصل اذا اشترك السبعة في بدنة فمات احدهم قبل الذبح فرضي ورثته ان يذبح عن الميت جاز استحسانا والقياس انه لا يجوز ∴ وروي عن ابي يوسف اذا شاركهم من يذبح عن الميت لم يجز ووجه القياس ان الميت قد سقط عنه الذبح وفعل الوارث لا يقوم مقام فعله فصار نصيب الميت اللحم فلم يجز ∴ ووجه الاستحسان ان الوارث يملك ان يتقرب عن الميت بدلالة انه يجوز له ان يحج عنه ويتصدق فصار نصيب الميت القربة فاجزا الباقين ۞ ولان الوارث له على الميت ضرب من الولاية فجاز ان يذبح عنه الا ترى ان النبي صلى الله عليه ذبح عن امته لما كان له عليهم ولاية ∴ لابي يوسف ان الاضحية عن الميت لا تجوز ولا تثبت في حقه فلم يكن في ذلك الحي قربة فيمنع من جواز الباقين ۞ قال فان كان احدهم يريد اللحم او كان ذميا ذبح قربة لم تجز الذبيحة عن المضحي ولا عن غيره وقال الشافعي اذا اراد احدهم اللحم جاز لنا ان وقوع الذبح عن اللحم يمنع القربة بدلالة انه لو ضحى بيده ثم تلف لما لم يجز لحمه جز منها لم يجز في كلها لان خروج الروح لا يتبعض ∴ ولان خروج الروح في حق الادميين اذا اجتمع فيه الاعلى والادنى كان الحكم للادنى كالمخطي والعامد اذا اشتركا ۞ فاما الذمي الذي يريد القربة ولا قربة له في ذبحه فصار كالمسلم الذي يريد اللحم ۞ وقال ابو حنيفة لو كان هذا من نوع واحد كان احب الي لان خروج الروح لا يتبعض فاذا اتفقت الجهة واتفقت القربة فهو اولى ∴ قال واذا ذبحت البقرة او البعير عن سبعة اجزاهم النيات وان لم يذكروا لان الذبح عبادة والعبادات تعتبر فيها النية دون القول كالصلوة ∴ ولانه ممنوع عندنا عن ذكر شي مع التسمية فلذلك اقتصر على النية ۞ قال واذا اشترى الرجل اضحية وهي سمينة فعجفت عنده بعد ذلك حتى صارت لو اشتراها على هذه الحالة لم يجزه ان كان موسرا فان كان معسرا اجزاه وذلك لان الموسر تجب الاضحية عليه في ذمته وانما اقام ما عينه مقام ما في الذمة فاذا نقصت لم يجز ان تقوم مقام ما في الذمة فبقي ما في الذمة بحاله ∴ واما الفقير فلا اضحية في ذمته وانما اختصت القربة بالعين فنقصانها كهلاكها ∴ فان كان الفقير اوجب على نفسه اضحية لم يجزه هذه لانها وجبت عليه بايجابه فصار كالغني الذي وجبت عليه بايجاب الله ۞ قال ولو اشترى اضحية وهي صحيحة ثم اعورت عنده وهو موسر او قطعت اذنها كلها او طرفها او انكسرت رجلها ولم تستطع ان تمشي هل يجزي عنه قال لا وعليه مكانها وهذا على ما قدمنا ∴ وكذلك ان ماتت عنده او سرقت ۞ قال ولو قدم اضحيته ليذبحها فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه فانكسرت رجلها ثم ذبحها مكانها اجزاه ∴ وكذلك ان انفلتت منه السكين فاصابت عينها فذهبت والقياس ان لا يجوز لانه عيب دخلها قبل تعين القربة فيها فصار كما لو كان قبل حال الذبح وجه الاستحسان ان الشاة تضطرب في حال الذبح فيلحقها العيوب من اضطرابها فصار ذلك مما لا يمكن الاحتراز منه ∴ ولان الذبح قد يمر السكين فيقطع ما لا يحتاج الى قطعه في الذبح وذلك ينقص

ولا يوتر لانه لا يمكن الاحتراز عنه فكذلك هذا. وقد روى بشر بن الوليد عن ابي يوسف في الامالي فيمن عالج اضحيته ليذبحها فكسرها او اعورت فذبحها لها اليوم او ذبحها من الغد فانها تجزي عنه لان ذلك النقص لما لم يعتد به في الحال لو ذبحها فكذلك في الثاني كالنقص اليسير. قال واذا لم يكن للشاة اذنان خلقت كذلك قال لا تجزي ان كان يكون هذا وكذلك الظلف لان عدم الاذن لما اثر في الاضحيه وهي مقصوده في نفسها استوى فيها الخلقه والطارئ كالشاة التي ولدت عمياء. قال واذا ذبح رجل اضحيه رجل بغير امره اجزاه استحسانا والقياس ان لا تجزيه وان يضمن الذابح وهو قول زفر وقال الشافعي تجزي عن الاضحيه ويضمن الذابح وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فصار كشاة القصاب وجه الاستحسان ان الاضحيه قد تعينت وغرض صاحبها تعجيلها فقد حصل مقصوده واسقط عنه مؤنة الذبح فكانه ذبح بامره. وعلى الشافعي انه ذبح يجزي عن الاضحيه فلم يضمن الذابح كما لو ذبح بامر صاحبها. قال وان غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحيه صاحبه عن نفسه اجزا كل واحد منهما اضحيته في الاستحسان ولا يضمنها من الذابح وذلك لما بينا ان من ذبح اضحيه غيره جاز ذبحه عن الواجب واذا جاز عن احدهما جاز عنهما. ولان هذا امر فيه بلوى لا سيما في الهدايا لان الناس يشترونها وتسير رفقة واحده فلا يتميز لهم فجاز ذلك للضروره. قال هشام عن ابي يوسف في رجلين اشتريا اضحيتين فذبح كل واحد منهما اضحيه صاحبه غلطا عن نفسه واكلها قال تجزي كل واحد منهما في قول ابي حنيفه وقولنا ويحلل كل واحد منهما صاحبه وان تشاحا ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته وان كانت قد انقضت ايام النحر تصدق بتلك القيمه. وانما جاز احلالهما لان كل واحد منهما يجوز ان يطعمها للاكل ابتداء فجاز ان يحلله منها بعد اكلها وله ان يضمنه لانه اتلف لحم الاضحيه فيضمن ويتصدق بالقيمه لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باعه. وسالت ابا يوسف عن البقره اذا ذبحها سبعة في الاضحيه يقتسمون لحمها جزافا او وزنا قال بل وزنا قلت فان اقتسموها جزافا وحلل بعضهم بعضا قال اكره ذلك وانما لم تجز القسمه مجازفة لان فيها معنى التمليك واللحم مما فيه الربا فلا يجوز مجازفة ولا يجوز التحليل لانه في معنى الهبه وهبة المشاع فيما ينقسم لا يجوز. قال واذا امر المسلم يهوديا او نصرانيا ان يذبح اضحيته فالتجزيه وهذا مكروه. وذلك لان الذابح من اهل الذكاة كالمسلم فاما الكراهه فلان الذبح عباده والكافر ليس من اهل القرب ففعل المسلم لها اولى. قال وان ذبح الاضحيه صاحبها احب الينا وان امر غيره لم يضره وذلك لان الذبح عباده واداؤها بنفسه كان افضل من تولية غيره كسائر العبادات. ولان النبي صلى الله عليه ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين واعطى الحربة عليا رضي الله عنه فنحر الباقي وهذا عندنا اذا كان الرجل يحسن الذبح ويقدر عليه فاما اذا لم يحسن فان يوليها غيره اولى. وقد روي عن ابي حنيفه رضي الله عنه انه قال نحرت بدنة قائمة معقولة فلم اقدر عليها فكدت اهلك فقام الناس لانها نفرت فاعرفت ان لا انحرها الا معقولة باركه او اولي من هو اقدر على ذلك مني. وقد روي في استحباب حضور الانسان ذبح اضحيته حديث علي رضوان الله عليه ان النبي صلى الله عليه قال يا فاطمه بنت محمد قومي واشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة يقطر من دمها مغفرة لكل ذنب اما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا. قال ابو سعيد الخدري يا نبي الله هذا لال محمد خاصة فانهم اهل لما خصوا به من الخير ام لال محمد والمسلمين عامه قال لال محمد خاصه وللمسلمين عامه. وفيه حديث عمران بن الحصين قال قال رسول الله صلى الله عليه يا فاطمه قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطره تقطر من دمها كل ذنب عملتيه وقولي ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له. وقد قال اصحابنا ان الافضل ان يذبح الانسان اضحيته بيده لحديث انس ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين اقرنين املحين يذبح ويكبر ويسمي ويضع رجله على صفاحهما. وعن علي رضوان الله عليه انه كان اذا ذبح قال بسم الله والله اكبر اللهم منك ولك صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين. وعن جابر قال ضحى رسول الله صلى الله عليه بكبشين وقال حين وجههما وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا مسلما اللهم منك ولك عن محمد وامته بسم الله والله اكبر.

باب الرجل يشتري الاضحية هل ينتفع بشيء منها قبل ان يذبحها او بعد ما ذبحها

قال واذا اشترى الرجل اضحية فانه يكره له ان يحلبها او يجز صوفها فينتفع به وان كان حلب بعد ما ذبحها فلا باس به ولا ينبغي له ان يحلبها قبل الذبح فان فعل تصدق باللبن وذلك لانه لما عينها للقربه لم يجز له ان ينتفع بشيء منها قبل ان تبلغ القربه فيها كما لا يجوز له ان ينتفع بلحمها اذا ذبحها قبل وقتها. ولان الحلب والجز يوجب نقصا فيها وهو ممنوع مما يدخل النقص في الاضحيه. ومن اصحابنا من قال هذا في الشاة التي اوجبها وليست واجبه مثل المعسر اذا اشترى اضحية او الموسر اذا اوجب ثانيه لان الايجاب تعين فيها فلم يجز له الرجوع في جزء منها. واما الموسر اذا عين اضحيه فلا باس ان يحلبها او يجزها لان الوجوب لم يتعين فيها وانما هو في ذمته ويسقطها الذبح ما دامت في حياته فاذا كانت عند الذبح بصفة الجواز فكانه ابتدا بشراها في هذه الصفه. فاما اذا ذبحها فيه وقد جاز له ان يحلب لبنها فياكله ويجز صوفها فينتفع في الوجهين

لان القربة تعينت فيها بالذبح فخالف الانتفاع بلبنها وصوفها كما يجوز بلحمها. قال وان كان في ضرعها لبن وهو يخاف عليها ان لم يحلبها نضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن لان الحلب لا يجوز ودفع الضرر عنها واجب فوجب ان ينضح ضرعها بالماء لينقطع. وانما تصدق باللبن لانه جزء منها فكان الواجب التصدق به ما لم تتعين فيها القربه بالذبح فلو ذبحت قبل الوقت. قال ولا يبيع جلدها لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال من باع جلد اضحيته فلا اضحية له. قال ولا يعطيه شيئا لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجرة الجزار منها. قال وان عمل بالجلد شيئا مما ينتفع به في منزله فلا باس مثل ما يفترشه او نطعا او غير ذلك مما ينتفع به في منزله لما روي ان عائشة اتخذت جلد اضحيتها سقاء. ولانه يجوز له الانتفاع بلحمها فكذلك بجلدها. قال وان ولدت ولدا ذبح ولدها معها وذلك لان الوجوب تعين فيها فسرى الى ولدها. ومن اصحابنا من قال ان هذا في الاضحية الموجبه لان الوجوب تعين فيها فاما الشاة التي اشتراها الموسر ليضحي بها اذا ولدت لم يتبعها ولدها لانها تقوم مقام ما في الذمه عند الذبح فكانه اشتراها في هذه الحاله. وقد كان اصحابنا يقولون انه لا يجب ذبح الولد. ولو تصدق به جاز لان الحق لم يسر اليه ولكنه متعلق بها فهو كجلالها وخطامها. قال وان باعه او ذبحه فاكله تصدق بقيمته وان باعه تصدق بثمنه وذلك لان الحق لم يسر الى الولد وانما يتصدق به كما يتصدق بالجلال فلا يجوز له بيعه ولا اكله. قال فان امسك اولادها حتى مضى ايام الذبح فانه يتصدق بها لانه فات ذبحها فصار كالشاة التي اوجبها. وقد ذكر عن محمد في المنتقى قال اذا وضعت الاضحيه فذبح الولد يوم الاضحى قبل الام اجزاه. وان تصدق يوم الاضحى قبل ان يذبحه فعليه ان يتصدق بقيمته وهذا على اصل محمد ان الصغار يدخل في الهدايا ويجب ذبحها. واذا ولدت الاضحيه تعلق بولدها من الحكم ما تعلق بها. واذا تصدق بها فقد فوت الذبح الواجب فصار كما لو فات بمضي الايام. قال ولا باس بان يشتري بجلد اضحيته متاعا من متاع البيت وذلك لانه يجوز ان يتخذها متاعا فجاز له ان يصرفها الى ذلك. قال وحكى هشام عن محمد قال اكره ان يؤخر اضحيته الى اخر ايام النحر ويكره اذا ذبحها في اخر ايام الاضحى قبل غيبوبة الشمس. وهذا لما روي عن الصحابه انهم قالوا ايام النحر افضلها اولها. ولانها وجبت ليتسع على نفسه وعلى الناس في هذه الايام فاذا اخرها الى اخرها لم يوجد المقصود بها. وقال هشام عن محمد عن ابي حنيفه انه كان لا يرى باسا ان يطعم اضحيته ولا ياكل منها شيئا لان هذا ادخل في القربه فهو اولى. قال ولو ان رجلا اغفل اضحيته حتى مضت ايام النحر او ضاعت فاصابها بعد ايام النحر قال محمد فليس عليه ان يذبحها ولكن عليه ان يتصدق بها ولا ياكل منها شيئا لانها لم تذبح في ابلغ محلها. قال محمد وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف وقولنا وهذا على ما قدمناه. قال واذا ذبحها في ايام النحر فله ان ياكل ويطعم الغني والفقير وينتفع بجلدها وذلك لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير وقال عليه السلام كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا. وانما جاز له ان يطعم الغني لانه يجوز ان ياكلها بنفسه وهو غني. وقد قالوا انه يستحب ان يتصدق بالثلث ولا ينقص من ذلك لان الله تعالى قال فكلوا منها واطعموا البائس الفقير وقال النبي صلى الله عليه كلوا وادخروا فصارت القسمه بين الصدقه والاكل والادخار فلكل واحد منها الثلث. قال وان باع الجلد بورق او ذهب او فلوس تصدق بذلك. روى هذا احمد القاري عن محمد وذلك لان القربه فاتت فيه فوجب ان يتصدق به. وقال هشام سمعت محمدا يقول في مسك اضحيه اشترى به غربالا او منخلا او متاع البيت قلت له وهو قول ابي حنيفه وابي يوسف وقولك قال نعم. قال وان شاء اتخذه فروا او اشترى به ثوبا فذلك لان هذا المتاع ينتفع بعينه ويعاد للناس فهو كما لو اتخذ من الجلد الة. قال ولا يشتري به خلا ولا ابزارا لان ذلك مما لا ينتفع به الا باستهلاك عينه. والمامور ان يبدله بما يقوم مقام عينه في الانتفاع به. قال واذا اشترى الرجل البقره يريد ان يضحي بها ثم اشرك فيها بعد ذلك سته. قال هشام سالت ابا يوسف فاخبرني ان ابا حنيفه قال اكره ذلك ويجزيهم ان يذبحوها عنهم. وكذلك قول ابي يوسف قلت لابي يوسف ومن نيته ان يشرك فيها قال لا احفظ عن ابي حنيفه فيها شيئا ولكن لا ارى بذلك باسا. وقال في الاملاء في رجل اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها بعد ذلك لم يشركهم حين اشتراها فاتاه انسان بعد انسان فاشركهم حتى صاروا سبعه هل يجزي عنهم قال نعم استحسن فان فعل ذلك قبل ان يشتريها كان احسن وهذا محمول على الغني اذا اشترى بقره لاضحيته لان ملكه لا يزول بالشرى وانما يقيمها عند الذبح مقام ما وجب عليه فاذا بقي منها سبعا فكانه اشترى ذلك في الاصل الا انه يكره لانه حين اشتراها ليضحي بها فقد وعد وعدا فلا ينبغي ان يرجع فيه. واما الفقير الذي اوجبها بالشرى فلا يجوز ان يشرك فيها لانها تعينت بالوجوب فلا يسقط عنه ما اوجبه على نفسه. وقد قالوا في مسالة الغني اذا اشترك بعدما اشتراها للاضحيه

انه ينبغي ان يتصدق بالثمن وان لم يزكِ ذلك محمد لما روي ان النبي صلى الله عليه دفع الى حكيم بن حزام دينارا وامره
ان يشتري اضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين فاشترى باحدهما شاة وجاء الى رسول الله صلى الله عليه بهما واخبره
بما صنع فقال له بارك الله لك في صفقتك وامره ان يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار لانه فضل عما اخرجه للاضحية
فكذلك البيع مسلماح و تم كتاب الاضاحي والحمد لله وحده وصلى الله على محمد وآله وسلم

كتاب الغصب

قال ابو الحسين رحمه الله حقيقة الغصب اخذ مال الغير اذنه فما وجد بهذه الصفة كان غصبا وما وجد بخلافها فليس
بغصب لانه اذا اخذ مال الغير باذنه فهو مودع او مستعير او مرتهن او مبتاع :. وقد يدخل في حكم
الغصب ما ليس بغصب وان ساواه في حكمه مثل جحود الوديعة لان الجحود ليس بتنا ول ولا نقل ه
والغصب على ضربين احدهما يتعلق به المأثم وهو ما وقع مع العلم :. والثاني لا يتعلق به المأثم وهو ما
وقع مع الجهل كمن اتلف ملك غيره وهو يظن انه له والضمان يتعلق بهما جميعا لان اسباب الضمان يجوز
ان يتفق فيها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم :. فاما المأثم فلا يحصل الا مع القصد لقوله عليه السلم
رفع عن امتي الخطا والنسيان معناه اثم الخطا والغصب محرم بالعقل لما فيه من ادخال الضرر على الغير
وقد ورد الشرع بتاكيد ما اقتضاه العقل من التحريم فقال الله تعلى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض :. وقال ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا :. وقال النبي صلى الله عليه
حرمة مال المسلم كحرمة دمه :. وقال ان دماءكم واموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا يعني
الحرم :. وقال لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه :. وقال من غصب شبرا من الارض طوقه الله تعلى
يوم القيامة من سبع ارضين :. وقد ذكر ابو الحسين رحمه الله الاية ثم قال والعدوان والظلم ان يقصد
الى اخذ مال غيره بغير حق يوجب له اخذه وبغير اذنه فهو عدوان وظلم وهو آثم في ذلك ضامن له
حتى يرده على صاحبه او يرد قيمته :. فان اخذ مالا على وجه يجب له في الحكم الظاهر اخذه وفي الباطن على
خلاف ذلك فهو ضامن له ولا مأثم عليه :. وذلك كرجل اشترى متاعا او غير ذلك ممن هو في يده وهو
يرى انه له وقبض وتصرف بما يوجب استهلاكه من اكل او لبس ثم تبين ان المشتري لغير البايع فهو
ضامن له ولا مأثم عليه :. وكذلك ان ملكه ذلك من هو في يده بوجه من الوجوه الملك التي اباح الله تعلى
بها لذلك وسقط عنه المأثم وتضمينه لمستحقه وسواء كان العقد الذي ملكه به ببدل او بغير بدل
وهذا قد دخل فيما بيناه من التقسيم فما كان على وجه العدوان فهو آثم باخذه وامساكه وعليه رد العين
ان كانت باقية لقوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى ترد
وقال صلى الله عليه لا ياخذ احدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا فاذا اخذ احدكم عصا صاحبه فليردها عليه
واما ان كانت هالكة فهو على ضربين ان كان مما له مثل مثل المكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت
فعلى الغاصب مثله :. والقياس عليه قيمته لنا ان المثل في المكيلات والموزونات اعدل
من القيمة والتفاوت فيه اقل من التفاوت فيها والواجب ان يقضى بما هو اعدل ه ولانه قد امكن رد المال
والجنس ولما الحق فيهما فكان ذلك اولى من تفويت احدهما وتحصيل الاخر :. واما المعدودات التي لا
تتفاوت كالجوز والبيض فعلى مستهلكها مثلها عندنا وفي الذرع قيمتها وهذا فرع على جواز السلم فيها
وقد بيناه في كتاب البيوع :. فاما اذا كان المغصوب مما لا مثل له فالواجب فيه القيمة ه وقال اهل
المدينة المثل لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه انه قضى في عتق عبد بين شريكين بقيمة نصيب الذي لم يعتق
فصار ذلك اصلا في اتلاف ما لا مثل له :. ولان القيمة في الاعيان المختلفة المنافع هي اعدل من
المثل :. الا ترى انه لا يكاد يتفق عبدان على صفة واحدة فالواجب القضاء بما هو الاعدل ه واما
قوله تعلى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فالمثل قد يعبر به عما قام مقام الشيء
وان لم يكن مثلا له في الحقيقة والا انتقض وجزاء سيئة سيئة مثلها ومعلوم ان السيئة الاولى
هي المعصية والثانية العقوبة وليست مثلا لها في الحقيقة :. فان احتجوا بما روي عن انس قال
كنت عند رسول الله صلى الله عليه في منزل عائشة قبل ان يضرب الحجاب فاهدت له بعض زوجاته
قصعة فيها ثريد فغارت عائشة فضربت القصعة فكسرتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غارت امكم فجاءت عائشة بقصعة اخرى فوضعتها واخذها رسول الله صلى الله عليه فردها على صاحب
القصعة فالجواب عنه انه يجوز ان تكون هذه القصعة التي جاءت بها عائشة لرسول الله صلى الله عليه
تبرع بدفعها عنها ونحن لا نمنع من جواز دفع المثل بالتراضي :. واحتجوا بما روي ان اعرابيا جاء الى
عثمان بن عفان فقال له ان بني عمك عدوا على ابلي فقطعوا البانها وقتلوا فصلانها فقال اذا نغرم
ابلا مثل ابلك وفصلانا مثل فصلانك فقال تقطع البانها وتموت فصلانها حتى ابي بها وادي
وكان ابن مسعود في ناحية من المسجد فاشار اليه بعض القوم فقال ابن مسعود ارى ان ياتي هذا واديه
فيغرم له ابلا مثل ابله وفصلانا مثل فصلانه فالجواب ان عثمان اراد ان يتبرع عن بني عمه

ويقطع لسان الاعرابي عنهم بدلالة انه لم يسأله البينة على دعواه وما وقع على طريق التبرع ليس من الواجب
في شيء ه وقد روي عن شريح انه قال من كسر عصا فهي له وعليه مثلها وهذا يحتمل المثل الذي هو القيمة بدلالة
ما روي عن الحكم عن شريح انه قال فعليه قيمتها :. واما القسم الثاني الذي ذكره ابو الحسين رحمه الله فالضمان فيه
كالضمان في الاول وانما يختلفان في الاثم لانه اخذ في احد الموضعين ما لا يحل له اخذه واخذ في الثاني ما له اخذه
في الظاهر فلم ياثم باخذه :. فاما الضمان فيجوز ان يتعلق بالاسباب المأذون فيها كالشرب والرهن فسقوط
المأثم في هذا الفصل لا ينفي الضمان :. وانما استوى في وجوب الضمان ان يكون اخذه ممن هو في يده
ببدل او بغير بدل لان الضمان يجب لحق المالك فلا معنى لاعتبار فعل صاحب اليد من اسقاط البدل
في احد الموضعين دون الاخر :. قال ولا يجب لمستحق ضمان على احد بغير قبض او تسليم منه الى قابضه
وذلك لان الغصب هو النقل والتحويل فاذا لم يوجد القبض ولا التسليم فمعنى الغصب لم يوجد فلا يلزمه
الضمان :. وذكر ابو الحسين رحمه الله عن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول من اقتطع
من مال امرئ مسلم فلا بارك الله فيه :. وذكر حديث ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه من حلف على
يمين ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعلى وهو عليه غضبان ه وذكر حديث عطاء بن يسار عن ابي مالك
ان النبي عليه السلم قال ان اعظم الغلول عند الله ذراع من ارض يكون الرجلين جارين في الارض او في الدار
فيقتطع احدهما من صاحبه ذراعا فاذا اقتطعه طوقه الله من سبع ارضين ه قال ابو الحسين وما
يباع عددا انما يختلف في الصغير والكبير ويتفاوت وهو مما لا يجوز قرضه ولا السلم فيه فعليه
قيمته يوم قبضه مثل سائر العروض وذلك لان هذا يتفاوت تفاوتا كثيرا فهو كالثياب ه واما
نصب المثل والقيمة اذا لم يقدر على الرد لان حق المالك في عين ماله فاذا قدر على ذلك لم يجز الرجوع الى بدله الا برضاه
ولان المقصود ازالة الظلامة وذلك يكون برد العين ما دامت باقية واذا دفع بدلها مع القدرة عليه فهو بالامة اخرى
الا ترى انه لا يجوز في ملك الانسان الا باختياره ه قال وسوا العجز عن رده بفعله او بفعل غيره او بفعل الله عز وجل
فذلك سوا وعليه القيمة وذلك لان الضمان وجب عليه بالغصب فهلاك العين لا يوجب الضمان وانما يقرر الضمان الاول
ولا فرق في الضمان الاول بين فعل الغاصب فيه وفعل غيره :. ولان الرد يتعذر في الوجهين وهو السبب الموجب
لتقرير الضمان ه قال وما وجب فيه رد القيمة فعليه القيمة يوم قبضه ولا ينظر الى زيادة قيمة المضمون بعد القبض
في السعر ولا في نقصان ذلك :. لان القبض هو السبب الموجب للضمان فاعتبرت القيمة عنده دون ما حدث بعده كالقبض
في البيع الفاسد ه قال وكذلك ان زاد في بدنه لان هذه الزيادة حدثت بغير فعله فلا يحدث مضمونة كالثوب
اذا القته الريح في داره ه قال فاما ما نقص من بدنه فان كان قائما فرده ضمن ما نقص من بدنه وذلك لان ضمان
الغصب يتعلق بالقبض والاتباع يمكن افرادها بالقبض فجاز افرادها بضمانه ه قال ولا يضمن اذا رده ما نقص من
السعر وذلك لان نقصان السعر فتور يحدثه الله تعلى في قلوب العباد فلا يوجب تغير الاحكام الا ترى ان المبيع
اذا نقص سعره في يد البايع لم يجب للمشتري الخيار ه ولو نقص السعر في الرهن لم يسقط شيء من الدين فكذلك
في الغصب :. ولانه رد العين على الصفة التي اخذها فلم يضمن كما لو لم ينقص السعر ه قال فان رده وفي بدنه
نقصان او في اوصافه او معناه مما يكون عيبا فيه لشيء حدث في يد الضامن فعليه رد ما نقص من قيمته ه
من يوم قبضه يقوم صحيحا لا عيب فيه ويقوم وبه العيب فينظر الى ما نقصه العيب من قيمته فيضمن
قدر ذلك لصاحبه اذا كان مما يجوز بيعه بجنسه متفاضلا وذلك لما بينا ان النقص الحادث في العين مضمون
على الغاصب والضمان يتعلق بالقبض فوجب اعتبار قدر النقصان من القيمة في حال وجوب الضمان وذلك
يعلم بتقويم العين على الصفة التي غصبها وتقويمها على صفتها الان فما بين القيمتين هو نقصان العيب
وانما جاز للمالك اخذ العين مع النقصان فيما لا ربوا فيه لانه لو باع العين بمثلها وزيادة جاز :. واما اذا كانت
العين مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا مثل ان يغصبه حنطة فيصب فيها ما او غير ذلك من الحبوب او يغصبه
انا فضة او ذهب او دنانير فيتهشم الاناء في يده او تنكسر الدراهم فيصير غلة او الدنانير فتصير قراضة فان
صاحب ذلك بالخيار ان شاء اخذ ذلك لا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله :. وقال الشافعي له اخذه مع
النقصان :. لنا ان الغصب سبب من اسباب الضمان فلا يجوز ان يسلم للمالك فيه مقدار وزن المضمون
وزيادة كالمبيع :. ولان الغاصب يسقط عن نفسه ما وجب عليه من الضمان بدفع العين وزيادة فكانه ملكه
الفضة بمثلها وزيادة ه قال وان كان انا فضة فهو بالخيار ان شاء اخذه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه
قيمته من الذهب فان كان الانا من الذهب ضمنه من الفضة :. وذلك لان الصناعة حق للمالك وقد فاتت
بالكسر ولا يمكن ايجاب المثل لانه لا مثل للاناء ه ولا يمكن الايجاب للنقص لما فيه من الربوا فلا يجوز
القضاء بالقيمة من جنسه لان الصناعة اذا لاقت جنسها فلا قيمة لها في الربوا الا قيمة لها فوجب ان تقوم بغير جنسه
ليحصل حق المالك بكماله :. قال وكذلك انية الصفر والنحاس والشبه والرصاص ان كانت تباع وزنا
فهي وانية الفضة والذهب سوا ان شاء اخذه بعينه وان شاء تركه وضمنه قيمته من الذهب او الفضة
وذلك لان الانية اذا بيعت وزنا دخلها الربوا فهي كالفضة والذهب ه قال والعقار الذي لا يستطاع

نقله ولا تحويله وانما حال بينه وبين صاحبه فانه لا يضمن بالاستحقاق عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول
ابي يوسف الاخير ولا يقع عليه قبض المغصوب ۞ فان تلف منه شي بفعل الغاصب ۞ فان تهدم شي منه او
سكنه فتهدم من سكناه او بني من افعاله ضمنه ∴ وكذلك عبد العقار اذا كان ابا فمنع صاحبه منه بان حال بينه وبينه
ولم يحول ذلك الشي عن موضعه وقال محمد يغصب العقار كما يغصب غيره وهو وغيره في حكم الغصب سواء ۞
وجه قولهما قوله صلى الله عليه من غصب شبرا من ارض طوقه الله يوم القيامة من سبع ارضين فذكر الماثم
في الغصب ولم يذكر الضمان ولو وجب الضمان لذكره ۞ ولان ما لا يجب القطع بشي فيه لا يتعلق به ضمان الغصب
كالحر ۞ ولان العقار في المكان الذي كانت يد المالك ثابتة عليه وانما منع مالكه منه وهذا المعنى لا
يوجب الضمان كما لو غصب المالك ومنعه من حفظ ماله حتى هلك ∴ وكمن حال بين المالك وبين ماله ومنعه منه
ولان الغصب هو النقل والتحويل بدلالة ان محمدا قال في السير الكبير فيمن ركب دابة غيره فلم يحركها عن
مكانها فماتت تحته من غير نقله لم يضمن ∴ ولانه لم يوجد من جهته نقل وهذا المعنى موجود في العقار ۞
لمحمد ان كل حكم تعلق بالنقل فيما ينقل تعلق بالتخلية فيما لا ينقل كدخول العقار في ضمان المشتري ۞
واما اذا هدم العقار وحفر الارض فانما ضمن لانه وجد منه النقل والتحويل ∴ ولان هذا اتلاف
وقد يضمن بالاتلاف ما لا يضمن بالغصب كالحر ∴ واما ما تهدم من سكناه فقد تلف بفعله والعقار يضمن
بالاتلاف وان لم يضمن بالغصب ۞ وقد ذكر محمد في الرجوع عن الشهادات في شاهدين شهدا لرجل
على رجل بدار فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا ضمنا قيمة العقار ∴ فمن اصحابنا من قال هذا قول محمد خاصة
فاما على قولهما فلا ضمان لان ضمان الرجوع يجري مجرى ضمان الغصب ۞ ومن اصحابنا من قال المسئلة على الاتفاق
والفرق بينهما ان الشهود بشهادتهم المال على المشهود عليه بدلالة انه لو اقام البينة لم تقبل فضمنوا ضمان
نقل الملك لا ضمان الغصب ∴ وليس كالوداع دار اذا اقر بها لغيره انه لا يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه
لا يجوز ان يضمن بالغصب على اصلهما ولم يتلف الملك بدلالة ان المقر له لو اقام البينة استحق الدار ۞ قال وغصب
ما يوجد في زمان دون زمان اذا غصب غاصب في حينه ثم اختصما في حال انقطاعه وعدمه فان ابا حنيفة قال
يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال ابو يوسف يوم غصبه وقال محمد يحكم بقيمته عند آخر
انقطاعه ۞ لابي حنيفة ان انقطاع المغصوب من ايدي الناس لا يوجب سقوطه من الذمة بدلالة ان المالك
لو انتظر الى وقت عوده كانت المطالبة بمثله ∴ ولو احضر الغاصب المثل في حال الانقطاع وتكلف ذلك
اجبر المالك على اخذه واذا كان المثل ثابتا في الذمة والمطالبة متعلقة به وجب اعتبار قيمته يوم النقل
كبيع مال اليتيم لما كان القاضي ينقل ملكه عنه بالبيع اعتبرت قيمته عند النقل ولا يلزم على هذا من غصب
ما لا مثل له لان عند ابي حنيفة الثابت في الذمة المثل ومع ذلك يجب قيمته يوم الغصب لان المثل
وان كان في الذمة عنده فالمطالبة لا تتعلق به وفي مسئلتنا قد بينا ان المطالبة متعلقة به ∴ لابي يوسف
انه لما تعذر ايجاب مثله صار كانه في الاصل مما لا مثل له فيجب قيمته يوم الغصب ۞ لمحمد
ان الغاصب كان مامورا برده في كل حال فلم يرده اخرها وجد مع امكان الرد حتى تعذر ذلك
فصار كانه استهلكه في ذلك الوقت فيلزمه قيمته فيه ۞ قال فان غصب حيوانا فزاد في بدنه في يد
الغاصب فباعه الغاصب وسلمه الى مشتريه او اخرجه عن يده الى يد غير مستحقه وهو زائد في بدنه
فان ابا حنيفة قال ان كانت قائمة في يد الثاني فله ان ياخذه ويفسخ ما فعله الاول فيه ∴ وان كان قد هلك في يد
الثاني فصاحبه بالخيار ان شاء ضمن الاول قيمته يوم غصبه وان شاء ضمن الثاني قيمته زائدا يوم قبضه من الاول وليس
له ان يضمن الاول الزيادة التي زادت في يده وقال ابو يوسف ومحمد ان شاء ضمن الاول قيمته زائدا يوم قبضه
وهذه المسئلة ذكرها في الاصل من غير خلاف ان المالك بالخيار في التضمين لانهما بينا الاصل والزيادة وانما روي
ابن سماعة عن محمد قول ابي حنيفة فيجوز ان يكون ما ذكر في الاصل قولهما ∴ ويجوز ان يكون في المسئلة روايتان ∴
لابي حنيفة ان الزيادة لم يكن مضمونة بحدوثها عليها فقد منا فاذا باع وسلم لم يخل اما ان يضمنه الزيادة
منفردة عن ضمان الاصل او يضمنه اياها مع ضمان الاصل ولا يجوز تضمينها منفردة لان ضمان الغصب يتعلق
به التمليك وهذه الزيادة لا يصح افرادها بالتمليك فلا يصح افرادها بالضمان الذي يتعلق به التمليك ۞ ولان
الضمان يتعلق بسببين البيع والغصب فاذا لم يجز افراد هذه الزيادة بضمان البيع فكذلك بضمان الغصب ۞
ولا يجوز تضمين الزيادة مع الاصل لان ذلك لا يخلو من ان يوجب ضمان الاصل والزيادة مع بقاء الضمان الاول او
يسقط الضمان الاول ويجدد على الاصل والزيادة ضمانا آخر ∴ ولا يجوز ان يوجب الضمان الثاني مع بقاء الاول لان الضمان
من اسباب التمليك ∴ ولا يجوز ان يثبت في العين الواحدة حق التمليك من جهتين كل واحد منهما يوجب ملك
جميعها كما لا يكون مضمونة عليه بالشرى والغصب ∴ ولا يجوز اسقاط الضمان الاول وتجديد الضمان لان السبب
الموجب لضمان الاول هو القبض ولا يجوز اسقاط الضمان مع بقاء سببه ∴ ولانا لو اسقطنا الضمان الاول لسقط
بفعل الغاصب من غير حضور المغصوب منه ولا رضاه وهذا لا يجوز فاذا ابطلت الوجوه التي قسمناها لم يبق
الا سقوط ضمان الزيادة ∴ ولا يلزم على هذا اذا ازدادت قيمة العبد فقتله الغاصب لانا لم نوجب عليه ضمانا
آخر

مع بقاء الاول الا ترى ان القتل اما ان يكون خطأ او عمدا فان كان عمدا فموجبه القصاص وان كان خطأ فالضمان
على العاقلة دون القاتل ونحن لا نمنع من وجوب الضمان على اثنين في عين واحدة ∴ ولان ضمان القتل من غير جنس
الضمان الاول ويجوز ان يتجدد عليه ضمان من غير جنسه ∴ ولا يلزم على هذا المحرم اذا اصاد صيدا فزاد في بدنه
ثم باعه ∴ وذلك لان ضمان الصيد لا يتعلق به التمليك ونحن قلنا ان الزيادة لما لم يجز افرادها بالتمليك لم يجز
افرادها بالضمان ∴ ولا يلزم من غصب جارية عوراء فزال البياض عن عينها فضربها الغاصب فعاد البياض وذلك
لان البياض لما زال وفارقها صار كالزيادة المنفصلة عنها فاذا ضربها فعاد فهو في حكم المتلف كزيادة منفصلة
فيتعلق به ضمان المنفرد عن الجملة ۞ وجه قولهما ان التسليم غصب مبتدأ وقد حصل في الاصل والزيادة في
العين المغصوبة اذا ازدادت ثم احدث الغاصب سببا للضمان ضمنت الزيادة كما لو قتل العبد ۞ واما المشتري فانه
يضمن قيمتها زائدة لان قبضه حصل فيها مع الزيادة وانما يجب عليه الضمان في حال قبضه فاعتبرت القيمة
في ذلك الوقت ۞ قال ولو كان الحيوان ولد في يد الغاصب ولدا فباعهما جميعا وسلمهما الى المشتري فللمغصوب
ان ياخذهما قائمين وان كانا قد هلكا فان شاء ضمن الاول قيمة الام يوم غصب وقيمة الولد يوم تسليمه في قول
ابي حنيفة وليس له ان يضمنه قيمة الام يوم سلم الام وعلى قول ابي يوسف ومحمد يضمن الولد يوم سلمه
وهو في الام ان كانت زادت في بدنها فالخلاف على ما قدمناه ۞ والاصل في هذا ان الولد امانة في يد الغاصب لانه
حدث في يده بغير فعله كالثوب اذا القته الريح ∴ فاذا باعه وسلمه ضمنه بالتسليم كما يضمن الوديعة اذا باعها
وانما جاز افراد الولد بالضمان لانه يجوز افراده بالتمليك فجاز افراده بالضمان الموجب للتمليك ۞ فصل
ومن استخدم عبد رجل بغير امره او بعثه في حاجة او قاد دابة له او ساقها او ركبها او حمل عليها شيئا بغير
اذن صاحبه فهو ضامن لذلك ∴ فان عطب لشي اصابه وهو في خدمة الذي استخدمه او في مضيه في
حاجته او عطبت حتف انفه في ذلك فالفاعل لذلك ضامن لانه قد صار ما فعل من ذلك في يد الفاعل وذلك
استخدام العبد والحمل على الدابة تصرف فيهما الا ترى ان يد المستخدم ثابتة بالاستخدام لم يبد الا ان المالك
لو جهل كان القول قول المستخدم انه له واذا ثبتت يده عليه بغير رضا المالك كان غاصبا فيضمن ۞ قال
ولو جلس على فراش رجل بغير اذنه او على بساطه او دخل داره بغير اذنه وليس في الدار احد لم يكن غاصبا
الدار عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذلك لو سكنها ∴ وهو غاصب عند محمد وذلك لما بينا ان ضمان الغصب
يتعلق بالنقل والتحويل والجلوس على الفراش ليس بنقل ولا تحويل فلا يتعلق به الضمان ∴ ولهما مسئلة العقار فقد
قدمناها ۞

باب ما يلحق العبد الغصب في يد الغاصب مما يجب به عليه ضمانه ۞

قال ابو الحسن رحمه الله واذا غصب الرجل عبدا او جارية فابق العبد في يد الغاصب
ولم يكن ابق قبل ذلك او زنت الامة في يده ولم تكن زنت قبل ذلك او سرقت فعلى الغاصب ما نقص العبد
او الجارية من نقص السرقة والاباق وما نقص الامة من عيب الزنى ∴ وذلك لان هذا عيب لحق المغصوب
في يد الغاصب فكان من ضمان الغاصب كسائر العيوب ∴ ولا يقال ان العبد بحاله لم ينقص شي من رقبته
وانما نقصت قيمته ونقصان القيمة ليس بمضمون على الغاصب لان هذه عيوب لازمة لرقبة العبد ينقص
القيمة لاجلها فهي كالعيوب في الخلقة ∴ فاما نقصان القيمة بغير عيب فليس له تعلق برقبة العبد فلذلك
لم يضمنه الغاصب ۞ قال وكذلك كل ما حدث في يد الغاصب مما ينقص قيمته او يكون عيبا من عور او
شلل او قروح او خراج فان المولى ياخذ ما غصب منه وياخذ من الغاصب ما نقصه العيب من قيمته ينظر
الى قيمة العبد صحيحا ليس به ذلك العيب وينظر الى قيمته وبه ذلك العيب فيغرم فضل ما بينهما وذلك
لان هذه العيوب توجب فوات اجزاء كانت مضمونة على الغاصب وقد بينا انه لا يتابع ما يمكن افرادها بالغصب
فلذلك افردت بضمان الغصب ∴ قال ولو كانت الامة محمومة في يد الغاصب من زمان فان المولى ياخذها
وياخذ ما نقصها من الغاصب ∴ وان زال ذلك العيب في يد المولى بان كان بياضا في عينها فارتفع او حمت في
يد الغاصب فزالت الحمى عنها حتى ردها او كانت حاملا فولدت وقد كان اخذ من الغاصب ما نقصها
فان المولى يرد ما اخذ لنقص البياض ولنقص الحمى وذلك لان الضمان وجب للنقص الحاصل بالمرض
فاذا زال فكان لم يكن فوجب رد الارش وقد بينا ان المولى اخذ ما ليس يستحق ۞ قال فاما الحبل
من الزنا فان ابا يوسف قال انظر الى ما نقصها الحبل وارش عيب الزنا فان كان عيب الزنا اكثر ضمن ذلك
الغاصب ولم يرد المولى شيئا ولو كان ارش الحبل اكثر رد الفضل عن ارش الزنا وذلك لان العيب الحاصل
بالحبل والزنا سببه واحد فيدخل الاقل في الاكثر كمن قطع يد رجل فمات لما وجب بالقطع ارش اليد وبدل
النفس وتعلقا بسبب واحد دخل الاقل في الاكثر وهذا استحسان وكان القياس ان يضمن الامرين لان
كل واحد منهما عيب حدث في يده فصار كالعيبين المختلفين ۞ ومن اصحابنا من روى عن محمد انه قال بالقياس
فاذا ثبت هذا فقد زال عن الامة الحبلى عيب الحبل بالولادة وبقي عيب الزنا فان كان عيب الزنا اكثر من عيب
الحبل فقد غرم الغاصب عيب الحبل فوجب رده على الغاصب ۞ قال وان ردها الغاصب حاملا وسا

او زنت فماتت في يد المولى من الولادة او جلدت في حد الزنا او قطعت يدها في السرقة فان الغاصب يضمن في حد الضرب الاكثر مما نقصها الضرب ومما نقصها الزنا :. فان كان ارش الضرب اكثر ضمن ذلك ودخل عيب الزنا فيه وان كان عيب الزنا اكثر ضمن ذلك ودخل ارش الضرب فيه ه ويضمن الغاصب اذا قطعت يدها نصف قيمتها :. وان ماتت من الولادة ضمن قيمتها كلها ه قال ابو يوسف هذا في السرقة والزنا قياس قول ابي حنيفة :. وقال ابو يوسف يضمن ارش السرقة وارش الزنا ولا يضمن الحد يعني ما نقص الضرب :. فاذا ماتت من الولادة وبقي ولدها فان ابا حنيفة قال يضمن قيمتها الغاصب وقال ابو يوسف لا يضمن الا ما نقصها الحبل خاصة وهو قول محمد :. اما اذا زنت فردت على المولى فجلدت فقد ازيلت يد المولى بسبب كان في يد الغاصب فكان للغاصب ردها الى يده فجلدت فيضمن نقصان الضرب وقد ضمن نقصان الزنا وهما جميعا متعلقان بسبب واحد فيدخل احدهما في الآخر :. ولا يقال من اصل ابي حنيفة ان شهود الزنا اذا رجعوا بعد الجلد لم يضمنوا النقصان فكيف ضمن الغاصب في مسئلتنا وذلك لان الشهود انما يضمنون ما اوجبوه بشهادتهم دون غيره وان الضرب ليس من موجب الشهادة الا ترى انه قد يجلد فيبقى الضرب اثر وقد يجلد ولا يبقى للضرب اثر ولو كان ذلك من موجب الشهادة لم ينفك عنها ه واما في مسئلتنا فالغاصب يضمن ما كان بفعله وبغير فعله واذا ازيلت يد المولى بسبب كان في يده كرد العبد الى يده فكان نقصان الضرب حدث قبل رده فيضمنه الغاصب سوا كان موجبا بالزنا او غير موجب ه واما اذا قطعت في السرقة فقد ازيلت يد المولى عنها بسبب كان في يد الغاصب فكانه ردها الى يده فقطعت :. وانما لم يعتبر ابو حنيفة في هذا الفصل الاكثر من نقصان القطع ومن نقصان عيب السرقة لان الغالب ان نقصان القطع اكثر من نقصان السرقة فلذلك ضمنه الا الاكثر ه وسكت عن الاقل ولو تصور ان نقصان السرقة اكثر من نقصان القطع فقال انه يضمن الاقل منهما كما قال في نقصان الزنا ونقصان اثر الضرب ه وانما قال ابو يوسف ان مسئلة الزنا والسرقة قياس قول ابي حنيفة لانه قاسه على من باع عبدا انسانا فقطع في يد المشتري ان ذلك من ضمان البايع لان يد المشتري زالت بسبب كان في يد البايع فكانه رده الى يده فقطع ه واما اذا ماتت من الولادة فابو حنيفة يضمن الغاصب قيمتها لان الحبل عيب حصل في ضمانه والولادة موجبة له الا ترى ان الحبل لا بد له من وضع فصار كالقطع الموجب بالسرقة وكالحد الموجب بالزنا ان الغاصب يضمنه وان حصل في يد المولى لما كان موجبا بسبب في يده ولم يشترط ابو حنيفة في هذا الفصل الانقضاء جميع القيمة زيد على نقصان الحبل وقال ابو يوسف ومحمد في المسايل الثلثة يضمن الغاصب نقصان الزنا ونقصان السرقة ونقصان الحبل ولا يضمن ما زاد على ذلك لانه لما رد الجارية الى المولى برئ من ضمانها بالرد ووجب عليه ارش العيب :. وما حدث من الضرب والقطع والموت بعد ذلك فهو عيب حدث في يد المولى بعد زوال ضمان الغاصب فكان من ضمان المولى وعلى هذا قالا في المشتري اذا قتل العبد في يده بالقصاص او قطع بالسرقة انه يرجع على البايع بنقصان وجوب القصاص بنقصان السرقة وما سوى ذلك من ضمان المشتري لانه حدث بعد زوال يد البايع وخروج العبد من ضمانه :. واما اذا ماتت من الولادة وبقي ولدها فقد ذكر في الاصل ان الغاصب يضمن قيمتها يوم الغصب ه قال ابن سماعه قلت لمحمد لم لا نضمن قيمتها ناقصة بالولادة ويجبر نقصان الولادة بالولد فلم يجب بجواب ارتضيه ه وقد قالوا في الغصب اذا قتلت الجارية وولدها وقيمة الجارية الف وقد نقصها الولادة مايه وقيمة الولد مايتان ان الغاصب يضمن قيمة الجارية الف ويضمن من قيمة الولد مايه ويجبر نقصان الولادة ببقيته الولد ه والفرق بينهما ان الجارية اذا ماتت فليس هناك حال يجب قيمتها الا حال الغصب وهي كاملة في تلك الحال فاذا ضمن الغاصب قيمتها كاملة استغنى عن الجبر فلذلك لم يجبر نقصها بالولد ه واما في مسئلة القتل فهناك حالة اخرى يجب فيها الضمان غير حال الغصب وهي حال الاستهلاك فيمكننا تضمينه قيمتها في تلك الحال ناقصة ويجبر تمام قيمتها بالولد ه قال وان ماتت في يد المولى من الحمى التي حدثت بها في يد الغاصب لم يضمن الغاصب الا ما نقصها الحمى في قولهم وذلك لان الموت ليس بموجب بالحمى والموت لا يحدث من الحمى التي كانت في يد الغاصب وانما تلك الحمى توجد احوالا من الالم ويتداول الالم بما يحدث من الحمى من بعد فيموت من ذلك واذا لم يكن الموت موجبا بالحمى لم يضمنه الغاصب فاما الحمى فهو نقص حادث في يد الغاصب فيلزمه ضمانها :. قال وان حبلت عند الغاصب من زوج كان لها في يد المولى فلا ضمان على الغاصب في شيء من ذلك :. وان ماتت من الحبل :. ولذلك لو ماتت في يد الغاصب من احبال المولى لها وذلك لان التلف حصل بسبب من جهة المولى فصار كما لو قتلها في يد الغاصب ه قال ولو غصب رجل امة محمومة او حبلى او بها خراج او مرض فماتت من ذلك في يد الغاصب فانه ضامن لقيمتها وبها ذلك المرض وذلك لانها تلفت في يد الغاصب بغير فعل المولى فكانها ماتت من غير سبب ولم يجعلوا موتها بحبل كان في يد المولى

كموتها في يد المولى وجعلوا موتها في يد المولى بحبل كان في يد الغاصب كموتها في يد الغاصب وذلك لان الحبل مضمون عليه فما يتولد منه من ضمانه :. والحبل في يد المولى ليس بمضمون فما يتولد منه لا يضمن كالحادث في يد المولى :. قال ولو غصب رجل جارية او عبدا فقتل في يده قتيلا او جنى في يده جناية على عبد او جرح في نفس او فيما دونها او استهلك لرجل مالا فان العبد يرد على سيده ويقال السيد ادفعه بجنايته او افده بارش الجناية ويقال للسيد في استهلاك المال بعه فيما لحقه من الدين الا ان يختار ان يودي عنه الدين الذي لزمه فان فداه من الجناية او دفعه او باعه في الدين او اداه عنه فان السيد يرجع على الغاصب في الجناية بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية وفي استهلاك المال بالاقل من قيمته ومما ادى عنه من الدين وانما وجب رد العبد على المولى لان امساك الغاصب معصية فوجب الابتدا بدفعها ثم يخاطب المولى بحكم الجناية والدين لان موجب الجناية الدفع والفدا والدفع تمليك لا يملكه الا المولى وموجب الدين البيع وذلك لا يملكه الا المالك فاذا اختار المولى الدفع او الفدا او البيع في الدين او قضاه رجع على الغاصب لان ذلك استحق على المولى بسبب كان في يد الغاصب فكان للغاصب اخذ ذلك القدر من ماله :. وانما رجع عليه بالاقل لانه كان يقدر ان يتخلص بالاقل من الجناية وانما لزمته الزيادة باختياره فلا يرجع بها على الغاصب قال فان غصب رجل رجلا امة فولدت في يد الغاصب ومات ولدها فعليه ان يردها ويرد ما نقصها الولادة ولا شيء عليه من قيمة الولد :. وذلك لان نقصان الولادة فوات اجزاء من العين المغصوبة فيضمنه الغاصب :. واما ولد المغصوبة اذا مات من غير فعل الغاصب فلا ضمان عليه فيه وقال الشافعي عليه قيمته :. لنا انه حدث في يده بغير فعله فحدث امانة كالثوب اذا القته الريح في داره ولا يقال ان الثوب لم يحدث بسبب هو فيه متعدي والولد حدث من سبب هو فيه متعدي لان من جلس في الطريق فالقت الريح عليه ثوبا فتخرق عنده فلا ضمان عليه فيه وان كان متعديا في الجلوس :. ولا يلزم على ما ذكرنا ولد الصيد لانه يحدث عندنا امانة وانما صار مضمونا لان الله تعالى هو المالك له وقد امره برده فصار كالمالك في مسئلتنا اذا طالب برد الولد فمنع منه :. واذا ثبت ان الولد امانة لم يضمن الا بما يضمن به الامانات من التعدي او المنع :. قال فلو كان الولد باقيا فانه يردها وولدها ويجبر نقصان الولادة ه فان وفا بذلك او زادت قيمة الولد على النقصان فلا شيء على الغاصب من نقصان الولادة :. وان كانت قيمة الولد اقل من قيمة النقصان سقط من نقصان الولادة قيمة الولد وغرم ما غرم من النقصان عن قيمة الولد وهذا استحسان والقياس ان لا يجبر نقصان الولادة بالولد وهو قول زفر ووجهه ان الولد ملك للمولى والنقصان حدث في ملكه فلا يجبر ماله بماله :. وجه الاستحسان ان الولادة فرقت جزا وافادت مالا فوجب ان يجبر الفايت بالفايده كمن قطع يد المغصوبة واخذ الغاصب ارشها اداه في نقصانها وكمن قلع سنا فنبتت لما اوجب القلع نقصانا جبر وافاد مثله لم يضمن :. ولانه غصب جملة فردها متفرقة الا ترى ان الولد مثل النقصان فصار كمن غصب دراهم في كيس فردها متفرقة :. ولا يلزم على هذا اذا قطع الغاصب اغصان الشجرة فنبتت او جز صوف الشاة فنبت انه يضمن النقصان ولا يجبر ذلك بالحادث لان الغاصب لا يضمن نقصان الشجر ولا نقصان الشاة وانما يضمن الغصن المقطوع والصوف المقطوع وذلك لم يحدث فيه زيادة :. واذا ثبت ان الولد يجبر به النقصان :. فان كان النقصان اكثر منه قام الولد مقام ما بازائه وغرم الغاصب فضل النقصان كما لو لم يكن هناك ولد وقال ابو يوسف لو ماتت ومات ولدها في يد الغاصب ضمن قيمة الام يوم قبضها ولم يضمن قيمة الولد لان الولد لما مات فكان لم يكن فاذا غرم الغاصب قيمتها يوم الغصب فقد دخل نقصان الولادة في ذلك :. قال ولو كان الغاصب قتل الولد او باعه كان ضامنا لقيمته مع قيمة امه اذا كانت الولادة نقصتها لان الولد امانة فيضمن بالقتل كما يضمن الوديعة :. قال فان نقصتها الولادة مايه والولد يساوي مايتين ضمن قيمة الام يوم غصب وضمن من الولد نصف قيمته دخل النقص الذي لم يطلب في قيمة الام ه قال ابو يوسف فاذا ضمنت الغاصب قيمته تامة بغير نقصان حططت ذلك النقصان من قيمة الام وان ضمنته قيمتها يوم ولدت ضمن قيمة الولد تامة :. وذلك لان الضمان يجب يوم الغصب ويستقر بهلاكها فوجب اعتبار قيمتها في ذلك الحال :. واذا غرم قيمتها تامة وقد اتلف الولد ونقصه كان يجب ان يجبر به بعضها فصار كانه ضمن نقص الولد فلزمه ضمان باقيه ه واما قوله فان ضمنه قيمتها يوم ولدت ضمن قيمة الولد تامة فليس من جهة الحكم لان الحاكم لا يضمنه قيمتها الا يوم الغصب الا ان يحدث منه سبب الضمان يخالف الضمان الاول :. وانما عنى ابو يوسف بهذا انه دفع هذا القدر من الضمان فيلزمه قيمة الولد تامة :. وقال محمد في الاصل لو ماتت الجارية وبقي ولدها قال يأخذ ولدها ويضمنه قيمتها يوم غصبها وهذه مسئلة ابن سماعه :. وقد بيناها الا انه لم يذكر في الاصل ان الولادة نقصتها ومتى لم تنقص فلا شبهة في ضمان جميع القيمة لانه ليس هناك نقصان

حتى يجيء بالولد ه قال ولو غصب جارية شابة او غلاما فعجزت الجاريه وهرم الغلام فان المولى ياخذ جاريته وغلامه ويضمنه ما نقص من القيمة يوم غصبه وذلك لان الكبر يوجب فوات اجزاء من العين وفوات الاجزاء مضمونه على الغاصب ∴ قال واذا غصب الرجل عبدا قيمته الف فزادت قيمته بعد الغصب حتى صارت الفين ثم قتله قاتل خطأ فان المولى بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته الفا يوم غصبه وان شاء ضمن القاتل قيمته يوم قتله على العاقلة الفين وذلك لانه ثبت له ضمان من وجهين ضمان الغصب بالغصب وضمان القاتل بالقتل وله في كل واحد منهما غرض فيتضمن الغاصب يكون معجلا فلا يضمن فيه الزيادة على ما قدمنا ان زيادة البدن امانه وان شاء ضمن عاقلة القاتل فاستوفى ضمان الزيادة الا انه يتاجل في ثلث سنين ه قال فان ضمن الغاصب الفا قيمته يوم غصبه رجع الغاصب على عاقلة القاتل بالفين وتصدق بالفضل وهو الف وهذا فرع على اصلنا ان الضمان سبب التمليك فاذا ضمن الغاصب ملكه من وقت الضمان فكان القاتل قتله على ملكه فيرجع على عاقلته بقيمته ∴ والدليل على ان الضمان يملك به خلاف ما قاله الشافعي ان البدل الذي ياخذه المالك بدل عن العين دون الحيلولة الا ترى انه يختلف بحسب العين وان الحيلولة لا قيمة لها واذا كان بدلا عن العين فقد ملك المغصوب بدل العين بكماله والعين مما يصح نقل الملك فيها فوجب ان يملكها كمن وطئ جارية ابيه فاحبلها وكمن اعتق عبدا مشتركا وهو موسر يضمن قيمة نصيب شريكه ∴ ولا يلزم على هذا المحرم اذا ضمن قيمة الصيد لان العين لا يجوز نقل الملك فيها فلذلك لم يملكها ∴ واما قوله انه يتصدق بالفضل فلانه حصل له من وجه محظور ه قال ولو كان العبد هو الذي قتل نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته ايضا الف درهم يوم غصبه ولا يضمن قيمته يوم قتل نفسه وذلك لان قتل الانسان لنفسه لا يتعلق به حكم من احكام القتل فصار كموته بآفة من السماء ∴ فان قيل جنايه المضمون في يد الضامن كجنايه الضامن فصار كان الغاصب قتله فيضمن الزياده قلنا جنايه المضمون على غيره كجنايه الغاصب فاما جنايته على نفسه فلا حكم لها في الاصول فلا تصير كجنايه الغاصب ه ولان الزياده في يده امانه فكان العبد الغصب الف وديعه فهلك عند الغاصب ∴ قال ولو غصب امه فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت فانه يضمن قيمه الام الف درهم يوم غصبها ولا يضمن الولد وقتلها ولدها كموته وذلك لان الولد امانه في يد الغاصب فكانها اتلفت وديعه لمولاها ∴ وقال بشر عن ابي يوسف في رجل غصب رجلا عبدا صغيرا او امه فشبا وكبرا فللمغصوب منه ان ياخذه وكذلك الحيوان كله وذلك لان هذه زياده حصلت في المغصوب فهي على ملكه ∴ قال وان وجد المغصوب عبده شيخا كبيرا فان كان للصبي عليه فضل في قيمته اخذ النقصان مع ذلك وهذا على ما قدمناه وقال هشام سمعت محمدا قال لو غصب رجل رجلا امه شابة ناهدا فانكسر ثدياها عنده كان هذا عيبا وذلك لان هذه صفه تغيرت في يد الغاصب توجب نقصان القيمه فكانت من ضمانه ∴ قال وان كان المغصوب مملوكا امرد فخرج وجهه فليس بعيب والشيخ لحيته عيب او غصب غلاما شابا فصار شيخا في يده فانه يقوم شابا ويقوم شيخا فيضمن فضل ما بينهما وذلك لان جمال الرجل زياده وليس بنقصان بدليل ان من حلقها فلم تنبت غرم ارشها والزياده لا توجب الضمان ∴ فاما الكبر فقد قدمناه ه قال ولو غصب عبدا قاريا فنسي القراه او غصب خبازا فنسي الخبز او غصبه وهو يحسن شيئا من الاعمال فنسي ذلك وذهب عنه في يد الغاصب فانه يقوم على عمله ذلك ويقوم وهو لا يحسن ذلك فيضمن النقصان وذلك لان هذا نقص حدث في يد الغاصب ∴ ولا يقال ان عدم الصناعه ليس بعيب بدلالة ان من اشترى عبدا فوجده لا يحسن الخبز لم يرده بالعيب وذلك لان هذا وان لم يكن عيبا الا انه اذا وجد فهو زياده واذا عدمت صار نقصا ولهذا لو شرط في البيع انه خباز فوجده لا يخبز كان له الخيار ه ولو ابق العبد الغصب في يد الغاصب فالجعل في قول ابي يوسف على المولى ولا يرجع به على الغاصب ولكن يرجع على الغاصب بالجعل لابي يوسف ان الجعل مستحق على المولى برد العين عليه فوجب ان يكون عليه حال لو لم يكن مغصوبا ه ولان الجعل لمداوات في يد الغاصب فصار بمداواة الجراحه فيكون على المولى ه ولما العيب بالاباق اذا لم يكن العبد ابق قبل ذلك فهو نقص حدث في يد الغاصب فكان من ضمانه ه وجه قول محمد ان رد العين على المالك واجب على الغاصب فما يلزم عليه من الغرم في ماله ∴ ولانه يسقط بذلك عنه ضمان العبد فصار منفعته له فوجب ضمانه عليه ه

باب الرجل يغصب الشيء فيتغير عن صفته عنده دون عينه

قال ابو الحسن رحمه الله ولو ان رجلا غصب رجلا عصيرا فصار خلا او لبنا حليبا فصار مخيضا او عنبا فصار زبيبا او رطبا فصار تمرا فان ابا يوسف قال المغصوب بالخيار ان شاء اخذ الذي غصب منه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه مثله وسلمه اليه وهذه روايه ابن الوليد عنه في الاملاء في كتاب الغصب

وذلك لان المغصوبه دخلها النقص في يد الغاصب فكان من ضمانه ∴ ولا يمكن تضمين النقصان مع اخذ العين لان العصير واللبن يثبت فيه الربوا فاذا سلمت له العين وزياده لم يجز على ما قدمناه ∴ فان اخذ العين سقط حق التضمين فان طالب مثلها سلم العين الناقصه الى الغاصب ه قال ولو غصبه ثوبا فقطعه قميصا او قبا ولم يخيطه فالمغصوب بالخيار ان شاء اخذه مقطوعا وضمنه ما نقص بالقطع وان شاء تركه وضمنه قيمة الثوب يوم غصبه وذلك لانه لما قطعه فقد فوت الغرض والمقصود منه الا ترى ان الثوب اذا اقتطع منه قميص لم يمكن ان يقطع من ذلك غير القميص فاذا انقص المغصوب نقصا كثيرا كان له ان يضمن جميع قيمته كما لو قطع الغاصب قوائم الدابه ∴ ولانه فوت المنفعه المقصوده من العين فصار كمن غصب زيتا فخلطه بزيت اردى منه ∴ وانما كان له ان يضمنه نقصان الثوب لان الربوا لا يثبت فيه فاذا اخذ المقطوع مع الارش فكانه ملكه ثوبا بثوب وزياده ∴ قال وان غصبه شاة فذبحها فان بشرا روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفه ان صاحب الشاه بالخيار ان شاء اخذها ولا شيء له غيرها ∴ وان شاء تركها وضمنه قيمتها يوم غصبها وكذلك روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفه قال الحسن عن ابي حنيفه وكذلك ان سلخها بعد ذبحها او قطع لحمها اعضاء ولم يشوه والراس بحاله والجلد والاكارع والبطن كان المغصوب بالخيار ان شاء اخذ ذلك ولم يكن له غيره ∴ وان شاء ضمنه قيمتها حيه ∴ وقال محمد في الاصل وغيره ان شاء المغصوب اخذ الشاه واخذ ما نقصها وان شاء تركها واخذ قيمتها حيه ∴ وجه روايه بشر والحسن ان المقصود من الشاه اللحم والذبح يقوم عليه الاعتياض فصار في معنى الزياده فاذا اسلم الغاصب لم يجز ان يلزمه ارش النقصان وانما ثبت له حق تضمين القيمه لانه فوت عليه الغرض من العين وان كان الذبح زياده فيها ∴ وجه روايه محمد وهو الصحيح ان الذبح نقص في الحيوان والربوا لا يثبت فيه فصار كقطع الثوب ∴ قال ولو غصبه تبر ذهب او تبر فضه فصاغه آنيه او حليه او ضرب تبر الفضه دراهم وتبر الذهب دنانير كان للمغصوب ان ياخذ ذلك اجمع ولا يعطيه لعمله شيئا ∴ وقال ابو يوسف ومحمد لا سبيل للمغصوب على شيء من ذلك وعلى الغاصب مثل التبر الذي غصب ∴ لابي حنيفه ان الذهب والفضه لا يخرجها من حكم جنسها الا ترى ان الاسم بحاله وعامه المنافع لانه يمكن ان يعمل منها بعد الضرب ما كان يعمل من قبل وسقوط حق المالك انما يكون بزوال الاسم وعامه المنافع ∴ وجه قولهما ان الصنعه توجب سقوط حق المالك عن العين كمن غصب حديدا فضربه انيه وهذا ليس بصحيح لان الحديد ان بيع بعد ضربه وزنا فهو كالفضه والخلاف فيهما سوا ذكره ابو الحسن عقيب هذه المساله وانما يسقط حق المالك اذا لم يبع وزنا لان الاسم زال الا ترى انه لا يقال للابر حديد وزال المعنى فلذلك سقط حق المالك ه فان غصب شيئا من الحيوان فكبر وزادت قيمته فللمغصوب ان ياخذه ولا شيء للغاصب في زيادته وكذلك لو غصبه شيئا من الحيوان جريحا او مريضا فداواه حتى برأ وصح فله ان ياخذه ولا يرجع عليه بشيء وذلك لان الزياده [illegible] في ملك المغصوب ونزع الغاصب بالاتفاق على ملك غيره فلا يرجع عليه بشيء قال وكذلك لو غصبه ارضا فيها زرع او نخل او شجر فسقاه الغاصب وانفق عليه حتى انتهى بلوغه في حضر المغصوب منه وله ان ياخذه ∴ وكذلك لو كان النخل الطلع في يده فابره ولقحه وقام عليه حتى بلغ [illegible] فهو كله للمغصوب منه ولا شيء للغاصب من نفقته [illegible] الغاصب بالاتفاق عليه ه قال ولو كان حصد من الزرع شيئا فاستهلكه او [illegible] من الثمر شيئا فاكله [illegible] كان ضامنا لما [illegible] كل ذلك يرد على المغصوب مثله فيما له مثل وقيمه ما لا مثل له وذلك لان الزياده في يد الغاصب امانه فاذا اتلفها ضمنها [illegible]

باب الغصب يتغير بزيادة فيه بملك الغاصب او بعمله

قال ابو الحسن رحمه الله واذا غصب الرجل من الرجل حنطة فطحنها فان ابا حنيفه ومحمدا قالا لا سبيل لرب الحنطة على الدقيق وكذلك روى الحسن عن ابي حنيفه وعلى الغاصب مثل الحنطه التي غصب ∴ وقال زفر وبشر عن ابي يوسف [illegible] المغصوب منه الدقيق [illegible] الحنطه [illegible] وهو احق بذلك من جميع الغرما ان مات الغاصب [illegible] وكذلك لو غصبه دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره [illegible] ومثل طعامه [illegible] ∴ وروى ابن سماعه عنه في موضع اخر ان رب الحنطه بالخيار ان شاء ضمنه حنطه مثل حنطته وان شاء اخذ الدقيق [illegible] الطاهر لانه [illegible] ما غصبه بعينه [illegible] وكذلك لو [illegible] الغاصب [illegible] ولو غصبه لحما فشواه او طبخه وكذلك لو غصبه سمسما او زيتونا فعصره وكذلك لو غصبه ثوبا فلبسه

او طبخه اجرا او اتخذ منه آنية الخزف او جعله حبابا فان لم يكن للتراب ثمن فلا شي عليه. ولا باس بان ينتفع به. قال ايده الله وجملة هذا ان الغاصب اذا ازال الاسم وعامة المنافع المباحة من العين بزيادة من جهته زال ملك المالك عن العين عند ابي حنيفة ومحمد وملكها الغاصب بالضمان. وروي عن ابي يوسف مثل ذلك في روايات مشهورة وروى ابن سماعة ان حق المالك لا يسقط ولكن يزول ملكه ويباع له العين في دينه. وروى ابن سماعة ايضا ان له ان ياخذ الدقيق ويبرا الغاصب من الضمان. وروى الحسن بن زياد عنه مثل قول ابي حنيفة وكذلك رواه بشر قال ابو الحسن وهو الذي عندي قوله الاول. وقال الشافعي لا يزول ملك المالك. لنا ما روى ابو حنيفة عن عاصم بن كليب عن ابي بردة عن ابي موسى ان قوما من الانصار اضافوا رسول الله صلى الله عليه فقدموا اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمة فمضغها فلم تسغه فقال اما ان هذه الشاة لتخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الرجل هذه لاخي ولو كان اعز منها لم ينفس بها علي وسارضيه بخير منها فامر النبي صلى الله عليه ان يتصدق بها على الاسارى فلولا ان ملك المالك زال عنها لم يامره بالصدقة بها ولا امر ببيعها وحفظ ثمنها على الغاصب وهذا خبر صحيح وعليه بنى ابو حنيفة كثيرا من مسائل الغصب وكان المعنى في ذلك ان الاسم زال وعامة المنافع المباحة من العين بزيادة صنعة من جهة الغاصب وهذا المعنى موجود في طحن الحنطة والسمسم ونسج الغزل وغزل القطن. ولانه ازال الاسم وعامة المنافع المقصودة بزيادة من جهة الغاصب فصار كمن غصب ذهبا طينا فخلطه بيده. ولان من غصب الحنطة فلا يجبر على تسليم الدقيق كما لو اتلف الحنطة. لابي يوسف ان الملك معقود لا يجوز ازالته بغير رضا المالك الا ملكوا باكثر من زواله بالبيع الذي رضي به المالك. ومعلوم انه لو باع الحنطة لم يسقط حقه حتى يستوفي البدل او يرضى بالتسليم فلذلك هذا فكانه ازال ملكه في هذه الرواية وجعل له حبس العين كما للبائع حبس المبيع. واما الرواية الاخرى فقال لا يزول ملكه لان العين موجودة وانما حدث تغيرها من الطحن فهو كالشاة اذا ذبحها. واما التراب اذا لبنه او جعله آنية فان كان له قيمة فهو مثل الحنطة اذا طحنها وان لم يكن له قيمة لم يلزم الغاصب ضمانه لان ما لا يتقوم لا يضمن ولذلك جوز له الانتفاع بالعين لانهم انما منعوا الانتفاع في مسئلة الغصب لعدم الغرامة فاذا لم تجب الغرامة جاز الانتفاع. قال وان غصبه طعاما فزرعه فان عليه مثله في قول ابي حنيفة ويتصدق بفضله. وقال ابو يوسف لا يتصدق بفضله ولا باس بان ينتفع به قبل ان يرضي صاحبه وانما زال ملك المالك لان الغاصب استهلك الطعام والاستهلاك يزول به الملك بالاتفاق. فقد فرق ابو يوسف بين هذه المسئلة وبين الطحن لان الطحن ليس باتلاف وانما هو تغيير لصفة العين والزرع يحترق فيه وانما يتولد الزرع من فعل الله تعالى فلم يكن العين موجودة حتى يتعلق بها حق المالك. فاما الفضل فيتصدق به عند ابي حنيفة لانه ما حصل له من وجه محظور لم يسقط عنه بدله ولا رضي بتضمينه فوجب ان يتصدق به كسائر المحظورات. لابي يوسف انه ملك العين بالضمان فطابت له ربحها كما لو ملكه بالعقود. قال وكذلك نوى غرسه واتخذ منه نخلا فهو ضامن لقيمته وكذلك صنوف النبت وذلك لان النوى اذا نبت صار مستهلكا فهو كالحب اذا نبت له. وقال ابو حنيفة ومحمد في الحنطة اذا طحنها وما اشبه ذلك اكره ان ينتفع به حتى يرضي صاحبه وهو ايضا قول ابي يوسف في القول الذي لا سبيل له عليه وعليه حنطة مثل الحنطة. وذلك لانه حصل له من وجه محظور على النحو الذي بينا. ولانه لو اخذنا له الانتفاع قبل الاداء والتراضي بالضمان صار ذلك ذريعة الى اتلاف الاموال وهذا لا يجوز. فاما ابو يوسف ففرق بين هذا والزرع بما قدمنا ان الحنطة اذا زرعت هلكت وما يتولد من النبات ليس هو العين المغصوبة فلم يكره الانتفاع به. فاما في مسئلتنا فالعين باقية وانما تغيرت صفتها فلذلك لم يجز له الانتفاع بها. وقال ابو يوسف في الودي اذا غرسه فصار نخلا اكره له ان ينتفع به حتى يرضي صاحبه ورخص في الزرع ان ينتفع بما يخرج منه قبل ان يعطي صاحبه مثل الحنطة وكذلك النوى اذا صار نخلا. وانما قلنا ان الودي يملك اذا علق والودي هو الفسيل بلغة اهل المدينة لانه اذا غرسه فعلق فقد صار تابعا للملك بدليل انه يدخل في بيع الارض على طريق التبع والعين المغصوبة اذا صارت تابعة لملك الغاصب على وجه في ازالته ضرر سقط حق المالك عنها على ما سنبينه. ولانها تغيرت لان الودي اذا صار نخلا صار فيه من الجمار وحسبه ازال الاسم وعامة المنافع من اسباب التمليك. فاما فرق ابي يوسف بين الودي والنوى في اباحة الانتفاع فلما ذكرنا ان النوى يتعفن ويهلك ويحدث عين اخرى والودي يزيد في نفسه. وروى الحسن عن ابي حنيفة ان رجلا لو اغتصب شاة لرجل بغير اذنه فذبحها او طبخها او شواها فان لصاحبها ان يضمنه القيمة فان كان صاحبها غايبا او حاضرا الا انه لم يرض ان يضمنه لم يسع الذي ذبح وشوى ان ياكلها وان يطعم منها احدا ولا يبيع اصلا ان ياكل هو حتى يضمن الذي صنع بها ذلك قيمتها لصاحبها فاذا ضمنه صاحبها القيمة بامر قاض او بغير امر قاض وسعه ان ياكلها وان يطعم من يحب اذا ادى القيمة او

ذبحا عليه. قال وان لم يضمن القيمة فليتصدق بها. اما زوال ملك المالك فقد قدمناه. واما المنع من الاكل والانتفاع فلان النبي عليه السلام امر ان يتصدق بها ولو جاز اكلها لتركهم ياكلونها. ولان ذلك يصير ذريعة الى الغصب على ما قدمنا. فان دفع الغاصب قيمتها حل له الاكل لان حق المالك سقط باستيفاء البدل فكانه باعها واخذ ثمنها. وكذلك اذا ضمنه الحاكم لان الحاكم لا يحكم بالقيمة الا بطلب المالك ودعواه فكان المالك ضمن. قال فان ابى ان ياخذ القيمة واراد ان ياخذ اللحم وهو مطبوخ او مشوي لم يكن له ذلك لما قدمنا ان الملك زال فلم يكن له المطالبة بما ليس على ملكه. ولانه غصب منه شاة فلا يجبر على تسليم الطعام اليه كما لو استهلك الشاة. قال وان باع الغاصب اللحم بعد ما طبخه وشواه. وكذلك اذا وهبه او تصدق به. وذلك لانه ملكه من وجه محظور فهو ممنوع من الانتفاع به. وان باعه نفذ بيعه كالمقبوض على وجه بيع فاسد. قال الحسن وقال زفر اذا طبخه او شواه فقد صار مستهلكا له وعليه القيمة وله ان ياكله ويطعمه من شاء رضي صاحبه بالقيمة او لم يرض وبه ناخذ الحسن. وقد قال ابو يوسف ان القياس ما قاله زفر وانما منعوا من الانتفاع به استحسانا. وجه القياس انه ملكه بالضمان فهو كالمملوك بالعقد. وجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه امر بالصدقة باللحم فلو جاز الانتفاع به لبين ذلك لهم ولم يخيرهم في الصدقة. وقد روى محمد عن ابي حنيفة حديث عاصم بن كليب في املاء الكيساني وقال محمد يعني بالاسرى المحبوسين قال وبهذا ناخذ الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه امره ان يطعمه الاسرى ولو كان لصاحب الشاة في اللحم حق من اربابها بحقه او غير ذلك على وجه من الوجوه ما امره رسول الله صلى الله عليه ان يطعمه الاسرى ولكنه لم يبرح حقه ولذلك نقول. قال محمد وكذلك لو غصبه دقيقا فجعله خبزا وهذا صحيح لان الاسم زال واكثر المنافع بصفة حادثة. قال وكذلك لو غصب بيضة فحضنها وصارت دجاجة وذلك لان البيض يهلك ويتولد الحيوان من فعل الله تعالى فصار كزرع الحنطة. وكذلك لو غصب زيتا فجعله في بدله لشر فغلب عليه البزر وذلك لانه صار مستهلكا فيه الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع الزيت. وكذلك لو غصب عصفرا فصبغ به لانه صار تابعا لملك الغاصب على وجه في ازالته ضرر. وكذلك لو غصب آجرا او لبنا فبنى به حائطا لم يكن له على الحائط سبيل وضمنه قيمة آجره ولبنه وهذه مسئلة الساجة اذا ادخلها في البناء سقط حق مالكها. وقال زفر والشافعي ينقض البناء. لنا ان العين المغصوبة صارت تابعة لمال الغاصب على وجه في ازالته ضرر فصار كمن غصب خيطا فخيط به جرح عبده او جرح حماره وقد نص الشافعي على هذا. ثم كان ابو الحسن رحمه الله يقول المسئلة موضوعة على انه بنى على الساجة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض. فاما اذا بنى على نفس الساجة نقض بناءه لانه متعد فيه. وكان الهندواني يختار هذا القول. وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله في عروة مزاده سقط حق المالك عنها بالصياغة وانما اسقط بكونها تابعة للمزادة وذلك لا يكون [illegible] على وجه التعدي فدل على ان المسئلة على اطلاقها وانه لا حق للمالك في الساجة في الوجهين. وجه قول زفر ان البناء [illegible] الغاصب لو نقض ورد الساجة [illegible] وانما لم يسقط حقه عنها [illegible] الغاصب تسليمها. قال فان بيعت الدار [illegible] وبعد وفاته كان صاحب هذه الاشياء اسوة الغرماء في الثمن لانه لو ملك الشي من ذلك دون بقية الغرماء [illegible] ان ملكه زال عن العين فلم يبق له حق الا [illegible] فصار كما لو باع الذي باعه وسلمه.

باب الثوب يغصبه الرجل فيصبغه او يقطعه

قال ابو الحسن رحمه الله قال بشر عن ابي يوسف في املائه في رجل غصب من رجل ثوبا فصبغه بعصفر ان صاحب الثوب بالخيار ان شاء سلم الثوب للغاصب وضمنه قيمته ابيض وان شاء اخذ الثوب وضمن له ما زاد العصفر في الثوب وكذلك الزعفران [illegible] لمالك الغاصب الثوب الصبغ لان الاسم لم يزل وعامة المنافع باقية [illegible] الصبغ [illegible] فلم يجز [illegible] الغاصب [illegible] وضمن ما زاد [illegible] الصبغ [illegible] الثوب [illegible] الغاصب [illegible] ان الثوب [illegible] الغاصب [illegible] الثمن [illegible] صبغ رجل فلكل واحد منهما [illegible] الصبغ وصاحب الثوب [illegible] ابو الحسن رحمه الله [illegible] فاما بالصبغ بالسواد [illegible] ثوبا اسود ولا شي للغاصب وقال ابو يوسف السواد عندي مثل العصفر [illegible]

السواد فيه وهذا قول محمد ومن اصحابنا من قال انه لا خلاف في هذه المسئلة في الحقيقة لان ابا حنيفة اجاب
ما شاهد في زمن بني مروان انهم لم يلبسوا السواد وكان ذلك نقصا فلم يجب على ضمان الثوب مع النقص في ثوبه
واجابا هما على ما شاهدا من عادة بني العباس ولبسهم السواد. وكان ذلك زيادة في عادتهم فهو كالعصفر.
ومن اصحابنا من قال ان ابا حنيفة اجاب في نوع من الثياب ينقص السواد من قيمته في العادة واجابا
هما على نوع يزيد الثوب في قيمته في الحاصل فالحاصل من هذا انه لا خلاف في المسئلة وانما يرجع الى العادة
في كل زمان فان كان السواد زيادة غرمه المالك والا لم يغرمه. واما العصفر اذا نقص في الثوب فلم يزد
فقد روي عن محمد انه قال فيمن غصب ثوبا قيمته ثلثون درهما فصبغه بعصفر حتى صار قيمته عشرين درهما
فاني انظر الى ما يزيد هذا الصبغ في قيمة ثوب لا ينقص قيمته فان كان يزيد في ثمنه خمسة غرمت الغاصب
خمسة دراهم وذلك لان الثوب قد نقص من قيمته عشرة وجعل للمالك منها صبغ قيمته خمسة فبقيت
خمسة لا شيء يقابلها فيضمنها الغاصب. فان كان السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة
بعض فيجب ان يكون على ما قاله محمد في هذه المسئلة. قال ولو كان صاحب الثوب هو الذي صبغ العصفر
فصبغ به ثوبه كان الثوب له وهو ضامن لمثل ما اخذ ان قدر على كيل مثله او وزن مثله فوزن.
وان لم يقدر على كيل مثله او وزن مثله فقيمته يوم يختصمان ان كان مما يكال او يوزن. وان كان مما
لا يكال ولا يوزن فقيمته يوم اخذه. قال بشر وقال ابو يوسف بعد ذلك قيمته يوم غصبه وذلك لان الصبغ
صار مستهلكا في الثوب وتابعا له الا ترى ان المالك اذا باع الثوب دخل الصبغ فيه بغير تسمية ولو باع
الصبغ لم يجز. واذا صار مستهلكا ضمنه فان كان مما يكال او يوزن وقدر على مثله ضمن مثله. وان لم يقدر
على مثله فهو على الخلاف الذي قدمنا في انقطاع عن ايدي الناس. قال وليس لصاحب العصفر ان يحبس
الثوب في شيء من ذلك لان الثوب متبوع وليس تابعا مع فساد الصبغ كما لها لك. قال والسواد في
هذا الوجه بمنزلة الزعفران لان المالك لما صبغ به ثوبه فقد استهلكه ولا فرق بين ان يزيد في قيمة
ثوبه او ينقصه. قال وقال ابو حنيفة لو ان ثوبا وقع في صبغ رجل فانصبغ به ولم يصبغه احد
وان كان سوادا فالثوب لرب الثوب ولا شيء على رب الثوب من قيمة الصبغ. وان كان زعفرانا او
عصفرا فرب الثوب بالخيار ان شا سلم له ثوبه واعطاه ما زاد الصبغ فيه وان شا امتنع من ذلك
فبيع ذلك فيضرب فيه صاحب الصبغ بقيمة الصبغ على حاله في الثوب ناقصا. وقال ابو يوسف
مثل ذلك في العصفر والزعفران والسواد. اما اذا انصبغ بصبغ له قيمة فلا ضمان على المالك لانه
لم يوجد منه تعدي في الصبغ وكذلك لا ضمان على صاحب الصبغ لانه لم يتعد في الثوب والصبغ قائم الا انه
تابع لمال صاحب الثوب فان شا اعطى قيمة الصبغ وسلم له ثوبه لان ملكه متبوع وان شا تركه على
الشركة فاذا بيع ضرب فيه بقيمة ثوب ابيض لان الزيادة بالصبغ حصلت في ملك غيره ويضرب صاحب
الصبغ بقيمة صبغ في ثوب لان الصبغ ينقص بحصوله في الثوب وهو انما يستحق قيمته في الحال
فاعتبر قيمته على نقصانها. فاما السواد فليس بزيادة عند ابي حنيفة فلا يضمن صاحب الثوب
لاجله شيئا. قال وكذلك السمن يختلط بالعسل والسمن بالسويق والسويق هاهنا بمنزلة الثوب
والسمن بمنزلة الصبغ وذلك لان السويق متبوع والسمن تبع الا ترى انه يدخل في بيعه بالاطلاق
قال وكذلك المسك يختلط بالدهن والدهن بمنزلة الثوب والمسك بمنزلة الصبغ اذا كان الدهن
يصلح خلطه مع المسك ويكون زيادة فيه. فاذا كان دهنا لا يصلح خلطها بالمسك فهو فساد
والقول فيه مخالف لما وصفت لك وذلك لان المسك اذا اختلط بالادهان الطيبة زاد في قيمتها
وصار تابعا لها فهو كالسمن في السويق. فاما اذا اختلط بالادهان المنتنة استهلك فيها
ولم يزد في قيمتها فلا يعتد به. قال ولو ان رجلا غصب من رجل ثوبا فصبغه بعصفر لاخر ثم
ذهب الفاعل فلم يعرف كان القول في هذا كالقول في الذي اختلط بغير فعل احد ادع القياس
واستحسن وجه القياس انه لما لم يعرف الذي تعلق به الضمان سقط حكمه وكان الثوب
وقع في صبغ بالريح. قال ابو يوسف ولو ان رجلا غصب عصفرا فصبغ به ثوب نفسه وباعه
وحضر صاحب العصفر فلا حق له على المشتري غير ان حقه على الغاصب اذا كان معروفا.
وان كان مجهولا فقد وصفت لك الاستحسان وذلك لانه لما صبغ به الثوب ملكه فاذا
باعه جاز بيعه ولم يكن لصاحب الصبغ سبيل على المشتري مع صحة البيع. قال ولو ان رجلا
غصب ثوبا فصبغه بعصفر لنفسه ثم باعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب والمشتري فانه
يقضي بالثوب لصاحب الثوب ويستوثق منه ولا يدفع اليه الثوب ويوقف ذلك الوقف
لصاحب العصفر اذا حضر وينقض البيع فيما بين البايع والمشتري لان الثوب متبوع والصبغ تبع فلم
يملكه الغاصب بالصبغ فاذا باع لم يصح بيعه ووجب تسليم الثوب الى صاحبه الا انه
يستوثق لصاحب الصبغ لانه عين ماله فلا يجوز للقاضي ان يسلمه الا بعد الاحتياط بالكفالة.

قال ولو ان رجلا غصب ثوبا وعصفرا لرجل واحد فصبغه به فالمغصوب بالخيار ان شا اخذ الثوب مصبوغا
وابرا الغاصب من الضمان في العصفر والثوب وهذا استحسان ليس بقياس لان في القياس العصفر لمالكه
يضمن الغاصب عصفرا مثله ويعطيه هو ما زاد العصفر في الثوب وان شا ضمنه قيمة الثوب وعصفرا مثل
العصفر ويسلم ذلك كله اليه وانما ثبت له حق التضمين لانه استهلك الصبغ بملكه فوجب عليه مثله
وصار كمن صبغ ثوب غيره بصبغ لنفسه فللمالك ان تضمنه قيمة الثوب. واما وجه القياس اذا اختار
المالك اخذ الثوب فلان الغاصب ملك الصبغ بالاستهلاك فكانه صبغ بصبغ لنفسه فيغرم له المالك
زيادة الصبغ ويرجع عليه بمثله. وجه الاستحسان ان الصبغ خلط لاحد المالين بالاخر. ومال
الانسان لا يصير مستهلكا بماله وانما يدخل نقصا فيه. فاذا اختار الاخذ فقد ابرى من النقص في ذلك
قال فان كان العصفر لرجل والثوب لاخر فرضيا ان ياخذا الثوب مصبوغا لم اخذه الواحد جبيت كان
له فليس لهما ذلك ولكن لصاحبه ان ياخذ ويرد على الغاصب ما زاد الصبغ فيه ويتبع صاحب العصفر الغاصب
بعصفر مثل عصفره وذلك لانه لما صبغ الثوب بالعصفر صار مستهلكا له ووجب عليه فلم يكن لصاحبه
سبيل. وليس كذلك اذا كانا لواحد لان مال الانسان لا يصير مستهلكا بخلطه بماله وانما يصير ناقصا فلذلك
كان لصاحب الثوب اخذه. وقال ابو حنيفة في الرجل يغصب الثوب فيفتله او يغسله فلصاحب الثوب
ان ياخذه ولا شيء للغاصب وذلك لان الفتل والغسل ليس بزيادة عين مال فيه وانما الفتل تغيير صفة اجزايه
والغسل ازالة الوسخ عنه ورده الى لون القطن فاما الصابون والاشنان فلا يبقى له عين في الثوب
وانما تلف فلا يكون للغاصب ضمانه. قال وكذلك اذا قطعه قميصا او قباء ولم يخطه فصاحب الثوب
بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوبه وسلمه اليه وان شا اخذ الثوب مقطوعا واخذ النقصان معه وذلك لان
القطع نقصان كبير الا ترى انه لا يجي منه بعد القطع ما كان يجي منه قبله واذا كثر النقصان كان للمالك
تضمين الفقيه لانه لم يرض ان يكون على ملكه الا ما ينتفع به الانتفاع بالثياب وان شا ضمنه النقصان
لانه لم يستهلكه استهلاكا تاما ولا اتصل بزيادة واما له فيه غير معتبرة. وقال ابو حنيفة
ان خاطه الغاصب قميصا فلا سبيل لصاحبه عليه وعلى الغاصب قيمة الثوب وكذلك لو جعله قباء
او جبة لان الاسم زال واكثر المنافع بزيادة صنعة من جهة الغاصب فصار كشاة الانصاري.
قال وكل ما صار عليه في ضمانه في هذا الوجه فليس يحل له مما ضمن رهنا بذلك ولكن يسلم له ويتبع
بالضمان وهذا قول ابي حنيفة وقد قدمنا هذه المسئلة في خلاف ابي يوسف اذا طحن الحنطة. وقال
ابن سماعة في نوادره عن محمد في رجل غصب من رجل خوصا فجعله زنبيلا قال لا سبيل للمغصوب عليه
وذلك لان الاسم زال واكثر المنافع لزيادة صنعة من الغاصب. قال وان غصب نخلة فشققها جذوعا
كان له ان ياخذ ذلك الجذوع وذلك لان الاسم لم يزل وانما تفرقت الاجزا فصار كالثوب اذا قطعه. قال ولو
غصب شاة فذبحها كان له ان ياخذ اللحم وهذا قول ابي حنيفة لان الذبح تفريق الاجزا كقطع الثوب. فاما الكلام
في تضمين النقصان فقد تقدم على روايتين. قال وان غصبه لحما فشواه او طبخه فان ابا حنيفة قال لا سبيل له
عليه وقال ابو يوسف له ان ياخذ اللحم المشوي بغير شيء وياخذ المطبوخ ويعطيه ما زاد التابل فيه والطبيخ
كذلك. قال ابن سماعة عن محمد عن ابي يوسف وروى ابن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة مثل رواية محمد عن ابي حنيفة
قال واذا شوى اللحم او طبخه قال لصاحبه عليه وعلى الذي فعله به قيمته وكذلك قال ابو يوسف اما ابو حنيفة
فذهب الى ما قدمنا من حديث شاة الانصار. واما ابو يوسف فذهب الى ان العين باقية والشوي ليس بزيادة
مال فيها فصار على اصله كطحن الطعام. فاما اذا طبخ بالتوابل فذلك زيادة مال في اللحم فصار كالصبغ في الثوب
ويجب على قياس هذا القول اذا طبخه ان ياخذه ولا شيء عليه لانه ليس هناك زيادة مال فهو كالشي.
وقال ابن سماعة عن محمد ان غصبه مصحفا فنقطه فان صاحبه بالخيار ان شا اعطاه ما زاد ذلك فيه وان شا
ضمنه قيمته غير منقوط وذلك لان النقط زيادة في المصحف لها اثر فحلت محل الصبغ في الثوب. وروى
معلى عن ابي يوسف ان صاحبه ياخذه ولا شي عليه لان النقط ليس بزيادة مال ولا معنى يتقوم وانما يتقوم فيه
المنفعة ولا قيمة لها الا بعقد. ولو غصب ثوبا فقصره كان لرب الثوب ان ياخذ الثوب ولا يعطيه شيئا لان
القصارة ليست بزيادة عين في الثوب وانما هي رده الى لون القطن وما استعمله من الصابون والاشنان
متلف لا عين له فلم يبق الا المنافع ولا قيمة لها بانفسها. ولا يقال ان القصار له ان يحبس الثوب بالاجرة فقد
جعلوا القصارة كالعين لان الحبس انما ثبت في العمل الذي له اثر والضمان انما يجب في العين القائمة دون الاثر.
قال ولو غصب دارا فجصصها ثم ردها قيل لصاحبها اعطه ما زاد التجصيص فيها الا ان يرضى صاحبه ان ياخذ
الغاصب جصه وذلك لان الجص عين مال قائم يمكن ان ينفصل من الدار الا انه صار تابعا لها على وجه في ازالته
ضرر ولا يجوز ان يستحقه المغصوب بغير عوض فكان بالخيار ان شا ضمن له قيمته وان شا مكنه من اخذه.
قال واذا غصب الرجل من الرجل خمرا فخللها فلصاحبها ان ياخذها وهذا انما يعنى به في خمر المسلم لانه لا يغرم
على تضمين الغاصب لانها ليست بمال له الا انها كانت على ملكه الا ترى ان المسلم يملك الخمر على اصل ابي حنيفة

اذا وكل ذميا ببشرابها وعلي قولهم جميعا اذا اشتراها عبده الماذون النصراني واذا اعتق مكاتبه النصراني ؛ واذا
اتخذ من العصير خلا فصارت خمرا قبل ذلك فاذا كانت علي ملكه وقد استحالت خلا من غير مال من جهة الغاصب
الا ترى ان الملح الذي يطرحه فيها مستهلك لا عين له فكانها استحالت بنفسها خلا فيكون لصاحبها ؛ قال بشر
عن ابي يوسف وقال ابو حنيفة في رجل غصب من رجل جلدا او دبغه فان كان الجلد جلد ميتة فصاحبه بالخيار ان شا
اخذه واعطاه ما زاد الدباغ وان شا سلمه ولا شي له ؛ وان كان ذكيا فان شا ضمنه قيمته وان شا اخذه ورد عليه
ما زاد الدباغ ؛ اما الجلد الذكي اذا غصبه فدبغه فان دبغه بما لا قيمة له مثل الما والتراب والشمس فلصاحبه
اخذه ولا شي عليه لانه ليس له عين مال من جهة الغاصب وانما هناك منافع وهي غير متقومة فليس له ان
يضمن الغاصب لان الجلد بحاله لم يدخله نقص فلم يلزم مالكه غرم ؛ فاما اذا دبغه بما له قيمة مثل الشث
والقرظ فصاحبه بالخيار ان شا ضمنه قيمته غير مدبوغ وان شا اخذه واعطاه ما زاد الدباغ فيه لان الدباغ بما له قيمة
عين مال قائم في الجلد فصار كالصبغ في الثوب ؛ واما اذا غصب جلد ميتة ودبغه بما لا قيمة له فلصاحبه
اخذه لانه استحال مالا علي حكم ملكه من غير زيادة من جهة الغاصب فيه وهذا اذا اخذ الميتة من منزل صاحبها
فدبغ جلدها ؛ واما اذا القي صاحب الميتة الميتة في الطريق فاخذ رجل جلدها فدبغه فقد قالوا انه لا سبيل
له علي الجلد لان القاها في الطريق اباحة لاخذها فلا يثبت له الرجوع كالقا النوى ؛ وان دبغه بما له قيمة
فلصاحبه ان ياخذه ويغرم له ما زاد الدباغ لان الجلد صار مالا بمال الغاصب وهو عين قائم فلا يجوز نقلها
بغير عوض وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه غصبه ولا قيمة له ؛ قال ولو ان الغاصب جعل هذا الجلد
اديما او زقا او دفترا او جرابا او قربة او فروا لم يكن للمغصوب علي الجلد سبيل ولا خيار فان كان الجلد ذكيا
ضمن الغاصب قيمته وان كان ميتة فلا شي عليه وذلك لانه ازال الاسم والمنافع بصنعة حادثة فجرى مجرى
الثوب اذا خاطه ؛ فان كان الجلد ذكيا فله قيمته عند الغصب فيضمنها وان كانت ميتة فلا قيمة له عند الغصب
ولا حق للمغصوب في العين فسقط الضمان ؛ وقال في الاصل في الرجل يغصب الخمر وهي لرجل مسلم
فيستهلكها قال لا ضمان عليه وذلك لان الخمر ليست بمال للمسلم ولا قيمة لها في حقه ومن اتلف ما ليس
بمتقوم لم يضمن ؛ قال فان جعلها خلا فلربها ان ياخذها وهذا علي ما بيناه ؛ قلت وكذلك لو غصبه جلد
ميتة فدبغه فلرب الجلد ان ياخذه وهذا علي التفصيل الذي قدمناه ؛ قال فان غصبه عصيرا فصار خمرا
والمغصوب مسلم فله ان يضمنه قيمة العصير ولا يعوض الخمر فان وجد العصير وقد صار خلا فله ان يضمنه
قيمته ولا يتعرض للخل وان شا اخذ الخل ولم يضمنه قيمة العصير لم يذكر في هذا الموضع انه يرد ما زاد الدباغ
وهو قولهم جميعا وانما اراد ان الدباغ لا يمنع صاحب الجلد من اخذه ؛ فاما العصير اذا غصبها فهي عين مال
له قيمة فاذا صارت خمرا فقد هلكت في يد المسلم فله ان يضمنه القيمة وانما ذكر القيمة في الاصل لانه
وضع الامر علي انها تخاصم بعد حين العصير ؛ فاما اذا قدر علي عصير فانه يضمنه مثله ؛ واما اذا صار
خلا فهي مال المسلم الا ان الصفة قد تغيرت لان العصير ينتفع به ما لا ينتفع بالخل فكان المغصوب
منه بالخيار ان شا اخذها مع نقصانها وان شا اخذ مثل عصيره ؛ وقال في رجل مسلم غصب رجلا
مسلما خمرا فجعلها خلا ثم استهلكها قال عليه خل مثله وذلك لانه لما جعلها خلا كان لصاحبها اخذها علي ما
قدمنا انها استحالت مالا علي حكم ملكه من غير زيادة مال من جهة الغاصب فاذا استهلكها الغاصب
ضمن مثلها كما لو [illegible] الغصب ؛ قال فان غصبه جلد ميتة فدبغه ثم استهلكه فلا شي عليه ؛
قلت من اين اختلفا قال من قبل انه ياخذ الخل ولا يغرم شيئا ولو وجد الجلد مدبوغا اخذه وغرم ما زاد الدباغ
فيه وقال ابو يوسف ومحمد يضمن الغاصب قيمة الجلد مدبوغا ويعطي صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه قال وكذلك
قال في الجامع الصغير وهذا علي وجهين ان دبغه بما لا قيمة له فهلك عنده بعد الدباغ فلا ضمان عليه لان
الدباغ ليس باستهلاك منه ولو ضمن لضمن بالغصب ولا قيمة له عند الغصب ؛ وان استهلكه ضمن في قولهم
لان الجلد صار مالا وهو علي حكم ملك صاحبه فاذا اتلفه الغاصب ضمن قيمته اذا دبغه بما له قيمة فهلك عنده
فلا ضمان عليه في قولهم لان الدباغ ليس باتلاف من الغاصب فيتعلق به الضمان والغصب المتقدم لا يتعلق
به ضمان لاجل الجلد ؛ واما اذا استهلكه فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وذلك لانه لا يخلو اما ان يضمن
قيمته مدبوغا او غير مدبوغ ولا يجوز تضمينه غير مدبوغ لان الجلد غير متقوم في ذلك الوقت ولا يجوز
تضمينه مدبوغا لان الدباغ مال للغاصب لو لم يكن حين استهلك الجلد لم يضمن فلا يجوز ان يضمنه لاجل
ماله فلم يبق الا سقوط الضمان ؛ واما هما فانه يضمن قيمته مدبوغا وياخذ ما زاد الدباغ فيه وذلك لانه
اتلفه وهو مال لمالكه الا ترى انه كان له اخذه والاتلاف سبب للضمان فكانه ابتدا اتلافه من غير غصب
ويغرم المغصوب ما زاد الدباغ فيه لان ذلك قد سلم له حين اخذ عوضه فكانه اخذ الجلد قبل الاستهلاك ؛

باب الضمان بالخلط

قال ابن سماعه في نوادره في رجلين اودع كل واحد منهما رجلا الف درهم فخلط المودع المالين جميعا فاختلطا فقال
ابو حنيفة لا سبيل لهما علي اخذ هذه الدراهم ولهما علي المودع مثلها وقال محمد هما بالخيار ان شا اخذا الفين
سوى هذين وان شا اخذا هذين الالفين فاقتسماها نصفين لابي حنيفة ان الخلط استهلاك بدلالة ان للمالك
حق التضمين مع بقا العين ولولا انها في حكم المستهلكة لم يثبت له حق الضمان والاستهلاك يسقط حق المالك
ولا معنى لمنع من وصول المالك الي عين ملكه فصار كالهلاك ؛ وجه قولهما ان العين باقية وانما دخلها
نقص بالشركة فالمالك بالخيار ان شا اخذها مع النقص وان شا ضمن الخالط ؛ وقال محمد لا يسع المودع
اخذ هذه الدراهم حتى يودي مثلها الي اصحابها الا ترى انه لو غصب الفين من رجلين من كل واحد الفا ثم خلطها
ذلك لم يسعه اكل ذلك ولا يحل له حتى يودي مثلها الي اصحابها وهذا ظاهر علي اصل محمد لان عنده
ان حق المالك لم يسقط عنها فلا يجوز للخالط التصرف في ملك غيره ؛ فاما علي اصل ابي حنيفة فقد زال
ملك المالك عنها فقوله لا يحل له اكلها انما يعني به لا يحل له ان يشتري بهما ما يوكل لان التصرف فيها ممنوع
منه ما لم يود العوض ؛ فاما اكل ما اشتري بها فهو حلال لانهم قالوا فيمن غصب الفا فاشترى بها
ثوبا وسعه ان يلبسه لان الشري لم يقع بعينها وانما وقع بمثلها في ذمته ؛ وقالوا لو اشترى بالدراهم
المغصوبة دنانير لم يحل له ان يتصرف في الدنانير لان الدراهم اذا استحقت وجب رد الدنانير بدلها لم ينقض في
المجلس فصارت كالمقبوضة ببيع فاسد ؛ وقالوا لو تزوج بها امراة وسعه ان يطاها لان العقد لم يقع علي الدراهم
وقالوا لو غصب ثوبا فاشترى به جارية لم يسعه ان يطاها حتى يدفع قيمة الثوب الي صاحبه لان الثوب
يتعين بالعقد فاذا استحق رجع بائع الجارية فيها فصارت كالمقبوضة ببيع فاسد فلا يحل وطيها ؛ ولو تزوج بالثوب
المغصوب حل له وطي الزوجة لان الثوب لو استحق لم ينفسخ النكاح ووجب عليه قيمته ولم يمنع من الوطي وهذا
مبني علي ما عندنا ان تحريم الانتفاع في مسايلنا تحريم التصرف بها فيما يوكل ؛ فاما اكل العوض فمباح علي اصلهم ؛ قال فان
اودعه شعيرا واودعه اخر حنطة فخلطهما فهو ضامن مثل الحنطة لصاحبها ومثل الشعير لصاحبه وهذا علي
الخلاف الذي قدمنا عند ابي حنيفة لا سبيل للمودعين علي العين لان المودع ملكها بالخلط وعلي قولهما
لهما حق التضمين للعيب الذي دخل في مالهما بالشركة ولهما ان ياخذا العين فاذا باعاها اقتسما الثمن علي قيمة
الحنطة مخلوطة بالشعير وعلي قيمة الشعير غير مخلوطة وذلك لان اختلاط الحنطة بالشعير عيب فيها
وصاحبها انما يستحق بدلها في الحال وهي معيبة فيضرب بقيمتها علي تلك الصفة واختلاط الشعير
بالحنطة يوجب زيادة فيه وتلك الزيادة من ملك الغير فلا يجوز لصاحب الشعير ان يضرب بها فلذلك
يضرب بشعير غير مختلط ؛ وقال بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة لو ان رجلا خلط دراهم بدراهم اخر
او طعامه بطعام اخر كان الخالط ضامنا وكان ذلك له ؛ وان مات الغاصب وعليه دين ضرب المغصوب
في ذلك مع غرما الغاصب وذلك لان ملك المغصوب زال عنه عن العين وانتقل الي ذمة الغاصب
فصار في العين كسائر الغرما ؛ وهذا علي ما قدمنا في مسالة الحنطة اذا طحنها انه ليس لصاحبها حق الحبس ؛
وقال الحسن في المجرد عن ابي حنيفة لو ان رجلا جا بما فصبه في دهن لرجل او زيت او سمن فنقصه ذلك
من جودته وزاد في كيله كان لصاحبه ان يضمنه قيمته قبل ان يصب فيه الما وذلك لان الدهن المختلط بالما لا
مثل له فيغرم مثله فاذا لم يكن له مثل غرم قيمته لا يجوز ان يغرم مثل كيله قبل صب الما لانه لم يكن منه غصب
متقدم والخلط فيضمن مثله في تلك الحال ؛ قال فان اغتصبه اياه وهو زيت او سمن وصب الغاصب فيه ما
وهو في يده كان لصاحبه ان يضمنه كيلا مثل كيله ولم يكن له ان يضمنه القيمة لانه قد تقدم منه علي الخلط
سبب يتعلق به الضمان وهو الغصب فاستند الضمان اليه وهو في تلك الحال له مثل فيضمن مثل كيله ؛
قال ولو ان رجلا غصب من رجل كرا من طعام فافسده فصب الما فيه وزاد في كيله فلصاحب الطعام ان يضمنه
قيمته قبل ان يصب فيه الما وليس له ان يضمنه طعاما مثله وهذا كله علي قياس قول ابي يوسف وبه ناخذ
ووجهه ما ذكرناه في الزيت ؛ وقال الحسن قال ابو يوسف لو ان رجلا غصب رجلا كر طعام فخلطه بطعام
له قليل او كثير ثم احترق ذلك الطعام فعلي الغاصب طعام مثله وان كان قايما بعينه وقد خلطه بطعام خالف
صاحب الطعام بالخيار ان شا اخذ قيمته مثل الطعام الذي اغتصبه وان شا كان شريكا معه في ذلك الطعام بمثل
مثل طعامه كان الطعام الغالب او طعام الغاصب كذي روي الحسن عن ابي حنيفة والاول ابين عندنا وهو انه
لا سبيل له علي المختلط وهذه رواية اخرى عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف ومحمد ؛ واما اذا اختلط ثم
احترق فقد دخل في ضمانه بالخلط في قولهم فاذا هلك كان عليه مثله ؛ وقال الحسن لو ان رجلا جا بكر حنطة
فصبه علي طعام رجل وهو مثله في الكيل والجودة كان شريكا معه في ذلك الطعام بقدر طعامه ؛ فان سرق
الطعام لم يكن لواحد منهما علي صاحبه ضمان وذلك لانه لا يجعله مستهلكا بالخلط في هذه الرواية ولم
يجعله غاصبا لان النقل لم يوجد فاذا هلك لم يضمن ؛ قال وان كان نصب كرا علي قفيز من حنطة ثم
سرق الطعام فان ابا يوسف قال يضمن الناصب الكر مثل القفيز ومنها قول اخر انه شريك بقدر
طعامه ؛ وان سرق الطعام لم يكن لواحد منهما علي صاحبه ضمان وذلك لانه اذا صب كرا علي قفيز فالقليل
تابع للكثير ومستهلك فيه فدخل في ضمانه ؛ والحسن يقول ان الجنس لا يصير مستهلكا في جنسه ولم يوجد
النقل

فان صب فيه قفيزاً على كذا لم يضمن وان شرك في القولين لان الكثير لا يصير تابعا للقليل ولا مستهلكا فيه ∴ قال فان صب رديا على جيد فافسده فهو ضامن لكيل مثل الجيد شرك الطعام او كان قائما وذلك لان خلط الردي بالجيد يوجب عيبا فيه ∴ قال فان صب على ردي جيدا كان شريكا بقدر الذي صب لان الردي لا يتعيب بخلط الجيد ماله وان ضاع الطعام فلا ضمان لواحد منهما على صاحبه ∴ وكذلك الزيت اذا صبه على زيت او غصب زيتا من رجل فصبه على زيت له كان بمنزلة الطعام وهذا كله على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف وزفر وبه ناخذ ∴ وهذا انما يعني به على قياس قوله في وجوب الضمان فاما كيفيته فاذا صب على الطعام الجيد الطعام الردي فيجب ان يضمن قيمته لانه لا مثل للطعام المخلوط ∴

باب اختلاف الغاصب والمغصوب

قال ابن سماعة عن ابي يوسف اذا اختلف الغاصب والمغصوب فيما غصب او في صفته او في قيمته فالقول قول الغاصب في ذلك كله مع يمينه ولا يصدق المغصوب ان يلزم الغاصب بدعواه انه اخذ منه شيئا والغاصب يجحد ذلك لان الاصل براءة ذمة الغاصب فالقول قوله في براءة ذمته الا ان يثبت غير ذلك ∴ ولان من في يده شيء فالظاهر انه ملكه فاذا ادعاه غيره لم يقبل قوله الا ببينة ∴ فان قال المغصوب غصبتني هذه الامة التي في يدك فقال الغاصب بل غصبتك هذا العبد او قال هذا الثوب وقال الغاصب هذا الثوب الاخر فالقول قول الغاصب ∴ وكذلك سائر الاعيان وذلك لان المدعي يدعي غصب الجارية وصاحب اليد ينكر والاصل انه لا غصب فالقول قول صاحب اليد وقد اعترف صاحب اليد بالعبد للمدعي فرد اعترافه فسقط ∴ قال وكذلك لو اختلف في صفة المغصوب فقال غصبتك هذا العبد وهو اعور وقال المغصوب غصبته صحيحا او قال غصبتك هذا الثوب وبه هذا الخرق او فيه هذا الاثر وادعى المغصوب انه غصبه صحيحا لا اثر به ولا خرق فالقول قول الغاصب وذلك لانه لو انكر الغصب كان القول قوله فاذا اعترف بشيء دون شيء فالقول قوله ولانه يزعم انه غصب عبدا ناقصا والمغصوب يدعي عليه غصب عبد كامل فالاجزاء التي يختلفان فيها غير مغصوبة في الاصل حتى يثبت غصبها ∴ قال ولو اقر الغاصب في جميع هذه الوجوه بما ادعى المغصوب ثم قال قد رددت ذلك عليه او رددت ما لزمني من الضمان وقبضته لم يصدق على ذلك والقول قول المغصوب انه لم يقبض منه ولم يرد عليه مع يمينه الا ان يقيم الغاصب البينة وذلك لان الغاصب اعترف بالضمان وادعى سقوطه وذلك معنى حادث فلا يقبل قوله الا ببينة ∴ قال ولو اقر الغاصب انه غصبه عبدا صحيحا او ثوبا وان المغصوب جنى عليه واحدث ذلك في العبد بفعله فانه لا يصدق ويضمن ما نقص العبد او الثوب بعد ان يحلف المغصوب ما فعل ذلك ∴ وذلك لانه اعترف بالضمان للعبد الكامل وادعى البراءة من ضمان جزء منه بفعل المالك له فهو كما لو ادعى ان المالك اخذ جميع العبد ∴ قال فان اقام الغاصب البينة انه قد رده عليه او ان الغصب الذي في المغصوب احدثه صاحبه فيه بعد غصبه قبلت بينته وبرئ من ذلك لانه ادعى البراءة من الضمان واقام البينة على ذلك فتقبل بينته ∴ قال ولو غصبه دابة فاقام رب الدابة البينة ان الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه واقام الغاصب البينة انه ردها عليه فالبينة بينة المغصوب وعلى الغاصب القيمة لا يبرأ منها وذلك لانه لا تنافي بين البينتين لانه يجوز ان يكون رد الدابة ثم ركبها الغاصب فنفقت فيكون ذلك غصبا مبتدأ فاذا امكننا في البينات وجب الضمان ∴ قال وكذلك لو شهدت شهود رب الدابة ان الغاصب قتلها وشهدت شهود الغاصب انه قد ردها اليه فعلى الغاصب القيمة وهذه رواية الاصل وقد بينا وجهها ∴ وقال في موضع اخر من الاصل ارايت الرجل غصب الدابة فيقيم صاحبها البينة انه غصبه اياها وانها نفقت عنده قال فلا ضمان عليه وهذا غير مخالف للاول لانهم لم يشهدوا انها نفقت عند الغاصب من عمله حتى يكون الشهادة بغصب مبتدأ وانما شهدوا على مجرد الموت ولم يعلموا بالرد وشهود الرد عرفوا معنى حادثا فشهادتهم اولى ∴ قال بشر عن ابي يوسف لو ان رجلا غصب رجلا عبدا فشهدت شهود الغاصب ان رب العبد قبضه منه فمات عنده وشهدت شهود المغصوب ان العبد مات عند الغاصب كان الغاصب ضامنا للقيمة لا يبرئه منه البينة على دفع العبد وهذا مخالف لما في الاصل ووجهه ان شهادة شهود المغصوب بموته في يد الغاصب شهادة بثبوت يده عليه بعد الرد ∴ وكانهم شهدوا بغصب مبتدأ وهذا ليس بصحيح لانه يجوز ان يكونوا عرفوا الغصب والموت فاستصحبوا يد الغاصب حين لم يعرفوا الرد فقالوا مات عنده فالرجوع الى من اثبت الرد اولى ∴ قال ابو يوسف الا ترى ان شهود المغصوب لو شهدوا ان فلانا غصب هذا العبد من فلان فمات عنده وشهدت شهود الغاصب ان العبد مات في يد مولاه قبل الغصب لم ينتفع بهذه الشهادة وكان الغاصب ضامنا له وذلك لان الشهادة على موت العبد في يد مولاه لا تتعلق بها حكم فسقطت لان الشهود عرفوا يد المولى والموت ولم يعرفوا الغصب فشهدوا انه مات في يد المولى فشهادة من عرف الغصب اولى ∴ وقال ابو يوسف

ارايت لو شهدت شهود المغصوب ان الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة وشهدت شهود الغاصب انه كان يوم النحر بمكة او العبد شهود على احدهما يعني على احد هذين المعنيين اشهد المركز هذه الشهادة في البراءة باطلا والضمان للغاصب لازم وذلك لان شهادة شهود الغاصب بالكوفة يوم النحر بمكة لا تتعلق بها حكم فسقط وتعلق الضمان بالاخرى ∴ وقال محمد في الاملاء اذا اقام المغصوب البينة انه مات في يد الغاصب واقام الغاصب البينة انه مات في يد المغصوب فالبينة بينة الغاصب وذلك لانه قد افاد الغصب والموت عنده لا يتعلق به الضمان وانما يتعلق بالغصب فلا معنى لاقامة البينة على الموت الا ترى ان قيمته لو زادت بعد الغصب لم يضمنها بالموت واذا سقط اقامة البينة على الموت في يد الغاصب لانها لا تفيد الا ما افاده اقراره بالغصب بقيت بينة الغاصب على موت العبد في يد مولاه فبرئ من الضمان وهذا مثل رواية الاصل ∴

باب الرجل يغصب الشيء في بلد فيطالب به في غيره

قال ابن سماعة سمعت ابا يوسف رحمه الله قال في رجل غصب عبدا فذهب به الى افريقية فلقيه المغصوب بخاصمه فهو بالخيار ان شاء اخذ عبده بعينه وان شاء اخذ قيمة عبده في الموضع الذي غصبه ∴ وكذلك ان كان ثوبه او جصا او شيئا مما يكون عليه مثله فهو بالخيار ان شاء اخذ متاعه بعينه وان شاء مثله في الموضع الذي غصبه اياه ∴ وجملة هذا ان من غصب شيئا في بلد وطولب به في بلد اخر فهو على وجهين اما ان يكون الغصب في جنس الاثمان او في غيرها فان غصبه دراهم او دنانير في بلد فالتقيا في بلد اخر فطالبه بها فعليه تسليمها اليه وليس لصاحبها ان يطالب بقيمتها وان اختلف سعرها لان الدراهم والدنانير هي الاثمان في كل مكان ولا يختلف باختلاف الاماكن والمطالبة بها في مكان الغصب بها وفي غيره سواء ∴ فان شاء المغصوب اخذها وان شاء اخر المطالبة لانها حق له ∴ واما اذا كان الغصب في غير الاثمان فالتقيا في بلد اخر فان كانت العين المغصوبة قائمة في يد الغاصب وقيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان الغصب او اكثر فللمغصوب اخذها وليس له ان يطالب بقيمتها لان الغاصب ازال يده عن العين وفوت عليه مقدار قيمتها من ملكه والقيمة متساوية فاذا ردها عليه في هذا المكان لم يفوت شيئا من ملكه فلذلك لم يكن له الا العين ∴ فاما ان كان سعرها في هذا المكان اقل من سعرها في مكان الغصب فان شاء اخذها وان شاء انتظر حتى ياخذها في البلد الذي غصب فيه وذلك لان الغاصب فوت عليه بالغصب مقدارا من ماله لا يعود برد العين اليه فكان له ان يعدل الى قيمتها كما لو دخلها عيب وله ان ياخذها لانه يسقط حقه من النقصان وله ان ينتظر لان المطالبة تثبت لحقه فاذا اخرها جاز ولا يقال ان العين اذا كانت باقية فتفاوت الاسواق في البلاد كنقصان السعر في البلد الذي غصب فيه ∴ ولو وجدها في ذلك البلد لم يكن له الا العين وان نقص سعرها فكذلك هذا وذلك لانها اذا وجدت في المصر الذي غصبت فيه وقد نقص سعرها فنقصان السعر لا يعود الى فعل الغاصب ولا يتعلق بالعين ∴ واما في مسئلتنا فتفاوت السعر حصل بسبب من جهة الغاصب وهو نقلها من بلد الى بلد ولو تركها في البلد الاول لم ينقص حق صاحبها فلذلك ثبت للمغصوب الخيار ∴ واما اذا كانت العين هالكة فلا يخلو اما ان يكون سعرها في المكان الذي التقيا كسعرها في المكان الذي غصب او اكثر او اقل فان كانت قيمتها اقل من قيمتها في مكان الغصب كمن غصب تمرا ببغداد واختصما بالبصرة فالمغصوب بالخيار ان شاء اخذ تمرا مثله وان شاء اخذ قيمة التمر ببغداد يوم غصبه ∴ وان شاء انتظر حتى ياخذه ببغداد لان التمر يختلف بين البلدين لاجل الحمل والمؤنة ∴ وقد فوت عليه الغاصب التمر وهو زائد القيمة فلم يكن له ان يدفع اليه تمرا ناقص القيمة لمعنى يتعلق بفعله ولا يجوز ان يلزم المغصوب التاخير الى بغداد لانه يستضر بذلك فلم يبق الا القيمة وليس يمتنع في المكيلات والموزونات ان يعدل الى القيمة اذا لم يتمكن من استيفاء الحق الا بها كما يعدل في قيمة القلب من جنسه الى غير جنسه لانا لا نقدر على استيفاء قيمة الصياغة الا بذلك وللمغصوب ان يؤخر المطالبة حتى يستوفي التمر ببغداد لان له حقا في المثل حتى يعيد الغاصب يده على الوجه الذي ازالها ∴ واما اذا كانت القيمة في مكان الخصومة اكثر من القيمة في مكان الغصب كمن غصب تمرا بالبصرة واختصما ببغداد فالغاصب بالخيار ان شاء اعطى تمرا مثله وان شاء اعطى قيمته بالبصرة لانه يستضر بدفع المثل ببغداد مع تفاوت قيمته ولم يثبت للمالك حق الا في الاستيفاء بالبصرة فوجب ان يعدل الى القيمة بالبصرة حتى لا يضر بواحد منهما ∴ فان اختار الغاصب دفع المثل فقد التزم اكثر مما عليه فجاز ∴ وان اختار المغصوب تاخير المطالبة الى البصرة فله ذلك لان له حقا في المطالبة بالعين ولا يمكن ذلك ببغداد فكان له الصبر حتى يستوفي نفس ما تعلق حقه به ∴ واما اذا كانت قيمته في مكان الخصومة كقيمته في مكان الغصب فللمغصوب ان يطالب بالمثل لانه لا ضرر في ذلك على الغاصب فانه طالبه به في المكان الذي غصبه

باب ما يكون قبضا للغصب

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا غصب الرجل رجلاً شيئاً ثم إن المغصوب أحدث في الشيء الغصب حدثاً أو فعل فيه أو به فعلاً لو كان فعله في ملك غيره صار به غاصباً ضامناً فإن المغصوب إذا فعل مثل ذلك في الغصب كان قابضاً له ويبرأ الغاصب منه مثل أن يكون الغصب عبداً فيستخدمه المغصوب أو ثوباً فيلبسه المغصوب أو دابة فيركبها فإنه قد صار بذلك قابضاً للغصب ويبرأ الغاصب منه وذلك لأن الفعل الذي يصير به غاصباً يوجب ثبوت يده على العين وثبوت يد المالك على العين المغصوبة يوجب سقوط ضمان الغاصب لزوال يده عنه ألا ترى أن من نازع رجلاً في دابة هو راكبها أو في ثوب هو لابسه أو في عبد يستخدمه كان القول قوله فدل على أن هذه المعاني يد وتصرف فيسقط ضمان الغصب. قال وسواء عرف ذلك المغصوب منه أو لم يعرف لأن تصرفه يوجب سقوط الضمان وذلك لا يختلف بالعلم والجهل كالبراءة. ولأنه لو تصرف في ملك غيره وهو لا يعلم صار غاصباً فكذلك إذا تصرف في ملك نفسه وهو لا يعلم صار قابضاً. قال ولا يكون الغاصب غاصباً له بالغصب الأول إلا أن يحدث غصباً مستقبلاً وذلك لما بينا أن تصرف المالك أسقط ضمان الغصب فلا يعود إلا بعود سببه. قال وكذلك لو كان الغصب طعاماً فأكله المغصوب وهو يعرفه أو لا يعرفه أو أطعمه إياه الغاصب أو كان ثوباً فلبسه المغصوب أو ألبسه إياه الغاصب وهو يعرفه أو لا يعرفه فقد برئ منه الغاصب وذلك لأنه إذا أكله فقد ثبتت يده عليه عند الأكل وثبوت اليد يبرئ الغاصب من الضمان. فأما إذا أطعمه إياه سقط ضمانه عندنا وقال الشافعي لا يسقط. لنا أن الطعام قد سلم له في الأكل فلو رجع على الغاصب ببدله لسلم له العوض والمعوض فيما يصح تمليكه بالمعاوضات وذلك لا يصح. قال ولو أن المغصوب أخذ العبد من الغاصب ليخدمه أو الثوب ليلبسه أو الدابة ليركبها فقبل الغاصب الإجارة فإن الغاصب بريء من ضمان العبد حتى يجب عليه الأجر بالإجارة وذلك مع قبض ما وقعت عليه الإجارة وذلك لأن الأجرة إذا وجبت نفت ضمان الغصب لأن الأجر والضمان لا يجتمعان. وقد قالوا في الغاصب إذا استأجر العبد المغصوب من مولاه ليبني له حائطاً معلوماً سقط الغصب حين يبتدئ بالبناء لأن الأجرة لا تجب بالتخلية وإنما تجب بالعمل وسقوط الضمان يتعلق بوجوب الأجرة فأما في الاستخدام فوجوب الأجرة يحصل مع وجود التخلية في أول المدة المعقودة عليها فإذا حصل ذلك وجبت الأجرة فيسقط الضمان. ولهذا قال أبو الحسن إن الضمان يسقط مع قبض ما وقعت عليه الإجارة ومعلوم أن العبد في يد الغاصب فهو له قابض إلا أنه قد يعقده على هذه في المستقبل فلا يكون القبض قبض الإجارة حتى تأتي المدة وتحمل المسألة على أنه استأجرها في الحال إلا أن الدار ليست بحضرتهما فلا يبرأ من ضمان الغصب حتى يسكنها أو يتمكن من سكناها فينزل ذلك منزلة القبض. وقد قالوا في المغصوب إذا زوج الجارية الغصب من الغاصب برئ من ضمانها في الحال في قول أبي يوسف لأنها صارت مقبوضة بالتزويج ولم يذكر فيه قياس قول أبي حنيفة وهذا فرع على اختلافهم في البيع أنه هل يصير قابضاً بالتزويج أم لا. قال ولو كان المغصوب استأجر الغاصب حتى يعلم العبد الخبز أو الكتابة فذلك جائز وهو في يد الغاصب على ضمانه لا يبرأ من الضمان باستئجاره. فإن هلك في يده بعد ذلك وقد أخذ في تعليمه أو لم يأخذ ضمن قيمته. وكذلك لو كان الغصب ثوباً فاستأجر صاحب الثوب الغاصب أن يعمله فهو جائز ولا يخرجه ذلك من الضمان ولو ضاع عنده كان ضامناً في قول من يضمن الأجير المشترك كذا روى ابن سماعة عن محمد وذلك لأن استئجار الغاصب على تعليم العمل فيه وهو في يد المولى وداره فلم يبرأ بذلك عن الضمان وليس كذلك إذا استأجر الدابة ليركبها لأن العقد يقتضي تسليم الدابة إليه ليجب الأجر بالتسليم. ولأنه استؤجر في مسألتنا على إيقاع فعل في العين وذلك لا يوجب زوال يد الغاصب فبقي حكمها من الضمان. وأما في مسألة الدابة فإنه عقد له على الركوب وذلك لا يكون إلا بزوال يد الغاصب وتجديد الإجارة فيسقط الضمان. فأما قوله في الثوب إذا هلك عنده أنه ضامن له في قول من لا يضمن الأجير المشترك فصحيح لأن من لا يضمن الأجير يتصور على مذهبه بقاء الضمان بالغصب إذ لو ارتفع ضمان الغصب لم يضمن بالإجارة. فأما على قول من يضمن الأجير المشترك فلا يتصور زوال يد الغاصب إلا أن يكون هناك حريق غالب أو لصوص غالبين وإلا فالشيء مضمون على الأجير كما هو مضمون على الغاصب فلذلك بنى أنه مضمون على قول من لا يضمن الأجير. قال ولو أن رجلاً في يده كران اغتصبه رجل أحدهما فذهب به أو سرق رجل ثم إن المغصوب أودع الغاصب أو السارق الذي سرق الكر الباقي في يده فعمد السارق إلى كر الوديعة أو الغاصب فخلطه بالكر الغصب ثم ضاع ذلك كله فإنه يضمن مثل الكر الذي غصب ولا يضمن الكر الوديعة من قبل الخلط لأن خلطه مال الإنسان بماله لا يوجب ضماناً على الخالط إذا كانا على صفة واحدة لأن المعنى الموجب للضمان عند أبي حنيفة أن المالك لا يتوصل إلى عين ماله وعلى قولهما المعنى الموجب هو العيب الحاصل بالشركة وذلك لا يوجد في ملك الإنسان فلم يجب الضمان بالخلط فبقي أحد الكرين أمانة والآخر مضموناً وإذا هلكا فحكمهما بعد الخلط كحكمهما إذا هلكا قبله. قال محمد وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم وديعة في كيس فأخذ منها خمسمائة فذهب ثم ردها بعد أيام فوضعها في الكيس الذي أخذها منه فضاعت فإنه يضمن الخمسمائة التي كان أخذ ولا يبرأ منها بردها من قبل أنه لا يكون راداً إلا أن يدفعها إلى صاحبها ولا يضمن بالخلط شيئاً. أما ضمان الخمسمائة التي أخذها فيجب أن يكون محمولاً على أنه أخرجها من المصر فصارت في ضمانه على الرواية التي قالوا ليس للمودع أن يسافر فأما إذا أخذها بنية الغصب لم يكن ضامناً لها لأنه لم يملك بالأخذ النقل ومجرد النية لا يتعلق به ضمان فإذا صارت مضمونة على الوجه الذي ذكرناه لم يبرأ من ضمانها إلا بردها على المالك أو على من قام مقامه فإذا خلطها لم يضمن الباقي بالخلط لأنه مالك واحد على ما قدمناه وهذه مسألة مشكلة لأنها تخالف أصلين مشهورين أحدهما أن الوديعة بنية الغصب لا يتعلق به الضمان فإن حملت المسألة على أنه أخرج المال من المصر في إحدى الروايات فقد ترك أصلاً آخر لأن المودع إذا تعدى ثم أزال التعدي برئ من الضمان. وقد قال إنه يضمن الخمسمائة وإن ردها فالأولى أن تحمل المسألة على أنه أخذ الخمسمائة فطولب بها فجحدها فصار ضامناً والجاحد لا يبرأ إلا بالرد على المالك فإذا خلطها لم يضمن الباقي لأنهما لمالك واحد وضمن المجحود خاصة.

باب غصب الصبي والمدبر والمكاتب وأم الولد

قال أبو الحسن رحمه الله قال بشر عن أبي يوسف في رجل غصب صبياً حراً من أهله فمرض في يديه فإن أبا حنيفة قال لا ضمان عليه. فإن لم يمرض ولم يمت ولكنه عقره سبع فقتله أو نهشته حية فمات فإن على عاقلة الغاصب الدية. وجملة هذا أن الحر لا يضمن بالغصب صغيراً كان أو كبيراً لأن ضمان الغصب يقتضي التمليك والحر لا يصح فيه التمليك. ولأنه ضمان يتعلق بالقبض كضمان البيع الفاسد. ويضمن بالجناية لأن الجناية إتلاف وإذا ثبت هذا فمتى مات الصبي بسبب لا يختلف باختلاف الأماكن فلا ضمان على الغاصب لما بينا أنه لا يضمنه باليد. وإن مات بسبب يختلف باختلاف الأماكن فالضمان على عاقلته لأن الصبي لا يقدر على حفظ نفسه فلما حمله إلى هذا المكان فقد قربه من سبب الجناية فكأنه ألقى عليه الحية فالضمان على عاقلته لأنه من ضمان الأسباب كحفر البئر. قال ولو قتل الصبي رجلاً خطأ في يد الغاصب فإن للأولياء أن يتبعوا أيهم شاءوا فإن شاءوا اتبعوا الغاصب بالدية وإن شاءوا القاتل وذلك لأن القتل يختلف باختلاف الأماكن لأن الصبي لو كان في أهله دفعوا عنه القاتل فقد ثبت للأولياء الضمان من وجهين على عاقلة الغاصب لتقريبه الصبي من سبب التلف وعلى عاقلة القاتل بمباشرته القتل فكان لهم الخيار في المطالبة. فإن قيل إن الغاصب إذا كان كفاعل السبب سقط ضمانه مع المباشر وصار كالممسك والقاتل وكحافر البئر مع دافع إنسان فيها. وذلك لأن الغاصب وإن كان كفاعل السبب فإن المباشرة التي حصلت من القاتل كأنها منه لأنه قربه إليها فكأنه أخذ السيف وألقاه عليه. قال فإن اتبعوا الغاصب رجع على القاتل وذلك لأنهم أقاموه مقام أنفسهم فيما كان لهم من الضمان فإن اتبعوا القاتل لم يرجع على الغاصب. قال فإن اتبعوا الغاصب رجع على القاتل وذلك لأنهم أقاموه مقام أنفسهم فيما كان لهم من الضمان وإن اتبعوا القاتل لم يرجع على الغاصب لأن حاصل الضمان عليه. قال وكل هذا الضمان على العاقلة لأنه ضمان جناية. قال ولو أن الصبي قتل نفسه أو وقع في بئر أو وقع عليه حائط فمات فالغاصب ضامن وعلى عاقلته الدية لأن هذا يختلف باختلاف المواضع فأما قتله لنفسه ففيه خلاف ونذكره في آخر الباب. قال وللغاصب أن يرجع على صاحب الحائط إن كان تقدم إليه وعلى عاقلته الدية وذلك لأن حاصل الضمان على صاحب الحائط لأنه كالدافع له عليه. قال ولو قتله رجل عمداً كان أولياء الصبي بالخيار إن شاءوا اتبعوا القاتل عمداً فقتلوه وبرئ الغاصب وإن شاءوا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمداً ولا يكون لهم القصاص وذلك لأن الغاصب قربه إلى القاتل عمداً فثبت عليه الضمان بتقريبه وثبت القصاص على القاتل بقتله فللأولياء الخيار. فإن ضمنوا الغاصب رجع بالدية في مال القاتل لأنه قام مقام الأولياء في الضمان ولا يجوز أن يثبت له القصاص لأنه ليس بولي للصبي. ولأن الدية وجبت بالقتل وينبغي أن يجب به القصاص وصار استحقاق الدية على الغاصب شبهة في القصاص فأسقطه في مال القاتل وقام الغاصب مقام الأولياء في استيفائه. قال ولو أن الصبي قتل في يد الغاصب رجلاً فرده على أبيه وضمن عاقلة الصبي دية الرجل لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء وذلك لأن الصبي لا يضمن باليد فلا يضمن جنايته وإنما يضمن الغاصب الجناية عليه ولم يوجد ذلك. قال أبو يوسف وكان ينبغي في القياس أن لا يضمن الغاصب الصبي الصغير على حال من الحالات لأنه ليس بمال إلا أن نقله إنما ضمناه بالاستحسان لأنه يقبح أن يغصب الرجل صبياً صغيراً فيقتل عنده أو تصيبه آفة أو حية أو يسقط فيها أو يغرق في يده ثم يبرأ من ضمانه. فكأنه بين أن القياس نفي الضمان وإنما استحسن في تضمينه ما كان جناية على الصبي فأما جناية الصبي فعلى أصل القياس. قال ولو قتل الصبي نفسه تضمنه الغاصب كل شيء أتى على نفسه بوجه من الوجوه أو على بصره أو يده أو رجله فالغاصب ضامن له ما خلا الموت أو أمر ينزل به من السماء الحمى ونحوها من علل الناس فإن هذا لا يضمنه الغاصب. قال وإذا قتل الصبي نفسه فضمنه الغاصب

ان يرجع الغاصب على عاقلة الصبي وكذلك لو اركبه دابة فالقى نفسه منها ❊ قال ابن سماعة وسمعت محمدا يقول في
الصبي اذا قتل نفسه او طرح نفسه من الدابة قال لا ضمان عليه ∴ لابي يوسف ان قتله لنفسه يمكن اهله حفظه منه
فكان من ضمان الغاصب كقتل الغير له ∴ ولانه لو ضمن جنايته على نفسه ضمن جنايته على غيره كالعبد فلما لم تكن جناية بعض
الصبي على غيره كذلك على نفسه فاما قول ابي يوسف ان الغاصب لا يرجع على عاقلة الصبي بما غرم فلان الصبي
لا تثبت حكم جنايته على نفسه واذا لم يتعلق بذلك حكم الضمان لم يجب على العاقلة ❊ قال ولو غصب رجل رجلا
مدبرا له فمات المدبر في يد الغاصب ضمن قيمته في قول اصحابنا جميعا وهو في ضمان الغصب بمنزلة ضمان العبد
وذلك لان المدبر لرقبته قيمة بدليل انه يسعى لحق الغرما ولحق الورثة فصار كالعبد ∴ قال فان غصب
ام الولد فماتت في يده لم يضمنها في قول ابي حنيفة اذا ماتت ميتة نفسها ❊ قال محمد قال ابو حنيفة
ام الولد ليست بمال لانها لا تباع في دين بعد موت مولاها وانها حرة من جميع المال ❊ قال محمد فان غصبها
غاصب فماتت في يده بعض ما وصفت لك انه يضمن في الصبي الحر فان قياس قول ابي حنيفة ان الغاصب
يغرم قيمتها حاله في ماله وذلك قولنا وقول ابي يوسف لان ابا حنيفة كان يضمن الصبي الحر وليس
بمال فام الولد احق ان تضمن لانها اقرب الى ان تكون مالا من الصبي الحر وهذا كله قول ابي حنيفة
وقياسه وهو قول ابي يوسف وقولنا يعني في ضمان الصبي ∴ فاما ام الولد فهي عندهما بمنزلة الامة
تضمن كما تضمن الامة التي ليست بام ولد في الغصب ∴ اما ضمان ام الولد بالغصب فقد بيناه في البيوع وقد
ذكرنا وجه قول ابي حنيفة ان المولى لا يملك منها الا المنافع بدلالة انها لا تسعى بعد موته بحال والمنافع
اذا تلفت لا قيمة لها ∴ وجه قولهما ان حق الحرية ثبت لها كالمدبرة فضمانه ضمان الغاصب ❊ فاما قياس
محمد لام الولد على الصبي الحر وقوله انها تضمن بما تضمن به الصبي فليس بصحيح لان الصبي يضمن لانه لا
يقدر على حفظ نفسه وهذا لا يوجد في ام الولد ❊ وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل غصب رجلا
ام ولد او مكاتبا او مدبرا فمات عنده قال على الغاصب قيمة ذلك وهذا صحيح على اصل ابي يوسف
ان حق الحرية لا ينافي ضمان الغصب ∴ قال ولو باعه ام ولد او امة او مكاتبة فماتت في يد المشتري
فانه تضمن قيمة المدبر ولا تضمن قيمة المكاتب ولا ام الولد هذا قول ابي حنيفة ∴ قال ابن سماعة وروي
عن ابي يوسف انه قال في ذلك كله يضمن ∴ وقال ابن سماعة في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في رجل غصب
ام ولد رجل فماتت في يده قال لا ضمان عليه وان غصب مدبرة فماتت في يده فهو ضامن لقيمتها وقال
ابو يوسف ومحمد تضمن في ام الولد كما يضمن في المدبر ∴ وعن ابي حنيفة في رجل باع ام ولد له او مدبرة
له رجلا فماتت في يد المشتري قال لا ضمان عليه ∴ وقال ابو يوسف ومحمد تضمن قيمتهما جميعا في الغصب
والبيع اما الغصب فقد بيناه ∴ واما البيع فوجه ما ذكره ابو الحسن ان ضمان البيع الفاسد ضمان الغصب
والمدبر تضمن بالغصب وام الولد لا تضمن فكذلك البيع ∴ واما وجه ما ذكره في الجامع الصغير فلان
المقبوض في البيع الفاسد لا يضمن باليد فحسب وانما يضمن بالتسليط على الملك والتسليط حصل بالقبض
وذلك التسليط انما يحصل فيما يملك بالعقود ❊ فاما ما لا يملك فلا يتعلق به الضمان كما قالوا فيمن اشترى
ميتة او دما وقبض فانه لا يضمن اذا هلك لانه ليس في مقابلته بدل فلم يوجد تسليط على ملك ∴ ولان
الغصب يضمن به ما لا يضمن بالعقود فيجوز ان يضمن المدبر بالغصب وان لم يضمن بالعقد واما المكاتب فلانه في
يد نفسه ولا يضمن باليد كالحر

باب جمع مسايل مختلفة اغفلها ابو الحسن رحمه الله

قال اصحابنا رحمهم الله اذا غصب الرجل عينا من الاعيان فغيبها وادعى هلاكها فانه يحبس حتى يمضي من الزمان مدة لو
كانت في يده لاظهرها وذلك لان حق المالك متعلق بالعين فاذا ادعى هلاكها والظاهر بقاوها فيريد ان يسقط
حقه من العين وينقله الى القيمة فلا يصدق واذا لم يقبل قوله في هلاكها فقد منع من رد مستحق مع القدرة فيحبس
فاذا ضاق واعلى هلاكها او قامت بينة بذلك او مضى من الزمان مدة لو كانت باقية لاظهرها قضي بالقيمة لان العين
تعذر ردها ولا مثل لها فوجبت قيمتها ∴ فان اختلفا في القيمة فقول الغاصب وعلى المغصوب البينة وذلك
لان الغاصب هو الذي يلزمه الضمان فالقول قوله في مقداره وان قضى عليه بالقيمة ببينة اقامها المدعي او بنكول
الغاصب ثم ظهرت العين فلا سبيل لصاحبها عليها لان الضمان من اسباب التمليك عندنا فقد ملكها بالضمان ورضي
المغصوب بالقيمة التي اداها الا ترى ان الباذل يقضى عليه بدعوى المدعي ❊ واما اذا قضى عليه بقوله ثم ظهرت
العين وقيمتها مثل ما قال الغاصب او اقل فلا سبيل لصاحبها عليها لانه استوفى البدل ولم يظهر فيه زيادة
واما اذا كانت القيمة اكثر مما قال الغاصب فللمغصوب الخيار وذلك لانه لم يستوف بدل العين الذي
ادعاه ولم يرض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البدل فكان له الخيار ∴ وكان ابو بكر الرازي يقول
ان هذا محمول على ان هذه الزيادة لا يجوز ان يكون مما يحدث مثلها فيما بين التضمين والظهور ❊ فاما
ان كانت مما يجوز ان يحدث وادعى الغاصب انها حدثت وادعى المغصوب انها كانت فالقول قول الغاصب
لان التمليك قد صح ويجوز ان يكون الامر على ما قال الغاصب فلا يفسخ التمليك بالشك ❊ فقال

ابو بكر وهذا الذي تقتضيه قياس قولهم عندي ولا رواية عنهم ∴ ومن اصحابنا من قال انه لا رواية في العين اذا ظهرت
وقيمتها مثل ما قال الغاصب هل يثبت للمالك خيار ام لا وهو موضع محتمل ∴ وقد قال محمد في الغصب ما يدل على
انه يثبت له الخيار لانه قال في تعليل مسئلة القيمة اذا كانت ناقصة لان المالك لم يستوف ما ادعاه من القيمة
وهذا يدل على ان القيمة وان كانت تامة فالخيار ثابت له لانه لم يستوف ما قال من القيمة ووجه ذلك
ان المغصوب كالمكره على نقل حقه من العين الى البدل لم يرض به والمكره يثبت له الخيار في الفسخ ∴ وذكر
ابو يوسف في الاملاء ما يدل على انه لا خيار له لانه قال في تعليل مسئلة نقصان القيمة لان المالك لم يستوف القيمة
بكمالها وهذا يدل على انه اذا استوفى لا خيار له ∴ والوجه في ذلك ان المالك رضي بالقيمة حين طالب
بها ومطالبته بمقدار قيمة العين صحيحة ومطالبته بما ادعاها لا تصح فكانه طالب بمقدار قيمة العين وسلم
له ذلك فلا يثبت له خيار ∴ قال اصحابنا اذا استهلك المسلم خمرا على ذمي ضمن قيمتها وكذلك الخنزير
وقال الشافعي لا يضمن ∴ لنا ما روي ان عمر بن الخطاب كتب الى عامله اقتلوا الخنازير واحتسبوا لاربابها من الجزية
ذكر ابو عبيد في كتاب الاموال وهذا بحضرة من الصحابة من غير خلاف ∴ ولان الخمر شراب لهم فاذا اتلف متلف
ضمن كما لو اتلف شرابهم وقد قالوا فيمن اتلف صليبا على نصراني ضمن قيمته صليبا لانا اقررناهم على هذا الصنيع فصار
كالخمر التي اقررناهم عليها ∴ وقد قال اصحابنا ان الذمي يمنع من كل ما يمنع منه المسلم الا شرب الخمر واكل
الخنزير لانا استثنيناه بالامان ❊ قال ولو غنوا وضربوا بالعيدان منعناهم من ذلك كما يمنع المسلمين لانه
لم يستثن بعقد الامان ∴ قال ولو اتلف ذمي على ذمي خمرا ثم اسلم المغصوب او اسلم المغصوب ثم الغاصب
او اسلما معا سقطت الخمر وذلك لان المطالبة بيد لها بعد الاسلام تقتضي تمليكها والمسلم لا يجوز له ان يتملك
الخمر ولا يملكها ∴ واذا سقطت المطالبة بسبب من جهة صاحب الحق سقط الحق كما يسقط بالبراءة ❊
واما اذا اسلم الغاصب وحده او اسلم الغاصب ثم اسلم المغصوب سقط الخمر في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة
وهو قول محمد وزفر ووجه رواية ابي يوسف ان الخمر سقطت المطالبة بها بالاسلام فصار كاسلام
المغصوب ∴ ولان تضمين المغصوب المسلم قيمة الخمر يقتضي تمليكها منه الا ترى ان الغصب اوجب الضمان
بشرط التمليك والمسلم لا يجوز ان يتملك الخمر ولا يقال فهلا ضمنتموه وان لم يملك كما لو غصبها وهو مسلم
لان غصب المسلم اوجب الضمان على وجه لا يتعلق به التمليك وغصب الذمي اوجب الضمان على وجه
يتعلق به التمليك ∴ الا ترى ان الخمر كانت في ذمته الى حين اسلم وانما يسقطها عن ذمته بالقيمة وذلك
لا يجوز ∴ ولا يلزم على هذا اذا تزوج ذمي ذمية على خمر ثم اسلما لان الاسلام اوجب سقوط التسمية
والبدل يجب عن البضع لا عن الخمر فلم يقتض ذلك تمليك الخمر ❊ ووجه رواية محمد ان الخمر كانت
في ذمة الغاصب فتعذر تسليمها باسلامه فكانه استهلكها في ذلك الوقت فيغرم قيمتها ❊
قال اصحابنا اذا غصب الفا فاجله المغصوب بها شهرا جاز وقال زفر لا يجوز وجه قولهم
انه دين في الذمة لا يجب قبضه في المجلس ولا وجب على طريق التبرع فجاز تاجيله كالاثمان
وجه قول زفر انه مضمون بغير بدل مشروط كالقرض ❊ وعلى هذا قال اصحابنا اذا استهلك
قلبا فضمنه الحاكم قيمته جاز ان يفترقا قبل القبض وقال زفر لا يجوز وجه قولهم انه دين لم يجب
بعقد فلا يعتبر فيه القبض في المجلس كبدل المستهلك ❊ وجه قول زفر ان القيمة عوض عن تمليك
الذهب بالفضة فمن شرط القبض في المجلس ∴ وقال اصحابنا اذا ابرا المغصوب الغاصب من ضمان العين
وهي قائمة في يده سقط ضمانها وقال زفر لا يسقط لنا ان الضمان ثابت في الذمة غير مستقر ولو استقر
بتلف العين صارت البراءة منه فاذا لم تستقر اولى ووجه قول زفر ان البراءة لا يتعلق بها حكم
في الاعيان فسقطت فكانه لم يبره ❊ قال ابو يوسف اذا قال رجل لرجل غصبنا منك الفا وكنا عشرة
لم يصدق وقال زفر يصدق لابي يوسف ان لفظ الجمع يعبر به عن الواحد على طريق التعظيم فكانه
قال غصبت ∴ ولان هذا اللفظ انما يصح حمله على الجماعة اذا عرفهم فاذا لم يعرفهم كان لغوا وحمل
اللفظ على الفائدة اولى من حمله على اللغو ❊ وجه قول زفر ان لفظ الجمع في الحقيقة يتناول
الجماعة وانما يحمل على الواحد على وجه المجاز فكان القول قول من يدعي الحقيقة ∴ قال اصحابنا
رحمهم الله منافع العين المغصوبة لا تضمن بالغصب وقال الشافعي تضمن لنا اجماع الصحابة وهو
ان عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب قضيا في المغرور بوجوب العقر وقيمة الولد ولم يقضيا بقيمة
منافع الجارية وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف ∴ ولانها منافع استوفاها من غير عقد ولا
شبهة فلا يلزمه بدلها كالزنى بالحرة المطاوعة ∴ ولانها منفعة العين المغصوبة فلا تضمن
بالغصب كمنفعة بضعها ❊ قال اصحابنا اذا اجر الغاصب العبد المغصوب فالاجرة له ويتصدق
بها لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان والغلة بالضمان ولانه انفرد بعقد الاجارة فوجب ان يكون
الاجرة له اصله الراهن اذا اجر الرهن ❊ فصل ذكر في الاصول انه من فتح باب قفص
فطار منه الطاير لم يضمن وكذلك لو فتح باب الدار فهرب منه العبد او حل قيد العبد فهرب

وروى عن محمد انه قال في دابة في مربط رجل جا انسان ففتح الباب فذهبت الدابة قال محمد هو ضامن لها : ولو حل
رباطها رجل وفتح آخر الباب فالضمان على الذي فتح الباب : وقال في العبد اذا حل قيده او فتح الباب عليه حتى
هرب لم يضمن الا ان يكون العبد مجنونا : قال وقال ابو حنيفة لا ضمان في جميع ذلك وقال الشافعي ان طار
من فوره ضمن وان طار بعد ذلك لم يضمن : لنا انه سبب غير ملجي فاذا انضم اليه فعل الحيوان لم يتعلق
به ضمان اصله من حبس عبده وغلق عليه الباب فجا انسان ففتح الباب : وجه قول محمد ان البهايم لا قصد
لها فاذا فتح الباب عليها فهو سبب الاتلاف ولم ينضم اليه فعل من يتعلق بقصده حكم فكان الضمان عليه
فاما العبد فله قصد واختيار فيتعلق الحكم بفعله ويسقط حكم السبب كما يسقط حكم المباشر مع السبب
وقد قال اصحابنا فيمن حل رباط الزيت فان كان ذايبا ضمن لانه لم يوجد هناك فعل من الحيوان وانما
يقف الزيت برباط الزق فاذا حل الرباط فهو كالدافع للزيت فصار كمن نفر طايرا حتى طار : ولو
كان السمن جامدا فحل الرباط فذاب السمن بالشمس فسال لم يضمن لانه ليس بدافع للسمن وانما تلف بفعل
غيره ولا يضمن كما لا يضمن في فتح القفص : قال ابو حنيفة اذا كسر رجل على رجل بربطا ضمن قيمته خشبا
منحوتا : وقال في المسافر عن ابي حنيفة يضمن قيمته خشبا الواحا انما الذي يحرم منه التاليف وقالا
لا ضمان عليه لابي حنيفة انها عين ابيح الانتفاع بها من وجه وحرم من وجه فاذا اتلفها ضمن قيمتها من
الوجه الذي ابيح الانتفاع به كمن اتلف جارية مغنية : وجه قولهما انه مامور باتلافها وروي عن النبي عليه السلام
انه قال بعثت بكسر المعازف وقتل الخنازير فاذا فعل المامور به لم يضمن : ولانها آلة معدة للمعاصي لا
تستعمل في الغالب الا فيها فلم يضمنها بالاتلاف كالخمر : وقالوا في رجل غصب من رجل شيا فباعه من آخر
فاجاز المغصوب منه ولا يعلم ما حال العين فالبيع جايز في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد الا ان يعلم
الهلاك قبل الاجازة ثم رجع ابو يوسف بعد ذلك وقال البيع فاسد الا ان يعلم ان العين قايمة في حال الاجازة
وجه قول ابي يوسف الاول ان الاصل بقا العين والهلاك معنى طاري فوجب الحكم ببقايها الا ان يثبت غير
ذلك : وجه قوله الاخير ان البيع انما يجوز بالاجازة ومن شرطها بقا العاقدين والمعقود عليه فاذا لم
يعلم بذلك لم يجز العقد بالشك : قال محمد اذا احرق الرجل انا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن
قيمته غير منقوش تماثيله : فان كان صاحبه قطع روس التماثيل قبل ذلك ضمن قيمته منقوشا
وذلك لان نقش التماثيل معصية فلا يجوز ان يقوم في الضمان كما لا يقوم الغنا في الجارية المغنية :
فاذا قطع روس التماثيل فذلك نقش غير ممنوع منه فيقوم على الغاصب : وقال فيمن احرق بساطا فيه
تصاوير رجال ضمنته قيمته مصورا لان التماثيل في البساط ليست بمحرمة الا ترى ان البساط يوطا واذا لم
تكن محرمة ضمنها : وقال فيمن هدم بيتا مصورا بالاصباغ ضمنته قيمة البيت واصباغه غير مصوغ لان
التماثيل في البيت منهي عنها : وقال فيمن قتل جارية مغنية خطا ضمنته قيمتها غير مغنية الا ان يكون
الغنا ينقص قيمتها فاضمنه على ذلك لان الغنا معصية لا يجوز ان يقوم على الغاصب : فان كانت
ينقص القيمة فهو عيب فيعتد به في حق الغاصب : وقالوا في ارض بين شريكين زرعها احدهما
فنبت الزرع فتراضيا ان يعطي الذي لم يزرع الذي زرع مثل نصف البذر ويكون الخارج بينهما جاز
وذلك لان بيع الحشيش مما ينبط جايز وقد باعه نصف ذلك بنصف البذر فان كان البذر لم ينبت
لم يجز لانه لا يدري ما تلف منه تحت الارض فاذا ملكه بمثل كيله لم توجد فيه المماثلة فلم يصح : قالوا
فان نبت الزرع فطالب الذي لم يزرع الارض القلع قسمت الارض بينهما ثم امر الذي زرع ان يقلع ما
في نصيب شريكه ويغرم له نقصان الزراعة ان كانت نقصت وذلك لان الزرع حصل في نصيبه
ونصيب شريكه وزرعه في نصيب نفسه لا يجوز ان يقلع ولا يتميز ذلك الا بالقسمة : قال
اصحابنا رحمهم الله اذا غصب الرجل ثوبا فغصبه رجل من يده ثم رده عليه بري لان الغاصب له
يد صحيحة الا ترى انه يدخل في ضمان فجاز الرد عليه كما يجوز على المالك : فان احرق هذا الثوب
رجل في يد الغاصب فدفع القيمة الى الغاصب بري في الرواية المشهورة وروي عن ابي يوسف انه
قال لا يبرا الا ان يردها بحكم حاكم : وينبغي للحاكم اذا علم ذلك ان لا يامر بدفع القيمة الى الغاصب
ولكنه يعدلها المالك : ولانه لو رد عليه العين بري من الضمان فكذلك اذا رد عليه القيمة كالمودع :
وجه قول ابي يوسف ان المغصوب منه له حق في تضمين الغاصب وغاصب الغاصب فلا
يسقط حقه من ذلك الا برضاه : فاما اذا قضى القاضي بالقيمة فقد حصل حكمه في موضع يسوغ
فيه الاجتهاد : والذي قال ابو يوسف ان الحاكم اذا علم بالحال لم يسعه القضا فوجهه
ان رد القيمة الى الغاصب تقرير للغصب وتضييع للمال في حق مالكه فكان الاحتياط عليه اولى :
قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا باع الغاصب العبد وقبضه المشتري فاعتقه ثم ان المالك
اجاز البيع عتق المشتري استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول محمد وجه قولهما ان العتق
فيه معنى القبض الا ان المشتري اذا اعتق العبد في يد البائع صار قابضا والقبض من حقوق العقد

اجيز العقد جاز بحقوقه فينفذ العتق : ولا يلزم على هذا اذا باع عبدا وشرط الخيار لنفسه فقبضه
المشتري فاعتقه ثم اجاز البيع لم يجز العتق في قولهم لان الاجازة في بيع الخيار انما هي اسقاط حق الفسخ ولم
يصح الاجازة : لان الخيار شرط للفسخ فاذا اجاز البايع فانما اسقط حق فسخه ونحن قلنا ان اجازة العقد
تقتضي جوازه بحقوقه فلا يلزم ما وضع لاسقاط الفسخ : والفرق بينهما من طريق المعنى ان البايع
انما شرط الخيار لنفسه ليمنع من تصرف المشتري فلو توقف تصرف المشتري كان ذلك ضد ما قصده
البايع بالخيار : فاما في مسالتنا فلم يوجد من المالك شرط منع به من تصرف المشتري فلذلك جاز
ان ينفذ عند الاجازة : ولان عتق المشتري وجد بعدما وجد سبب الملك الا ترى ان سبب الملك
هو الايجاب والقبول المطلق وقد وجد ذلك وانما وقف البيع على اجازة احدهما فاذا اجاز بعد العتق
كالمشتري من الراهن اذا اعتق ثم اجاز المرتهن البيع والمشتري من الورثة وعلى الميت دين مستغرق
اذا اعتق ثم ابرا الغرما من الدين او قضاه الورثة : والدليل على ان الايجاب والقبول المطلق
سبب الملك ان غاصبا لو غصب قلبا وغصب آخر دنانير فتبايعا وتقابضا وافترقا ثم اجاز المالكان
جاز عقد الصرف لوجود التقابض بعد الايجاب والقبول المطلق ولو لم يكن ذلك سبب الملك لم
يعتد به لتقابض قبل الاجازة : ولا يلزم اذا باع بشرط الخيار فاعتق المشتري لان العتق وجد قبل تمام
سبب الملك الا ترى ان الايجاب والقبول لم يوجد مطلقا : ولا يلزم المشتري من المكره اذا
اعتق ثم اجاز المكره لانا قلنا ان سبب الملك هو الايجاب والقبول المطلق وجد وانما وقف
العقد على اجازة المالك وفي مسالة الاكراه انما وقف العقد لحق العاقد فهو كمسالة شرط الخيار :
ولا يلزم على هذا اذا مات الرجل وخلف ثلاثة اعبد لا مال له غيرهم فاقر الورثة ان اباهم اوصى باحدهم
بعينه لرجل وسموه اليه ثم ادعى رجل آخر انه اوصى له بعبد من الباقين واقام البينة فقضى القاضي
بها فاعتق المقر له العبد واسترجعه الورثة منه ثم عاد العبد المشهود بالوصية له الى ملكهم
بشرى او ميراث نفذت الوصية في العبد المقر به ولم ينفذ العتق وذلك لان القاضي لما قضى بالوصية
لاحد العبدين الباقيين فقد فسخ سبب الملك فلم يوجد العتق بعد سبب الملك التام : ولان حق الفسخ
ها هنا ثابت للورثة فلم يقف التمليك على اجازة غير المنفذ لان الورثة قاموا مقام الميت :
ولا يلزم على هذا اذا اوصى رجل لرجل باحد عبدين بغير عينه فاعتق الموصى له بعد موت الموصي احد
العبدين بعينه واختار الورثة تعيين الوصية فيه لم ينفذ العتق لان هذه المسالة ذكرها في
الجامع الكبير واطلق الجواب : ومن اصحابنا من قال انه قول محمد خاصة : ولان العتق ها هنا
لم يقف على اجازة المالك وانما وقف على تعيين الورثة الذين يقومون مقام العاقد فكانه
وقف على حق العاقد : لمحمد ان العتق وقف على اجازة المالك والبيع وقف على اجازة
المالك ولو اجاز العتق بطل البيع فكذلك اذا اجاز البيع بطل العتق : والجواب
انه اذا اجاز العتق فقد بطل الملك في العبد وخرجت رقبته من ان تكون محلا للبيع فلذلك بطل
البيع : واذا اجاز البيع فلم تخرج الرقبة من ان تكون محلا للعتق فلذلك جاز ان ينفذ العتق :
لمحمد ان هذه الرقبة ينفذ فيها عتق المغصوب فكل رقبة ينفذ فيها العتق من واحد لا ينفذ
فيها من غيره : ولو قلنا ان عتق المشتري ينفذ لنفذ عتقه فيما ينفذ فيه عتق غيره :
فهذه المسالة تعد من الاحاد لهذا المعنى وهو القياس عندنا وانما استحسنا لما قدمناه :
تم كتاب الغصب والله المحمود على كل حال والصلوة على محمد واله خير آل

كتاب الديات

قال ابو الحسين رحمه الله الدية عبارة عما يؤدى ولما كان القتل يوجب مالا يدفع الى الاوليا سمي ذلك دية وقد خصوا بهذا
الاسم ما يؤدى في بدل النفس دون ما يوجب في بدل المتلفات ولم يسموا ما يجب فيما دون النفس دية
وان كان يؤدي كما يؤدي بدل النفس لانهم يستعملون الاسم ولا يطردونه على الاشتقاق قصدا منهم الى
التعريف بالتخصيص وقد سمى الفقها هذا الكتاب كتاب الديات وان كان يشتمل على القصاص والامانات
لانهم قصدوا ان يبينوا احكام الجنايات على الادميين والاغلب فيما يتعلق بالجنايات الدية والقصاص
اقل الا ترى ان الدية تجب في الخطا وشبه العمد وتجب في العمد في بعض الاحوال فالاغلب وجوبها فنسبوا
الكتاب الى الدية : وقد قال محمد ان القتل على ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد وخطا ونقل ابو الحسن رحمه
هذه العبارة وكان الشيخ ابو بكر الرازي رحمه الله يقول القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد
وخطا وما اجري مجرى الخطا ونوع ليس بعمد ولا خطا ولا ما اجري مجرى الخطا : اما قتل العمد
فهو ان يتعمد الضرب بسلاح او بما يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزا وهذا قول ابي حنيفة وقال
محمد العمد ان يتعمد الضرب بما يقتل في الغالب : وقتل العمد يتعلق به احكام اولها المأثم

لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ∴ وقال النبي صلى الله عليه ان اعتا الناس على الله تعالى ثلثة رجل قتل غير قاتله ورجل قتل في الحرم ورجل قتل بذحل الجاهلية ∴ وروي عنه عليه السلام انه قال الا ان دماكم واموالكم حرام كحرمة يومي هذا في بلدي هذا في شهري هذا ∴ وروي ان محلم بن جثامة قتل رجلا بذحل الجاهلية فقال عليه السلام اللهم لا ترحم محلما فدفن فلفظته الارض ثم دفن فلفظته فقال صلى الله عليه انها لتقبل من هو اعظم جرما منه ولكن اراد الله ان يبين لكم حرمة الدم وهذا معنى محرم بالعقول وانما ورد الشرع تاكيدا لما دل العقل عليه ∴ والحكم الثاني القود بدلالة قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القتل بدلالة قوله تعالى فلا يسرف في القتل ∴ وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس ∴ وشرايع من قبلنا تلزمنا الا ما ثبت نسخه ∴ وقوله صلى الله عليه العمد قود معناه حكم العمد القود ∴ وقال صلى الله عليه كتاب الله القصاص معناه حكم الله ولا خلاف في ذلك وانما اختلفوا في ثبوت المال بغير رضى القاتل فقال اصحابنا موجب القتل القود الا ان يتراضيا بالعوض وقال الشافعي في احد قوليه موجبه اما القتل او الدية والخيار في ذلك الى الولي وفي القول الاخر ان الموجب القود دون غيره ∴ والدليل على ان موجبه القود قوله صلى الله عليه العمد قود ∴ ولان القود قد صار في حكم المثل في المتلفات واتلاف ماله مثل لا يتعلق به الا المثل ∴ ولانه احد نوعي القتل فكان موجبه واحدا كالخطا وشبه العمد ∴ واذا ثبت ان موجب القتل القود والولي قادر على استيفا حقه من جنسه بكماله فلا يجوز ان يعدل الى غيره كالمثل في المتلفات ∴ ولانا بينا ان القصاص اجري مجرى المثل والقادر على مثل حقه لا يجوز له ان يطالب بقيمته ∴ واما اذا اتفقا اصطلحا بالدية جاز لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي فاتباع بالمعروف معناه من بذل له اخوه شيا فليقبله لان العفو عبارة عن الفضل قال الله تعالى ويسالونك ماذا ينفقون قل العفو يعني الفضل ∴ ولا كفارة في قتل العمد عندنا وقال الشافعي تجب به الكفارة لنا ان الله تعالى ذكر قتل العمد وحكمه والخطا وحكمه وبين الكفارة في احدهما دون الاخر ولو كانت واجبة في العمد كوجوبها في الخطا لبينها ∴ ولا يجوز ان يقال انه اكتفى بذكرها في الخطا لان الله تعالى ذكر انواع القتل الموجب للكفارة وذكر الكفارة في كل قتل فذكر قتل المومن في دار الاسلام والمعاهد والمسلم في دار الحرب ولم يكتف بذكر الكفارة في بعض المواضع عن بعض فلو كانت واجبة في العمد لم يكتف بذكرها في الخطا ∴ ولانه سبب القتل فلا يتعلق به الكفارة كزنا المحصن ∴ ولانه مال متعلق بقتل الخطا فلا يتعين وجوبه في قتل العمد كالدية ويتعلق بقتل العمد حرمان الميراث لقوله صلى الله عليه لا ميراث للقاتل وقال ليس لقاتل شي ولا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة ∴ واما شبه العمد فهو عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزا وقال ابو يوسف ومحمد ان تعمد الضرب بالة لا تقتل مثلها في الغالب وهو قول الشافعي ∴ لابي حنيفة قوله صلى الله عليه الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا فيه ماية من الابل ولم يفصل بين العصا الصغير والكبير ∴ وفي حديث النعمان بن بشير ان النبي عليه السلام قال كل شي خطا الا السيف وفي كل خطا ارش ∴ وعن علي رضوان الله عليه انه قال في شبه العمد القذف بالعصا والقذف بالحجر ∴ ولانه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزا فصار كالعصا الصغير ∴ ولانها الة لا تجوز الذكاة بها فلا يجب القصاص بها كالسوط ∴ ولا يلزم اذا احرقه بالنار لان النار تقع به الذكاة لو جعلت على موضع الذكاة فقطع الحلقوم حل الاكل ∴ وجه قولهما ما روي ان يهوديا رضخ راس جارية من الانصار بين حجرين فرضخ النبي صلى الله عليه راسه ∴ ولان القصد الى الضرب باله تقتل مثلها في الغالب يتعلق به القصاص كالحديد ∴ وقد قال مالك اني لا اعرف في القتل الا العمد والخطا فاما شبه العمد فلا اعرفه وهذا فاسد لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا ∴ ولان الصحابة اتفقوا على تغليظ دية شبه العمد ∴ وان كانوا اختلفوا في كيفية التغليظ فدل على انه نوع غير الخطا والعمد ∴ ولا يقال ان الفعل اما ان يكون خطا او يكون عمدا لانه يجوز ان يجتمع فيه الحالان الا ترى انه يتعمد الضرب ويخطي في طلب القتل لانه لم يقصد القتل حتى ضرب باله لا يقتل فكان ذلك عمدا في القصد وخطا في الاله وهذه الاسما انما تعرف بالشريعة ∴ واما اهل اللغة فلا تعرف ومن حكمه المائم لانه يتعمد الضرب وذلك يتعلق به المائم قصد القتل او لم يقصد ولا يتعلق به القصاص لان النبي صلى الله عليه اوجب فيه الدية ∴ ولانه لما حصل له حكم الخطا من وجه وحكم العمد من وجه فكان ذلك شبهة في وجوب القصاص ∴ وفيه الدية مغلظة لقوله عليه السلام فيه ماية من الابل منها اربعون خلفة في بطونها اولادها ∴ وقد روي عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد وابي موسى الاشعري والمغيرة ... ... الدية ∴ واختلفوا في كيفية التغليظ فصار ذلك ثابتا بالاجماع والكلام في كيفيته ... على العاقلة ∴ وجملة هذا ان كل دية تعلق وجوبها بالقتل فانها على العاقلة كدية الخطا ∴ وكل دية وجبت بمعنى حادث فانها في مال القاتل كالواجب بالصلح ولهذا كان ابو الحسن يقول كل من قتل ابنه عمدا فموجب قتله القود ثم يسقط الى الدية لان القتل لو اوجب الدية لكانت على العاقلة ∴ والدليل على وجوب الدية على العاقلة ما روي عن النبي صلى الله عليه انه جعل على كل بطن من الانصار عقوله ∴ وروي في حديث المغيرة بن شعبة قال كنت بين جارتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها فالقت جنينا ميتا فقضى رسول الله صلى الله عليه على عاقلة الضاربة بالغرة فقام حمل بن مالك فقال كيف ندي من لا اكل ولا شرب ولا صاح واستهل ومثل ذلك يطل وهذا يدل على ان القضا وقع على العاقلة ∴ وقد قضى عمر بن الخطاب بالدية على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف وهذا لا خلاف فيه الا ما حكي عن الاصم انه قال لا يلزم العاقلة الدية لقوله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ∴ وقال صلى الله عليه لابي رمثة لما دخل عليه ومعه ابنه من هذا فقال ابني قال انه لا يجني عليك ولا تجني عليه ∴ ولان قيم المتلفات لا يطالب به العاقلة فكذلك بدل النفس ∴ وهذا ليس بصحيح لان قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى المراد به في احكام الاخرة بدلالة ما بينا من الاخبار ∴ وقوله عليه السلام لابي رمثة انه لا يجني عليك ولا تجني عليه المراد به غير ظاهره لان كل واحد منهما يجني على الاخر ∴ واذا ترك ظاهر اللفظ لم يصح التعلق به الا في موضع يدل عليه الدليل ∴ فاما القياس على المتلفات فلا يصح في معارضة النص والاجماع والذي يدل من طريق العقل حسن ذلك ان الله تعالى اوجب حقوقا في الاموال لمنفعة الغير وهي الصدقات فلا يمتنع ان يوجب هذا الحق في مال العاقلة لمنفعة القاتل ∴ ولان القاتل لما كان يقتل بظهر عشيرته فصاروا كالمشاركين له في القتل ∴ ولانه يتحمل عنهم اذا قتلوا ويتحملون عنه اذا قتل فيودي ذلك الى التخفيف عن كل واحد منهم وهذا غير ممتنع ∴ فاما المتلفات فانها لا تكثر في العادة فلا يحتاج الى التخفيف ∴ والدية مال كثير يجحف بالقاتل فلذلك احتاج الى التخفيف ∴ قال اصحابنا ان التغليظ لا يكون الا في الدية من الابل دون غيرها وذلك لان القياس يمنع التغليظ لان عمد الاتلاف وخطاه في باب الغرم سوا ∴ وانما تركوا القياس في الدية من الابل فغلظوها بالخبر وما سواها على اصل القياس ∴ وانما اوجبوا دية شبه العمد على العاقلة لحديث المغيرة الا ترى ان المراة اذا تعمدت الضرب فاوجب النبي عليه السلام الغرة على العاقلة ∴ ولان هذا القتل اجري مجرى الخطا في وجوب الدية فكذلك في تحمل العاقلة ويكون ذلك عليهم في ثلث سنين وكذلك كل دية وجبت بنفس القتل ∴ واما اذا وجبت الدية بالصلح فهي حالة ∴ والاصل في التاجيل ان عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلث سنين بحضرة الصحابة من غير خلاف ∴ ولان القاتل احد قائلين اما من اوجبها في كل قتل او من اوجبها في الخطا او شبه العمد الكفارة ∴ ولان الكفارة لما وجبت في الخطا فصار وجوبها في شبه العمد بالاجماع ∴ وروي انه صلى الله عليه سيل عن رجل اوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار ∴ والنار لا تجب الا في شبه العمد او العمد ∴ ولان الكفارة موضوعة لتكفير الماثم والخطا لا ماثم فيه ولا بد ان يكون في وجوبها في بعض المواضع ما ثم فوجوبها في الخطا ملحق به وليس ذلك الموضع الا شبه العمد ∴ ويتعلق به حرمان الميراث لانه اعتمد الضرب فلا بد من ان يكون اعتمد القتل ∴ واما الخطا فهو على ضربين اما ان يعتمد الرمي الى غرض وصيد فيصيب ادميا او يرمي شخصا ظنه صيدا فرمية فاذا هو ادمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم فاحد الامرين خطا في الفعل والاخر خطا في العمد ولا ماثم في واحد منهما لقوله صلى الله عليه رفع عن امتي الخطا والنسيان ∴ وفيه الكفارة بنص القران ولا قود فيه لان الله تعالى ذكر الخطا وحكمه وهو الدية ولم يذكر القصاص ∴ وفيه الدية بنص القران قال الله تعالى وما كان لمومن ان يقتل مومنا الا خطا ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله ∴ والدية على العاقلة في ثلث سنين لما قدمنا ∴ ويحرم الميراث لقوله صلى الله عليه لا ميراث لقاتل وهو عام ∴ ولانه لا يومن ان يكون قصد في الباطن واظهر الخطا ∴ فاما النوع الذي اجري مجرى الخطا فهو النائم ينقلب فيقع على انسان فيقتله لان النائم لا قصد له ولا يوصف فعله بالعمد ∴ ولا بالخطا الا انه كالخطا في الاحكام لان المقتول مات بثقله فهو كالميت يسقط بعلمه فيجب عليه الكفارة ∴ وعلى عاقلته الدية ولا قود عليه لانه دون الخطا ويحرم الميراث لانه لا يومن ان يكون اعتمد ذلك في الباطن ∴ فاما النوع الخامس فهو حافر البير وواضع الحجر لانه ليس بمتعمد القتل ولا مخطي فيه الا ترى ان القاتل من وقع الفعل في المقتول او في بمتصل به وذلك غير موجود في الحافر وانما اوجبوا على عاقلته الدية لانه تعدى في الحفر ولا ماثم عليه بالموت وانما الماثم عليه بالحفر ∴ ولا يحرم الميراث عندنا لانه غير متهم الا ترى انه لم يعلم ان موته يقع عليه ∴ والكلام في هذا ياتي في موضعه ∴ ولا كفارة عليه ∴ وقال ابو الحسن ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد فما جعلناه شبه عمد في النفس فهو عمد فيما دون النفس وذلك لان ما دون النفس لا يختص اتلافه باله دون اله وانما اعتبرت الالات في النفس لان القتل يقصد باله دون اله فلما استوت الالات فيما دون النفس اعتبر اعتماد الضرب فكان عمدا ∴

باب معرفة مقادير الديات والارش فيما دون النفس

قال ابو عبد الله لا خلاف في تقدير الدية من الابل بماية وانما الخلاف في اسنانها ونحن نذكر ذلك فيما بعد ان شا الله ∴ واتفقوا في ان الدية من العين الف دينار الا على بعض اقوال الشافعي الذي يقول فيه ان ما سوى الابل يعتبر فيه القيمة ∴ واما على القول الذي قال ان الدية مقدرة فيما سوى الابل قال انها من الدنانير الف دينار ∴ وقد دل على هذا ما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال في النفس ماية من الابل وروي انه جعل دية كل ذي عهد في عهده الف دينار ∴ واختلفوا في الدية من الدراهم فقال اصحابنا هي مقدرة بعشرة الاف وزن سبعة وقال مالك والشافعي اثنا عشر الفا ∴ لنا ما روي ... عن عمر انه ... بن حارثه

قال قطعت يد رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه فقضى عليه بخمسة آلاف. وروى محمد عن الشعبي عن عبيدة السلماني عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية من الدراهم بعشرة آلاف ومن الدنانير بألف دينار ومن الإبل بمائة ومن البقر بمائتين ومن الشاء بألفي شاة ومن الحلل بمائتي حلة. ومعلوم أن القضاء لا يقع في وقت واحد بجميع هذه الأجناس فعلمنا أنه أراد بقوله قضى أي بيّن مقادير الدية. ولأنه بدل عن النفس فلا يزاد على عشرة آلاف كدية الذمي.

وقد روى محمد عن إبراهيم قال كانت الدية مائة من الإبل فجعل كل بعير عشرين ومائة درهم وزن ستة. قال محمد وإنما كانت الدية اثني عشر ألفا وزن ستة. واختلفوا فيما سوى الإبل هل هو أصل في الدية أو قيمة الإبل. فكان أبو بكر الرازي يقول إن الأصل هو الإبل وما سواها قيمة لها إلا أنها قيمة تقدرت بالشرع فلا يزاد عليها ولا ينقص منها. ثم قال بعد ذلك الدراهم والدنانير أصول في الدية بأنفسها وليست بقيمة. وقال الشافعي في أحد قوليه إن الدراهم والدنانير قيمة وإنها تختلف باختلاف الأزمان. وجه ما ذكره أبو بكر أولا قوله صلى الله عليه في النفس مائة من الإبل. وروي عن الزهري أنه قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه مائة من الإبل قيمة كل بعير أوقية فلما كان زمن عمر غلت الإبل فجعل عمر قيمة كل بعير أوقية ونصفا فلما غلت أيضا جعلها أوقيتين فلم تزل تغلو حتى بلغ قيمة الإبل اثني عشر ألفا. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه مائة من الإبل قيمتها أربعة آلاف أو عدله من الذهب أربعمائة دينار. وجه قوله الثاني أن الدراهم لو كانت قيمة لم يجز أن يقضى بها مؤجلة لأنه يؤدي إلى الدين بالدين فلما قضى بها مؤجلة دل على أنها وجبت بنفسها. وروى شعبة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه قال دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار. وروي عن عمر أنه قضى بالدية في ستة أصناف والقيمة لا يقضى بها في البقر والغنم فدل على أن هذه الأنواع ديات بأنفسها. وقال أبو حنيفة الدية يقضى بها في ثلاثة أصناف من الإبل والعين والورق. وقال أبو يوسف ومحمد من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء. لأبي حنيفة قوله عليه السلام في النفس مائة من الإبل فظاهر هذا يمنع من وجوب ما سوى الإبل إلا ما دل عليه الدليل. ولأن البقر والغنم حيوان لا يغلظ في شبه العمد فلا يكون أصلا في الدية كسائر الحيوان. وجه قولهما ما روي أن عمر رضي الله عنه قضى في الدية بستة أصناف بحضرة الصحابة من غير خلاف. وقد قال أبو حنيفة إن عمر إنما قضى بذلك لما كانت الديات على العواقل فلما نقلها إلى الديوان قضى بها من الإبل والدراهم والدنانير. ومن أصحابنا من قال إنه روي عن أبي حنيفة أنه يقضى مثل قولهما لأنه قال في المعاقل وإذا صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة لم يجز وهو قول أبي يوسف ومحمد. فلو لم يجعل هذه الأنواع أصولا في الدية لجوّز الصلح على أكثر منها.

ودية المرأة على النصف من دية الرجل لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم قالوا في دية المرأة إنها على النصف من دية الرجل. قال ابن مسعود إلا الموضحة والسن فإنها كالرجل. ولأن المرأة في ميراثها وشهادتها جعلت على النصف من الرجل فكذلك في ديتها. وأما ما دون النفس من المرأة فإنه معتبر بديتها. وعن سعيد بن المسيب أنه قال تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها معناه أن ما كان أقل من ثلث الدية فالرجل والمرأة فيه سواء. وقال ابن مسعود تعاقله فيما كان أرشه نصف عشر الدية. وقد روي أن ربيعة بن عبد الرحمن سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع إصبع امرأة فقال فيها عشر من الإبل فقال فإن قطع إصبعين قال فيها عشرون من الإبل قال فإن قطع ثلاثة قال فيها ثلاثون من الإبل قال وإن قطع أربعة قال فيها عشرون من الإبل فقال ربيعة لما عظم ألمها وزادت مصيبتها قل أرشها فقال له أعراقي أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متثبت فقال هكذا السنة وإنما أراد بذلك سنة زيد بن ثابت. ومما قاله ربيعة هو الحجة في المسألة لأن ما قالوه يؤدي إلى أن تقل الأروش بكثرة الجناية وهذا لا يصح. ولأن ما دون النفس معتبر بدية النفس بدلالة ما زاد على ثلث الدية. وقد روى أهل المدينة في ذلك حديثا لم يثبت عند أبي حنيفة وهو أنه قال صلى الله عليه تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها. فأما قول ابن مسعود في السن والموضحة فإن النبي عليه السلام قضى في الجنين بالغرة وهي مقدرة بنصف عشر الدية ولم يفصل بين الذكر والأنثى فدل على أنهما جنسا واحدا في بلوغ أرشه نصف عشر الدية وهذا ليس بصحيح لأنه إنما لم يختلف في الجنين الذكر والأنثى لأنه قد يتعذر الفرق بينهما لعدم تمام الخلقة فسوي بينهما لذلك.

قال أصحابنا في دية الخطأ إنها خمسة أنواع عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو قول ابن مسعود. وقال الشافعي عشرون ابن لبون بدلا من بني مخاض. وعن عمر ذكر محمد في الكتاب في الخطأ مثل قول ابن مسعود. لنا ما روى خشف بن مالك عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه أنه قال في دية الخطأ عشرون ابنة مخاض وعشرون ابن مخاض وقال في النفس مائة من الإبل فظاهره يقتضي أدناه. ولأن ابن لبون يقوم مقام غيره في الزكاة عند عدمه فصار كالشاة. وأما دية شبه العمد فهي عندنا أرباعا خمسة وعشرون ابنة مخاض وخمسة وعشرون ابنة لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة وهو قول ابن مسعود. وذكر محمد في الكتاب عن عمر والمغيرة وأبي موسى أن دية شبه العمد أثلاثا. وعن عمر وزيد في شبه العمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ما بين ثنية إلى بازل عامها كلها خلفة وهو قول محمد. وعن علي في شبه العمد أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة في بطونها أولادها. لأبي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه السلام في النفس مائة من الإبل وهذا يقتضي أدناه. وروى الزهري عن السائب بن يزيد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه أرباعا ونحن نعلم أنه لم يرد به الخطأ فبقي أن يريد شبه العمد. ولأنها بدل عن النفس فكانت الأسنان متساوية كالخطأ. ولأن الصحابة اختلفوا على الوجه الذي ذكرناه. وإيجاب الحامل لا يجوز لأن الحمل معنى لا يعلم حقيقته. ولأن الحقوق المتعلقة بالحيوان لا تعتبر فيها الحمل كالزكاة والهدايا وإذا أسقط اعتبار الحوامل لم يبق إلا قول ابن مسعود. لمحمد ما روي أن النبي عليه السلام قال ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها. والجواب أن هذا الخبر قد عارضه قول ابن مسعود ولا يجوز أن يكون قال ذلك إلا توقيفا عن رسول الله لأنه لا مدخل للقياس في هذه المقادير. وإذا تعارض الخبران كان الأخذ بالمتيقن أولى. ولأن من أصلنا أن الخبر إذا روي أن النبي عليه السلام بيّنه بيانا عاما ولم ينقل نقلا عاما لم يقبل ومعلوم أنه روي أن هذا قاله صلى الله عليه في حجة الوداع وخطب فلو كان كما روي لاحتج به الصحابة حين اختلفوا فيه ولكانوا لا يختلفون في كيفية التغليظ فلما اختلفوا ولم ينقل احتجاج بعضهم به دل ذلك على ضعفه.

ودية الذمي عندنا كدية المسلم وكذلك دية المستأمن وإنما اعتبر أصحابنا في كمال الدية حفظ الدم. وقال الشافعي في دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف وفي دية المجوسي ثمانمائة. وقال مالك في دية اليهودي والنصراني ستة آلاف. لنا ما روي في حديث ابن عباس أن مستأمنين دخلا على رسول الله صلى الله عليه فكساهما وحملهما فلما خرجا من عنده لقيهما عمرو بن أمية الضمري فقتلهما ولم يعلم بأنهما مستأمنين فوداهما رسول الله صلى الله عليه بدية حرين مسلمين. وروى معاوية أن النبي صلى الله عليه قال دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار. وعن الزهري قال قضى أبو بكر وعلي في دية الذمي بمثل دية المسلم. ولأن الله تعالى سمى ما يجب بقتل الذمي دية كما سمى ما يجب بقتل المسلم دية فلما لم يفصل بينهما دل على تساويهما. ولأنه بدل عن متلف فاستوى فيه المسلم والذمي كبدل الأموال.

باب الأعضاء التي يجب بكل عضو منها دية

قال أبو الحسن رحمه الله وهي ثلاثة أعضاء اللسان والأنف والذكر. فإذا استوعب الأنف جدعا أو قطع المارن منه وحده وهو ما لان من الأنف عن العظم ففيه الدية كاملة. وكذلك إذا انتزعت أو قطعت الحشفة وحدها ففيه الدية. وكذلك اللسان إذا استوعب أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله. والأصل في هذا ما روى سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الأنف الدية وفي المارن الدية. وكذلك في الكتاب الذي كتبه النبي صلى الله عليه لعمرو بن حزم. وروي عن علي وجماعة من الصحابة أنهم قالوا في اللسان الدية وفي المارن الدية. ولأن المقصود بالأنف الجمال والمنفعة وذلك يفوت بفوات المارن. ولأنه يجمع الشم. وأما حشفة الذكر ففيها الدية لأنها إذا قطعت بطلت منفعة اللذة وهي الإنزال وبطلان منفعة العضو كبطلان العضو. وأما اللسان إذا ذهب بالكلام بقطع بعضه ففيه الدية لأنه أبطل المنفعة المقصودة منه فصار كقطع جميعه. وإن ذهب بعض الكلام ففيه حكومة لأنه لم يبطل المنفعة بكمالها. ومن أصحابنا من قال في ذلك بقول علي رضوان الله عليه أنه يقسم على عدد الحروف فإذا فات بعض الحروف وبقي الكلام في بعضها وجب عليه من الدية بقدر ما فات من الحروف المعجم. وهذا ينبغي أن يعتبر بالحروف التي تفتقر إلى اللسان فأما ما لا يفتقر إلى اللسان كالباء والهاء فلا يدخل في القسمة.

باب المعاني التي توجب الديات مما ليس بعضو

قال أبو الحسن رحمه الله في النفس الدية وكذلك العقل والسمع والبصر والشم والذوق والكلام. والأصل في ذلك ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في رجل واحد بأربع ديات ضرب على رأسه فذهب عقله وكلامه وبصره وذكره. ولأن العقل يبطل بفواته منافع كل الأعضاء لأن الإنسان أفعال المجنون تجري مجرى أفعال البهائم فكأنه أتلفه. وأما السمع فلأنه منفعة ليس لها نظير في البدن ففيها الدية كالعقل والكلام. وأما البصر فقد دل عليه قوله صلى الله عليه وفي العينين الدية. وأما الشم والذوق فلأن كل واحد منهما منفعة كاملة لا نظير لها في البدن. وأما الكلام إذا ذهب ولم يقطع اللسان ففيه الدية لأن فوات منفعة العضو التي يقصد منه المنفعة كفوات العضو ألا ترى أنه لا فرق بين قلع العين وبين ذهاب ضوئها وبين قطع اليد وجفافها. قال والشعر إذا سقط ولم ينبت بحاله حتى يموت ففيه... وكذلك اللحية إذا لم تنبت فقد قال أصحابنا إن في شعر رأس الحر الدية وكذلك شعر المرأة وكذلك في لحية الرجل. وأما شعر العبد ولحية العبد فذكر في الأصل أن في حكومة. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن فيه القيمة. وقال الشافعي فيها حكومة.

لنا أن اللحية فيها جمال كامل يدل له ما روي عن أبي هريرة أنه قال إن ملائكة سماء الدنيا تقول والذي زين بني آدم باللحى
وفوات الجمال الكامل في الحر يتعلق به كمال الدية كالمارن والأذن الشاخصة. وقد روي عن علي رضوان الله عليه
أنه قال في الرأس إذا حلق فلم ينبت الدية كاملة. وروي أن رجلا أغلى ما قصبة على رأس رجل فسلخ
جلد رأسه فقضى علي رضوان الله عليه بالدية. وروي عن شريح وسعيد بن المسيب والحسن البصري والشعبي
أنهم قالوا في الحاجبين الدية. وذكر ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه قال وفي الصعر الدية وفسره ابن مسعود فقال هو
اعوجاج الوجه وإنما يفوت بذلك الجمال. فأما شعر البدن ففيه حكومة لأنه لا يظهر فيتعلق به الجمال
الكامل. وأما لحية العبد فإن قلنا برواية الحسن سوينا بينهما لأن القيمة في العبيد كالدية في الأحرار.
وإن قلنا بالرواية الأخرى فلأن المقصود من العبد الخدمة وليس المقصود فيه الجمال فلذلك لم يجب كمال
القيمة بفوات الجمال. وكان أبو جعفر الهندواني رحمه الله يقول في اللحية إنما تجب بها الدية إذا كانت
لحية كاملة يتجمل بها. فأما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها. وإن كانت غير متوفرة لا يقع
بها جمال كامل وليست مما يشين ففيها حكومة. وذكر في المنتقى في لحية الكوسج حكومة وإن كانت
قد استوت إلا أنها دقيقة ففيها الدية. قال أبو الحسن رحمه الله هذا في الذكور والإناث سواء وإنما
أراد بهذا العقل والسمع والبصر وشعر الرأس فأما اللحية فلا تتصور أن تكون للمرأة إلا طاقات تشينها.
قال وكذلك إذا ضرب ظهر الرجل فصار لا يبول لأنه فوت عليه منفعة كاملة وهي النسل ولذة الإنزال.
قال وكذلك المرأة إذا أفضاها الجاني فلم تستمسك البول والغائط أو لم تستمسك أحدهما ففي كل واحد منهما
دية كاملة في الرجل على قدر ديته وفي المرأة على قدر ديتها وذلك لأن الجناية أبطلت المنفعة المقصودة
بهذا العضو وقد بينا أن إبطال منفعة العضو كإبطال العضو وإتلاف عضو لا نظير له في البدن يتعلق به الدية.

باب ما يجب فيه الدية على قدر ما في البدن

قال أبو الحسن رحمه الله في العينين الدية وفي الأذنين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأنثيين الدية وفي الحاجبين
الدية إذا ذهب شعرها ولم ينبت وفي ثديي المرأة الدية وفي كل واحد مما ذكرنا نصف الدية والأصل في هذا
أن كل عضو لا نظير له في البدن ففيه الدية وقد قدمناه وهي ثلاثة أعضاء الأنف والذكر واللسان وكل ما في
البدن منه اثنان ففيهما الدية وفي أحدهما نصف الدية والأصل في ذلك ما روي في حديث سعيد بن المسيب
أن النبي صلى الله عليه قال وفي العينين الدية وفي الأذنين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الأنف
الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الشفتين الدية. وفي الكتاب الذي كتبه النبي صلى الله عليه لعمرو
بن حزم في النفس الدية وفي الأنف الدية وفي اللسان الدية وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية وفي
اليدين الدية وفي إحداهما نصف الدية. وأما شعر الحاجبين فهو على ما بينا أن فوات الجمال بالشعر يوجب
الأرش المقدر. قال وسواء ذهب بالجناية نور البصر دون الشحمة أو ذهبت مع الشحمة وذلك لما قدمنا
أن تلف منفعة العضو كتلف نفس العضو والمقصود من الشحمة النظر فإذا ذهبت فالشحمة تابعة. قال
وسواء قطع أصابع اليد دون الكف أو قطع الكف وفيها الأصابع. وكذلك القدم تبع للأصابع وذلك لما
روي عنه صلى الله عليه أنه قال في الأصابع في كل إصبع عشر من الإبل ولا فرق بين أن يقطعها أو يقطع الكف
معها لأن الأصابع يجب فيها نصف الدية وهي مع الكف يجب فيها نصف الدية لقوله عليه السلام وفي إحدى
اليدين نصف الدية فدل على أن الكف تبع للأصابع. ولأن المقصود من اليد المنفعة وذلك يحصل بالأصابع
وإتلافها كإتلاف اليد. وكذلك إن قطع الحلمة من ثدي المرأة أحدهما أو قطع الثدي ففيه نصف الدية
والثدي تبع للحلمة لأن المقصود من منفعة الثدي يفوت بفوات الحلمة وهو الرضاع وفوات المنفعة
المقصودة من العضو كفوات العضو. قال وسواء كان ذلك بضربة أو بضربتين إذا كان ذلك قبل البرء
من الأول لأن الجناية لا تستقر قبل البرء فإذا تبعتها الجناية الثانية قبل استقرارها فكأنه أوقعهما
معا. قال وفي أشفار العينين الدية وفي أحدها ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي
الثلث ثلاثة أرباع الدية وهذا كله إذا لم ينبت الشعر وذلك لأن الأشفار أربعة في البدن ففي جميعها
الدية لأنه لا نظير لجميعها في البدن. ثم الدية تنقسم على عددها فيجب في كل واحد منها الربع
كما تنقسم الدية على اليدين. وكذلك إن قطع الجفن بلحمه وفيه الشعر فهو سواء واللحم تبع للشعر
مثل الكفين والقدمين مع الأصابع. وذلك لأن الجمال والمنفعة بالشعر واللحم تبع له كالكف
مع الأصابع. قال فإن قطع اليد من الذراع من المفصل خطأ ففي الكف والأصابع الدية وفي الذراع
حكومة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف فيه نصف الدية والذراع تبع وكذلك
لو قطع اليد من العضد أو الرجل من الفخذ ففيه نصف الدية وما فوق القدم عنده تبع وما فوق
الكف تبع وهو قول ابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة لا تتبع الأصابع غير الكف وكذلك أصابع الرجل
لا يتبعها إلا القدم وهي رواية محمد عن أبي يوسف في اليد إذا قطع من المرفق أو فوق ذلك

ما بينها وبين المنكب ففيها نصف الدية في قول أبي يوسف وابن أبي ليلى وكذلك إذا قطع الرجل من
الفخذ. وجه قولهما أن الدية إنما تجب في الأصابع والكف تبع بدليل أنه لو أفرد الأصابع بالقطع
وجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف وجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف فلا يخلو إما
أن يكون الذراع تبعا للأصابع أو الكف ولا يجوز أن يتبع الأصابع لأنه تفصل بينهما عضو فلا يكون تبعا
لها كما لا يكون التسعة تابعة للأصابع ولا يجوز أن يتبع الكف لأنه تبع في نفسه فلا يثبت له تبع. ولأبي
يوسف قوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو إلى
المنكب. ولأن ما ليس له أرش مقدر إذا اتصل بما له أرش مقدر تبعه في الأرش كالكف. قال
وفي أصابع اليدين والرجلين في كل واحد منها عشر الدية وهي في ذلك سواء لا فضل لبعضهن على بعض
وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال في كل إصبع عشر من الإبل والأصابع كلها سواء. وروى عكرمة
عن ابن عباس أنه قال هذه وهذه سواء وأشار إلى الخنصر والإبهام. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده أن النبي صلى الله عليه قال في المواضح خمس خمس من الإبل وفي الأصابع عشر عشر من الإبل وفي الأسنان
خمس خمس من الإبل. وقد روي أن عمر كان يقول في الخنصر ست من الإبل وفي البنصر سبع من الإبل
وفي الوسطى عشر من الإبل وفي السبابة والإبهام خمسة وعشرون فلما بلغه الخبر عن رسول الله صلى الله عليه رجع
إلى ذلك. وهذا جار على الأصل الذي قدمنا لأن في البدن عشر أصابع ففيها الدية ثم تنقسم الدية على
قدر عددها كما انقسمت الدية على اليدين والرجلين. قال وما كان من الأصابع ففيه ثلاث مفاصل ففي
كل مفصل إذا قطع ثلث دية الإصبع وما كان فيه مفصلان ففي الواحد منه نصف دية الإصبع وذلك ما
في الإصبع ينقسم على مفاصلها كما انقسم ما في اليد على عدد الأصابع. قال وسواء ما قطع من الأصابع
أو شل وهذا لما قدمنا. قال وفي كل سن خمس من الإبل إذا سقطت وهي في ذلك سواء المقدم والمؤخر
والأضراس والثنايا وهذا غير جار على قياس الأعضاء لأن جملة الأسنان والأضراس اثنان وثلاثون إلا أن
المرجع في أرشها إلى النص. وقد حكي عن بعض الناس أنه فضل أرش الطواحن على أرش الضواحك
وظاهر الخبر يقتضي خلاف ذلك. قال فإن اسودت السن من الضربة أو احمرت أو اخضرت ففيها الأرش
تاما وذلك لأن السن إذا اسودت بطل منفعتها لأنها تتناثر ولا يبقى شيء. وبطلان المنفعة كتلف
العضو. ولأنه يفوت باسودادها الجمال الكامل فأما إذا اصفرت فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة
أن فيها حكم عدل. وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة أن المضروب إن كان حرا فليس فيها شيء وإن
كان مملوكا ففيها حكومة عدل. وقال محمد في هذا حكومة عدل حرا كان أو عبدا وهو قول أبي يوسف
وقال زفر إذا اصفرت ففيها عقلها تاما. لأبي حنيفة أن الصفرة لا تذهب منفعتها وإنما توجب
نقصا فيها فوجب فيها الحكومة. وأما الرواية الأخرى فقال إن الصفرة تكون لون السن في أصل الخلقة
فلم تعد ذلك نقصا في الحر. وليس كذلك الخضرة والسواد لأنها لا تكون لون السن في الأصل
فأما العبد فالصفرة تؤثر في نقصان قيمته وهذه الرواية لا تصح لأن الحر أولى بإيجاب الأرش بفوات
الجمال بدلالة الشعر. وجه قول زفر أن الصفرة لما تؤثر في تفويت جمال السن كالسواد.
وقال أبو يوسف إن كثرت الصفرة حتى تكون عيبا كعيب الخضرة والحمرة ففيها عقلها تاما وهذا يجب
أن يكون قولهم. قال وهذا عندهم جميعا بعد أن ينتظر بها سنة فإن حدث فيها سقوط أو شيء من
هذا كان فيها ما ذكرنا وإن نبتت سوية فلا شيء فيها وذلك لأن الجنايات يعتبر فيها حال استقرارها
بدلالة ما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال يستأنى بالجراح حتى تبرأ ولأن الجناية إذا لم تستقر لم يعلم
الواجب بها فلا يجوز القضاء بما لا يعلم. قال وإن نبتت حمراء أو خضراء أو سوداء أو صفراء ففيها ما
ذكرت في كل باب وذلك لأن السن إذا نبتت قام النابت مقام الذاهب بدلالة سقوط الأرش فإذا
نبتت سوداء فكأن الأصل كان باقيا وتغير. ولم يذكر الشفتين وفيهما الدية عندنا لأنهما من جملة
ما في البدن منه اثنان لا نظير لهما وهما كالعينين واليدين والعليا والسفلى سواء وهذا قول جماعة من
الصحابة. وقال زيد بن ثابت في السفلى الثلثان وفي العليا الثلث لأن السفلى فيها جمال ومنفعة
لأنها تحبس الريق. وبقية الصحابة لم يفصلوا وقال مثل قولنا شريح والنخعي وجماعة من التابعين رضي الله عنهم

باب الشجاج

قال أبو الحسن رحمه الله الشجاج أولها الخارصة وهي التي تشق الجلد ومنه قولهم خرص القصار الثوب وبعدها الدامعة وهي
التي تخرج منها ما يشبه الدمع وبعدها الدامية وهي التي تخرج منها الدم. وبعدها الباضعة وهي التي تبضع
اللحم. وبعدها المتلاحمة وهي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة هكذا يروى عن أبي يوسف وقال
محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم الدم فيها ويسود. وبعدها السمحاق وهي التي تصل إلى جلدة
رقيقة فوق العظم تلك الجلدة تسمى السمحاق ومنه قيل للغيم الرقيق سماحيق. ثم الموضحة

وهي التي توضح عن العظم. ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم. ثم المنقلة وهي التي تخرج منها العظام. ثم الآمة
وهي التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ. ثم الدامغة وهي التي تخرق الجلدة وتصل إلى الدماغ
فهذه إحدى عشرة شجة لم يذكر محمد منها الخارصة ولا الدامغة لأنه لا يبقى لها أثر في الغالب، والشجة التي لا أثر
لها لا حكم لها. ولم يذكر الدامغة لأن الإنسان لا يعيش معها فلا معنى لإبانة حكم الشجاج فيها وما سوى ذلك فالحكم
فيه مختلف. فإن كان عمدا ففي الموضحة القصاص في قولهم لأنه يمكن استيفاء القصاص فيها لأنه ينتهي بالسكين إلى
العظم. وإذا أمكن استيفاء المماثلة وجبت، وما بعد الموضحة لا قصاص فيه في قولهم لأنه لا يمكن استيفاء المماثلة فيه،
ألا ترى أن الهاشمة تكسر العظم فإن كسر العظم لم نعلم أنا ننتهي إلى المستحق، وكذلك المنقلة. فأما الآمة فلا
بأس أن ينتهي بها إلى الدماغ، وإذا تعذرت المماثلة سقط القصاص. فأما ما قبل الموضحة فذكر محمد في الأصل أن فيه
القصاص. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا قصاص إلا في الموضحة. وجه قول أبي الحسن أن ما دون الموضحة
لا حد فيه ينتهي السكين إليه فلا يمكن استيفاء المماثلة. وجه رواية الأصل أنه يمكن تقدير غور الجراحة بمسبار
ثم يعمل حديدة على قدره فينفذ في اللحم إلى آخرها فيستوفي منه مثل ما فعل. فأما إذا كانت خطأ أو سقط القصاص
فيها على إحدى الروايتين فيما قبل الموضحة وعلى الروايات كلها فيما بعد الموضحة ففيما قبل الموضحة حكم عدل
وقد روي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال ما دون الموضحة خدوش وفيها حكم عدل، وكذلك عن النخعي. وقال الشعبي
ما دون الموضحة فيه أجرة الطبيب. ولأنه لم يرد في الشرع لذلك أرش مقدر فوجب فيها النقصان.
واختلف أصحابنا المتأخرون في كيفية الحكومة فقال الطحاوي يقوم الحر لو كان عبدا وهو صحيح ثم يقوم
وبه هذه الشجة فما نقص بين القيمتين كان أرشها من دية الحر. وقال أبو الحسن رحمه الله يقرب من
الشجة التي لها أرش مقدر بالحزر والظن. وجه ما قاله الطحاوي أن الحر لا يمكن تقويمه والقيمة في العبد
كالدية في الحر فوجب أن ينقص من دية الحر ما بين القيمتين في العبد. وكان أبو الحسن ينكر هذا ويقول
إنه يؤدي إلى أن يجب في قليل الشجاج أكثر مما يجب في كثيرها لأنه يجوز أن يكون نقصان الشجة التي هي السمحاق
في العبد أكثر من نصف عشر قيمته فإذا أوجبنا مثل ذلك في دية الحر أوجبنا في السمحاق أكثر مما يجب في
الموضحة وهذا لا يصح. فأما الموضحة ففيها خمس من الإبل وفي الهاشمة عشر من الإبل وفي
المنقلة خمسة عشر من الإبل وفي الآمة ثلث الدية. والأصل في هذا ما روي في كتاب عمرو بن حزم أن النبي عليه السلام
قال وفي الموضحة خمس من الإبل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية.
فأما الخلاف في المتلاحمة فلا يعود إلى معنى وإنما هو عبارة لأن محمدا لا يمنع أن تكون الشجة التي
ذهبت في اللحم أكثر يزيد أرشها، وكذلك أبو يوسف لا يمنع أن تكون الشجة التي قبل الباضعة أقل
منها أرشا، وإنما الخلاف في الاسم. قال محمد المتلاحمة مأخوذة من الاجتماع يقال التحم الجيشان
إذا التقيا. وقال أبو يوسف إنها مأخوذة من الذهاب في اللحم وإنما تثبت حكم هذه الشجاج والكلام
في موضعها فعندنا أن الشجاج تختص بالرأس والوجه فإذا كانت من الوجه في مواضع العظم مثل الجبهة
والوجنتين والذقن تصور فيها الموضحة وما قبلها وما بعدها. وقال الليث تثبت حكم هذه الشجاج
في كل البدن وهذا الذي قاله إن رجع فيه إلى لغة فهو غلط لأن العرب تسمي ما كان في الوجه
والرأس شجة وما كان في البدن جراحة، وإن كان يرجع إلى الحكم لم يصح لأن هذه الشجاج يثبت
حكمها للشين الذي يلحق ببقاء أثرها ألا ترى أنها لو اندملت ولم يبق لها أثر لم يجب لها أرش. والشين إنما يكون فيما
يظهر من البدن وهو الوجه والرأس فأما ما سواهما فيغطى في العادة فلا يحصل فيه من الشين ما يحصل
في الوجه والرأس. وقد قال محمد إنه روي عن علي رضوان الله عليه أنه قال في السمحاق أربع من الإبل وهذا
على وجه الحكومة لا على وجه التقدير. قال وما كان أرشه خمسمائة فما فوق ذلك في الخطأ فهو على
العاقلة في قولهم جميعا وما كان دون الخمسمائة فهو في مال الجاني ولا يكون على العاقلة. وهذا الذي قال
إنما يعتبر به في الرجل، فأما في المرأة فتتحمل العاقلة من الجناية عليها ما بلغ خمسين فصاعدا لأن الذي
يعتبر في ذلك نصف عشر الدية. وقال الشافعي تتحمل العاقلة القليل والكثير. لنا أن القياس يمنع تحمل العاقلة
على ما تقدم وإنما تركنا القياس للأثر. وقد روي أن النبي صلى الله عليه قضى بأرش الجنين على العاقلة فتركنا
القياس في ذلك وما سواه على أصل القياس. ولأن ما دون ذلك ليس له أرش مقدر بنفسه كالأموال
ولا يلزم على هذا ما يجب في الأنملة لأنه ليس بمقدر بنفسه وإنما هو جزء من مقدر. وإذا ثبت
هذا فما كان أرشه نصف عشر الدية إلى ثلث الدية فإنه على العاقلة في سنة لأن عمر رضي الله عنه قضى
بالدية على العاقلة في ثلث سنين وكل ما وجب به ثلث الدية فهو في سنة ثم يلزم العاقلة في السنة
الأولى فإن زاد على ثلث الدية فثلث الدية في سنة والزيادة في سنة أخرى لأن الزيادة على الثلث
من جملة ما يلزم العاقلة في السنة الثانية من الدية، وكذلك إذا تعدد فإن زاد على الثلثين فالثلثان في
سنتين وما زاد على ذلك في السنة الثالثة قياسا على ما يلزم العاقلة في السنة الثالثة.
قال ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف والموضحة في الوجه والرأس ولا تكون الآمة إلا في الرأس

وفي الوجه في الموضع الذي يخلص منه إلى الدماغ وهذا على ما قدمنا. قال والصغيرة والكبيرة في ذلك سواء
لقوله عليه السلام في الموضحة خمس من الإبل ولم يفصل بين الصغيرة والكبيرة. قال ولا تكون الجائفة في
الرقبة ولا في الحلق ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين وذلك
لأن الجائفة هي الجراحة النافذة إلى الجوف فما لا ينفذ إليه لا يتناوله الاسم. وقال بشر عنه وفي
كل ما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي لو وصل إليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس فيه
جائفة لأن ما يفطر بوصول الشراب إليه فهو في حكم الجوف فإذا وصلت الجراحة إليه فهي جائفة
قال والعقل ما وصل إلى الفم ففيه حكم عدل وليس بجائفة وهذا كما قدمنا. قال ولا يكون في اليدين ولا
الرجلين جائفة لما قدمنا أن الجائفة اسم مشتق مما يصل إلى الجوف. قال وكل موضع يكون فيه
موضحة ففيه منقلة وهاشمة وسمحاق وباضعة ومتلاحمة ودامية وإنما ذلك في الرأس والجبهة
والصدغين واللحيين وموضع العظم من الخدين والذقن وهذا قد بيناه. قال أبو الحسن وليس
من الجراح شيء له أرش معلوم غير الجائفة فإن فيها ثلث الدية. فإن نفذت الجراحة إلى الجانب
الآخر ففيها ثلثا الدية وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال في الجائفة ثلث الدية فإذا أنفذت إلى
الجانب الآخر فهي جائفتان ففي كل واحدة منهما ثلث الدية. وقد روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه
أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية بحضرة الصحابة من غير خلاف.

باب ما يجب فيه الحكومة وليس له أرش

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في الضلع إذا كسر حكم عدل وكذلك الترقوة وكذلك كسر كل عظم ففيه حكم عدل
قدر ما يرى الحاكم بعد نظر ذوي عدل من أطباء الجراحات وممن يعالج الكسر. وقال في الأصل في أنف الرجل
إذا كسر حكومة. والأصل في هذا الباب أنه لا قصاص في شيء من العظام إلا في السن خاصة. وقد روي عن النبي عليه السلام
أنه قال لا قصاص في عظم. ولأن المماثلة لا يمكن في كسر العظم لأنا لا نعلم أنا نكسر مثل ما كسر الجاني
وما لا مماثلة فيه لا يجب فيه القصاص فإذا أسقط القصاص فليس له أرش مقدر لأن تقدير الأرش يعلم
من جهة الشرع ولم يقدر ذلك في الشرع رجع إلى حكم عدل. فأما السن فيجب فيها القصاص لقوله تعالى
والسن بالسن. ولأن المماثلة ممكن فيه لأنه ظاهر فإن كسر بعضه أخذ من سن الكاسر بالمبرد مثل
ما كسر. فإن قلعه لم تقلع سنه لأنا لا نأمن أن يؤدي إلى أكثر مما فعل ولكنا نأخذ سنه بالمبرد إلى
أن ينتهي إلى اللحم ويسقط ما سوى ذلك. قال وفي ثدي الرجل حكم عدل وفي إحداهما نصف
ذلك الحكم. وفي حلمة ثدييه حكم عدل دون ذلك وهو قول أبي حنيفة وذلك لأن ثدي الرجل
ليس فيه منفعة ولا زينة كاملة ألا ترى أنه ليس بظاهر فلم يتقدر أرشه فوجبت فيه الحكومة.
قال وفي لسان الأخرس وذكر الخصي والعنين والعين القائمة الذاهب نورها والسن السوداء والقائمة
واليد الشلاء والرجل الشلاء حكم عدل وذلك لأنه لا منفعة في هذه الأعضاء والمقصود منها المنفعة
فإذا عدمت لم يتقدر أرشها وصارت كما لا منفعة فيه من الأجزاء. ولا يجوز أن يقال إن فيها زينة
لأن الأعضاء التي يقصد منها المنفعة الزينة فيها تبع فلا يتقدر الأرش لأجلها. ولأن الزينة فيها
ليست بكاملة ألا ترى أن العين القائمة يتجمل بها الإنسان عند من لا يعرف حالها فأما من يعرف
حالها فلا جمال فيها. وإذا لم تكمل الزينة لم يكمل الأرش. قال أبو حنيفة في سن الصبي الذي
لم يثغر لا شيء فيه وقال أبو يوسف فيه حكومة. لأبي حنيفة أن سن الصبي معرضة للسقوط فإذا
قلعه ونبت فلم يفت عليه منفعة ولا زينة فلم يجب الأرش. لأبي يوسف أن الألم قد حصل
فوجب أن يلزمه حكومة لأجل الألم. وقد قالوا فيمن شج رجلا فالتحمت الشجة ونبت الشعر أنه
لا شيء على الشاج في قول أبي حنيفة لأن الأرش إنما يجب بالشين الذي يلحق بالأثر وقد زال
ذلك فسقط الأرش. وقال أبو يوسف عليه حكومة عدل في الألم وهذا ليس بصحيح لأن مجرد
الألم لا يتعلق به ضمان كمن ضرب رجلا ضربا موجعا. قال محمد يلزمه أجرة الطبيب لأن الجاني
صار السبب في إلزامه هذا الغرم فكأنه أخذه من ماله وأتلفه وهذا ليس بصحيح لأن المنافع
لا تتقوم عندنا إلا بعقد أو شبهة ولم يوجد لأن المنافع في حق الجاني عقد ولا شبهة فلم
تتقوم أجرة الطبيب في حقه. ومسألة السن فرع على هذا الأصل ولم يذكر فيها قول محمد لأنه
غرم يلزم فيها. وأما سن البالغ إذا قلعها فنبت مكانها قال أبو حنيفة لا شيء عليه لأن السن
لا تستحق فيها وإنما تستحق بالنظر ما يكون في حالها فإذا نبتت فقد عاد الجمال والمنفعة
على ما كان عليه فصار كسن الصبي. وقال أبو يوسف عليه الأرش كاملا لأنه أتلف السن بجنايته
وما نبت هو عوض عوضه الله تعالى فلا يسقط الضمان عن الجاني كمن أتلف مالا لغيره فرزقه
الله تعالى. وكمن قطع شجرة فنبتت. وفرق أبو يوسف بين سن الصبي وسن البالغ لأن سن الصبي

معرض للسقوط فلم يجب في قلعها اذا عاب شي كانها انقلعت بنفسها وسن البالغ غير معرض للسقوط فتعلق بها الضمان
وقد قال فيمن قلع سن غيره واخذ صاحبها فردها مكانها فنبتت ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش كاملا وذلك لان
هذا النابت لا يعتد به ولا يعود الى ما كان عليه الا ترى ان العروق لا تعود :. ولان السن في حكم الميتة . قال محمد ان
كان التحرك قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيها فلم يكن عوضا عن التالف وقال ابو يوسف في سن نفسه اذا اعاده تجوز
الصلوة فيه وفي سن غيره لا تجوز قال وليس بها فرق لا تحصى :. وعلى هذا اذا قطع اذنه فخاطها والتحمت لانها
لا تعود الى ما كانت عليه وقال ابو حنيفة في الظفر اذا نبت كما كانت فلا شي فيه وان لم ينبت ففيه حكومة عدل
لانه اذا انبتت فقد عادت المنفعة والزينة واذا فاتت فقد فوت عليه المنفعة والزينة الا انه ليس له ارش مقدر
فيجب فيه حكومة قال وان نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون ذلك وذلك لان النابت عوض عن الذاهب
فكان الظفر الاول باقي وقد دخله عيب فيلزمه حكومة :. وكذلك قال ابو يوسف اذا انبت اسود ففيه حكومة
عدل بجراحته الاولى ولما اصابه من المه ذلك وهذا على اصله ان الالم يتقوم :. قال في الاصبع الزايدة والسن
الزايدة حكم عدل وذلك لانه لا منفعة فيها ولا زينة فلا يجب بها ارش مقدر ولا يقال يجب ان لا يلزم بها
شي لانها جزء من البدن واجزاء البدن تتقوم مع عدم المنفعة والزينة . قال وكذا العنين كذكر الخصي لان المقصود
من هذا العضو منفعة الانزال والاحبال فاذا عدمت هذه المنفعة منه صار كاليد الشلا :. قال واذا بدا فقطع
الذكر ثم الانثيين من الصحيح خطا ففي ذلك ديتان وان بدا بالانثيين ثم الذكر ففي الانثيين الدية وفي الذكر حكم
العدل وان قطعهما جميعا من جانب ففيهما ديتان :. وذلك لان الذكر والانثيين يجب لكل واحد منهما دية كاملة اذا
كانت منفعته كاملة فاذا بدا بقطع الذكر فقد قطعه مع كمال منفعته فيجب كمال ارشه واذا قطع الانثيين بعده
فمنفعتهما كاملة بدلالة ان المقصود منها الانزال وذلك يوجد مع فقد الذكر فلم ينقص شيهما مع فقد الذكر
واما اذا بدا بقطع الانثيين فقد قطعهما ومنفعتهما كاملة فيجب فيها الدية ومنفعة الذكر عدمت بقطعهما
لانه لا يوجد الانزال والاحبال فقد قطعه وليس له منفعة كاملة فلم يتقدر ارشه :. واما اذا قطعهما معا
من جانب فقد حصل القطع في حال واحدة فكل واحد منهما منفعته كاملة فوجب فيهما ديتان . قال
وذكر الصبي وعينه ويده ورجله يعني الصغير الذي لم يتمرد ولم يقعد وفي لسانه وانفه واذنه ففي الانف
دية كاملة وكذلك اذناه وكذلك يداه ورجلاه اذا كان يحركهما :. وكذلك الذكر اذا كان يتحرك فاما العينان
فكل شي يستدل به على تحريفها فهي مثل عين الكبير البصير . واما لسانه ففيه حكم لا تتم دية اللسان حتى
يتكلم الصبي :. اما المارن والاذن فالمقصود منها الجمال دون المنفعة وذلك يوجد في الصغير فكماله كالكبير
واما الاعضا التي يقصد منها المنفعة فلا يجب فيها ارش كامل حتى يعلم صحتها وذلك يعلم في بعضها بالحركة
وفي اللسان بالكلام وفي العين بما يستدل به على النظر فاذا وجد ذلك فقد اتلف منفعة كاملة فيجب
كمال الارش . واذا لم يوجد ذلك فلا يعلم المنفعة الكاملة فلا يجب ولا يقال ان الاصل الصحة لان هذا
ظاهر والظاهر لا يستحق بها على الغير . ولان هذا الظاهر يقابله مثله وهو ان الاصل براءة ذمة
الجاني :. قال وفي سن الصبي اذا لم يثغر ولم ينبت ديتها كاملة لانه فوت عليه المنفعة الكاملة لانه لا منفعة
في السن الا ان يكون موجودة صحيحة فالصغير والكبير في ذلك سوا :. وانما يسقط عنه الارش في
الصغير بعود السن فاذا لم يعد صار كالكبير . قال واذا حلق راس الرجل فنبت ابيض فان ابا يوسف
قال فيه حكومة عدل :. وقد قال ابو حنيفة ليس فيه شي وان كان عبدا ففيه ما نقصه :. لابي حنيفة
ان الشيب ليس بعيب في الاحرار وانما هو جمال وما لا يعد عيبا لا يجب فيه ارش . واما العبيد فان ذلك ينقص
ثمنه في العادة فيقوم على الجاني :. لابي يوسف ان المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة في الاحرار
اكثر مما تعتبر في العبيد فاذا انقوم هذا في العبد ففي الحر اولى وقال ابو يوسف في الذكر المقطوع الحشفة
حكومة عدل لان منفعة الوطي الا دون الانزال يزول بذهاب الحشفة وفوات منفعة العضو الذي
يقصد منه المنفعة يسقط تقدير ارشه . وكذلك الانف المقطوع الارنبة لان المقصود من الانف الجمال
فاذا قطعت الارنبة نقص جماله فلم يكمل ارشه :. وكذلك في ثدي المراة المقطوع الحلمة لان منفعة الثدي
الرضاع وذلك يبطل بقطع الحلمة :. وكذلك الكف المقطوع الاصابع لان المقصود باليد العمل وذلك
لا يتاتى مع فقد الاصابع :. وكذلك الجفن الذي لا اشفار فيه وذلك لان المقصود يتعلق بالاشفار والجفن
تبع الا ترى انه لو ازال الاشفار وجب الارش المقدر ولو قطع الجفن معها كان كذلك فصار كالكف
مع الاصل :. قال وكذلك اذا كان الجاني على الجفن واحدا وعلى الشعر اخر لان الذي ازال الشعر وجب
عليه الارش الكامل فالذي قطع الجفن قطعه وهو ناقص فوجب الارش ناقصا :. ولا يختلف هذا
بالبرء وعدم البرء لان ذلك تعتبر في جناية الواحد الا ترى ان سرايتها متفرقة :. فاما جناية الاثنين
فقد قطعت جناية الثاني حكم سراية فعل الاول فكانه جنى بعد البرء . وذكر ابو الحسن رحمه الله
بعد هذا الحديث ان عمر ان النبي صلى الله عليه قال في الانف اذا استوعب جدعه الدية وعن عمر قال قال رسول الله
صلى الله عليه في الموضحة خمس . وعن عكرمة بن خالد عن رجل من آل عمر قال قضى رسول الله صلى الله عليه

في الذكر بالدية وفي الانف اذا استوعب مارنه الدية وفي اللسان الدية وفي الرجل خمسون وفي اليد خمسون
وفي العين خمسون وفي الجايفة الثلث وفي الآمة الثلث وفي المنقلة خمسة عشر وفي الموضحة خمسة وفي السن
خمسة وفي كل اصبع مما هنالك عشر :. وذكر حديث عاصم عن علي رضوان الله عليه انه قال في الحاجبين الدية
وفي الانثيين الدية وفي العين النصف وفي الاذن النصف وفي الرجل النصف وفي اليد النصف وفي احدى
الشفتين النصف وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي العينين الدية وفي الشفتين الدية وفي اليدين الدية
وفي الرجلين الدية وفي الاذنين الدية وفي الآمة وفي الجايفة الثلث وفي المنقلة خمسة عشر وفي الاصابع عشر عشر
وفي الموضحة خمس من الابل وفي الاسنان خمس خمس وفي الهاشمة عشر من الابل :. وذكر الحكم عن علي رضي الله عنه قال
في السمحاق اربع من الابل :. وذكر حديث عكرمة عن ابن عباس قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المعاهدين
مثل دية الحر المسلم وكان لهما عهد :. وذكر عن معمر عن الزهري قال دية المعاهد كدية المسلم قلت
له بلغني عن سعيد انه كذا وكذا وقال الزهري خير الامور ما عرض على كتاب الله قال الله عز وجل فان كان من
قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله . فاذا اعطيته الدية فقد سلمتها :. قال معمر وقال
الشعبي والنخعي مثل قول الزهري الدية تامة :. قال ابو الحسن قول الزهري قد سلمتها اليه على التقرير
على السايل المعنى لقد سلمتها اليه :. وذكر ابن علية عن ايوب قال سمعت الزهري يقول دية المعاهد
دية المسلم وكان يتاول هذه الاية فان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق الاية .

باب ما يدخل من جناية الشجاج بعضه في بعض وما لا

قال ابو الحسن رحمه الله ولو ان رجلا شج رجلا فذهب من ذلك بصره او سمعه او كلامه او شعره فلم ينبت او عقله فان
ابا حنيفة قال عليه دية في ذهاب شعره وعقله ولا شي عليه في الموضحة دخل ارش الموضحة في الدية ولا يدخل ارش
الموضحة في غير هذين :. ويكون في السمع او البصر او الكلام لانها ذهبت بالشجة ارش الشجة والدية وكذلك قال محمد
وقال ابو يوسف في رواية الاملاء وابن سماعة وعلى مثل ذلك :. وروي عنه ابن زياد ان الشجة تدخل في السمع
وقال في الجوامع يدخل في السمع والكلام ايضا ولا يدخل في البصر خاصة :. وقال الحسن بن زياد ولا يدخل في ذلك
ارش الشجة الا في الشعر . وقال زفر لا يدخل ارش الشجة في شي من ذلك شعر ولا غيره اما اذا اوضحه
فذهب شعره ولم ينبت فعليه الدية ويسقط ارش الموضحة وذلك لان ارش الموضحة يجب بفوات جزء
من الشعر الا ترى ان الشعر لو نبت سقط ارش الموضحة والدية وجبت بفوات الشعر وقد تعلقا جميعا بسبب
واحد فيدخل الجزء في الجملة كمن قطع اصبع رجل فشلت يده . وجه قول زفر ان الموضحة والشعر
كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يدخل احدهما في الاخر كساير الجنايات . واما اذا ذهب العقل
فوجه قولهم ان منفعة العقل تتعلق بجميع البدن فاذا فات فاتت المنفعة من جميع الاعضا الا ترى ان افعال
المجنون لا تترتب كافعال البهايم فصار كمن اوضح رجلا فمات لما كان الموت يبطل جميع المنافع دخلت الموضحة
فيه فكذلك العقل . وجه قول الحسن ان الموضحة والعقل جنايتان اختلف محلهما والمقصود بهما
فلم يدخل احدهما في الاخر كارش اليدين :. واما اذا ذهب السمع والبصر والكلام فوجه قول ابي حنيفة
ومحمد ان منفعة كل واحد من هذه الاشيا تختص به خاصة ولا يتعدى الى غيره فلم يدخل في ارش الشجة
كجفاف اليد وقد قدمنا ما روي عن عمر انه قضى في شجة واحدة باربع ديات :. لابي يوسف ان السمع
والكلام باطن فدخل ارش الموضحة فيه كالعقل :. وليس كذلك البصر لانه ظاهر فهو كاليد والرجل وهذا
الفرق يبطل بالسمع . فان قيل اذا اوجبتم بالسمع دية وبالبصر دية وبالكلام دية ولو ادت الشجة
الى الموت لم يجب الا دية واحدة والموت اعظم من ذلك قيل له الموت هو فوات الجملة وهذه الاشيا
تبع للجملة فيدخل التبع في المتبوع :. فاما اذا ذهبت فكل واحد من هذه المعاني غير تابع للاخر فلا يدخل في
ارشه . فان قيل من اين تعلمون ذهاب السمع والشم والكلام والبصر قيل له قد تعلمون ذلك
باعتراف الجاني وتصديقه من الاطبا لان منظاهر يعرف عيبه فاما السمع فيستغفل المدعي لذهاب
سمعه كما روي عن اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة ان رجلا ضرب امراة فادعت عنده ذهاب سمعها فتشاغل
عنها بالنظر في القضايا ثم التفت فقال يا هذه غطي عورتك فجمعت فعلم بذلك انها كاذبة في دعواها
ومن اصحابنا من قال اذا ادعى الانسان انه قد عمي حرك بين يديه ليختبر حاله بها . واما الكلام
بان يستغفل حتى يسمع كلامه او لا يسمع :. واما الشم فيختبر بالروايح الكريهة فان ظهر فيه تجمع
منها علم انه كاذب :. وقد روي ان محمدا قال في الشم الدية لانه فوت منفعة مقصودة وهو ادراك
الروايح الطيبة فقيل له وحصل منفعة وهو المنع من شم الروايح الكريهة فقال ان الملوك لا يرضون
بهذا يعني ان يتمكنون من تجنب الروايح الكريهة فلا يحتاج في تجنبها الى انفه . قال ابو الحسن رحمه
وسوا كانت هذه الاشيا كلها ذهب بالشجة او ذهب بعضها دون بعض الاجتماع في هذا والانفراد سوا
هو على ما اخبرتك ان كان في جملة ما ذهب بالشجة ما يدخل فيه ارش الشجة دخل وان لم يكن فيها يدخل

ارش الشجه فعليه ارش الشجه مع الديه وذلك لان اليد اجل ليس هو للكثره وانما هو لمعنى اخر. وليس في اجتماع
ذهاب هذه المنافع اكثر من زياده الارش. قال ولا يدخل من ذهاب هذه الاشيا بعض في بعض الا ان تكون عن
الجنايه الموت فيسقط ذلك كله ويكون على الجاني الديه ان كان الاول خطا فعلى عاقلته وان كان عمدا فديه
النفس في ماله وكان ذلك في ثلث سنين وجب على العاقله او في المال وذلك لان السمع والبصر والكلام
قد بينا ان كل واحد منها ليس بتابع للاخر فلا يدخل في ارشه. وجميع هذه الاشيا تابعه للنفس فيجوز
ان يدخل في ارشها. فاما الخطا فهو على العاقله على ما قد بيناه. فاما العمد الذي لا قصاص فيه ففي مال
الجاني لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تحمل العاقله عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا. واما وجوبه
في ثلث سنين فلانها ديه وجبت بنفس الفعل كديه الخطا وشبه العمد. قال وسائر الشجاج في هذا
سوا كانت الشجه موضحه او هاشمه او منقله او امه وذلك لان ارش هذه الشجاج يجب بفوات
الشعر كالموضحه فيدخل في ديه الشعر. وكذلك في ديه العقل لانه يجري مجرى ديه النفس.
قال فان كانت امتين او ثلثا فكذلك لان الثلث الاوام تجب فيها ديه وفي شعر الراس ديه وكذلك
في العقل واذا كانا مثلين دخل احدهما في الاخر. قال فان كانت اربعه اوام فذهب منها عقله لم يدخل
ارش الشجاج اكثر من الديه كان فيها ديه وثلث في كل سنه الثلث. قال ابو يوسف ابطل الجي
الاوام والى ديه العقل واجعل عليه اكثر من ذلك. وقال زفر عليه ديه وثلث وذلك لان ارش
الاوام اذا زاد على الديه لم يجز ان يدخل فيها لان الكثير لا يتبع القليل فما دون النفس فوجب الاكثر
من الامرين. واما زفر فمن اصله انه لا يدخل في ارش الشجاج شي مما ذهب. وقال ابن سماعه وبشر
وعلي عن ابي يوسف وان لم يسقط بالموضحه الا شي يسير لا يبلغ ارش الموضحه جعلت عليه ارش
الموضحه وادخلت الشعر فيه وذلك لان الموضحه والشعر قد بينا انهما جميعا لمعنى واحد فكما يدخل
الموضحه في ارش الشعر اذا كانت اقل منه كذلك الشعر يدخل في الموضحه اذا كان اقل منها
قال ولو شج رجل رجلا في حاجبه موضحه خطا فسقط فلم ينبت جعلت عليه نصف الديه وادخلت
ارش الموضحه في ذلك وذلك لان ارش الموضحه انما يجب للشين وذهاب الحاجب يتعلق به
نصف الديه بذلك فيدخل ارش الموضحه فيه كما يدخل في شعر الراس وهذه المسايل انما هي في الشجاج
الخطا فاما اذا كانت الشجه عمدا فذهب منها الشعر او العقل او السمع او غيره فهو على خلاف نبينه
فيمن قطع اصبع رجل عمدا فشلت الى جنبها اخرى ونحن نبين ذلك في موضعه ان شا الله

باب الكف تقطع وفيها بعض الاصابع

قال واذا قطع اليد وفيها اصبع واحده فعليه ديه الاصبع وليس عليه في الكف شي وكذلك اذا كان فيه اثنان
ثلث او اربع ففي ذلك ديه الاصابع ولا شي في الكف وهي تبع للاصابع وهذا قول ابي حنيفه. قال بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفه قال ابو حنيفه اذا بقي شي يكون له ارش معلوم دخلت الكف فيه فيكون في قياس قوله ان بقي
ثلث اصابع يعني مفصلا من اصبع فيها ثلث مفاصل فقطع انسان ما بقي من الكف بالاصبع ففيها خمسا الديه
وهذا قول ابي حنيفه ما بقي من الاصابع شي ولو مفصل واحد. قال بشر وعلي وابن سماعه عن ابي يوسف
اذا بقي فيها نصف الابهام ان قياس قول ابي حنيفه ان ينظر الى ما بقي من الكف والى ديه نصف الابهام
فايهما كان اكثر لزم ودخل القليل في الكثير. وقال محمد في الاصل على نفسه وعن ابي يوسف
ينظر الى الكف والى ارش ما بقي من الاصابع فيدخل اقلهما في اكثرهما وكذلك روايه جامع الصغير
قال وجمله هذا انه اذا قطع الكف وفيها ثلث اصابع فصاعدا وجب ارش الاصابع وسقط ارش
الكف في قولهم لان بقا الثلث الاصابع كبقا جميعها. وان كان في الكف اقل من ثلثه اصابع وجب ارش
ما بقي منها ولو كان فيها مفصل واحد عند ابي حنيفه. وقال في الروايه المشهوره يدخل القليل في
الكثير ايهما كان. لابي حنيفه ان ما بقي من الاصابع له ارش مقدر والكف ليس لها ارش مقدر وهي
متصله بها فتبعها في ارشها كما تتبع في الاصابع. ونظير هذا ما قلنا في اهل الخطه ما بقي منهم
واحد فالقسامه عليهم دون المشترين. وكذا قالوا في الوصيه لولد فلان ما بقي له ولد من
صلبه وان كان واحدا لم يدخل ولد الولد في الوصيه. وجه قولهما ان القليل يتبع الكثير والكثير
لا يدخل في القليل فوجب ان يعتبر الاكثر من الامرين. فاما الذي ذكره عن روايه ابن سماعه وعلي وبشر
عن ابي يوسف ان الكف تتبع ثلث المفاصل لان لها ارشا مقدرا. ووجه ما ذكره ابن سماعه من اعتبار
الاكثر ان المفصل ليس له ارش مقدر بنفسه فضعف حكمه والاصبع ارشها مقدر بنفسها وقد
كان قول ابي يوسف الاول ان ارش الاصابع اذا كان اقل من ارش الكف وجب ارش الكف
والاصابع. فاذا كان ارش الاصابع اكثر دخل الكف فيه. ووجه ذلك ان الاصابع اذا كان ارشها
اكثر فقد قوي حكمها بالتقدير وبالكثره فتبعها الكف واذا كان ارش الكف اكثر فقد قوي الكف

بالكثره وفوت الاصابع بالتقدير فلم يتبع احدهما الاخر. وروي عنه ان ما يلي الاصابع الباقي من الكف يدخل في
ارشها ويجب فيما بقي من الكف حكومه لان الاصابع كلها لو كانت باقيه دخل الكف فيها على طريق التبع ولو
كانت كلها ذاهبه وجب ارش الكف فاذا ذهب بعضها وبقي بعضها تبع الباقي ما يليه وانفرد حكم
بقيه الكف بنفسه. وقال ابو يوسف اذا قطع الكف ولا اصابع فيها فعليه حكومه لا يبلغ بها ارش اصبع
لان الاصبع يتبعها الكف والتبع لا يساوي المتبوع في الارش. وذكر ابو الحسن حديث عمر قال رسول الله
صلى الله عليه في كل اصبع مما هنالك عشر عشر وذكر حديث عكرمه عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه قال هذه
وهذه سوا واشار باصبعه الى الخنصر والابهام

باب في الجنين

قال ابو الحسن رحمه الله واذا ضرب الرجل بطن المراه الحره فالقت جنينا ميتا ففيه غره عبد او امه يعدل خمسمايه
ذكرا كان او انثى هما سوا في الغره وهي على عاقله الضارب. وقضيه القياس عندهم ان لا يجب على الضارب في الجنين
شي لانه يجوز ان يكون حيا ويجوز ان يكون الحيوه لم تخلق فيه ولا يضمن بالشك. ولانهم اتفقوا ان من ضرب
بطن دابه فالقت جنينا كان عليه نقصانها ولا شي عليه في الجنين فكذلك جنين الادميه. ولانه ان كان في
حكم النفس وجب فيه ديه كامله وان كان في حكم الاعضا لم يتقوم. وانما تركوا القياس لما روي في حديث المغيره
قال كنت بين جارتين لي فضربت احداهما الاخرى بعمود مسطح فالقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه
على عاقله الضاربه بالديه وبغره الجنين. وروي ان عمر رضي الله عنه اختصم اليه في املاص المراه فقال نشدتكم
الله هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليه في ذلك شيا فقام المغيره فقال كنت بين جارتين وذكر الحديث وقال فيه
فقال عم الجنين انه اشعر وقام والد الضاربه فقال كيف ندي من لا اكل ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل
ذلك بطل فقال النبي عليه السلام اسجع كسجع الاعراب. وروي كسجع الكهان فيه غره عبد او امه فقال عمر من يشهد
معك بهذا فقام محمد بن مسلمه فشهد فقال عمر كدنا ان نقضي فيه برايانا وفيها سنه عن رسول الله صلى الله عليه
وقد روى هذه القصه حمل بن مالك بن النابغه وروى عبد الرحمن بن ابي مليح ان رسول الله صلى الله عليه قضى في الجنين غره
عبد او امه او خمسمايه. ولان الضارب منع من الحيوه فوجب عليه الضمان كالمغرور لما منع من حصول الرق ضمن
قيمه الرق. فاما الغره فقال ابو عمرو بن العلا الغره عبد ابيض ومنه قولهم غره الفرس اذا كان بجبينه بياض
ومنه قوله صلى الله عليه امتي يوم القيمه غر محجلون. وقد قيل انه عبد جيد ومنه قيل لكبير القوم غرتهم وقد قيل
ان الغره اسم للعبد وانشدوا: كل قتيل في كليب غره حتى ينال القتل ال مره. وقد قيل انما
سمي غره لانه اول مقدار يظهر في الديه كما سمي اول الشهر غره ووجه الانسان غره لانه اول ما يظهر
منه. وقد قال اصحابنا ان الغره مقدره بخمسمايه وقال الشافعي بستمايه وهذا مع اتفاقهم على انها نصف
عشر الديه ولكن اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في الديه فعندنا ان الديه عشره الاف والغره خمسمايه
وعندهم ان الديه اثنا عشر الفا والغره ستمايه. وقد ذكرنا حديث عبد الرحمن بن ابي مليح ان رسول الله صلى الله عليه
قضى في الجنين غره عبد او امه او خمسمايه. وعن قتاده انه قيمه الغره خمسمايه. ولان النبي صلى الله عليه
لما اوجب الغره والحيوان لا يثبت في الذمه ثبوتا صحيحا فمن يثبت عليه الخيار ان شا سلمه وان شا سلم قيمته
وقد تقدرت القيمه بنصف العشر كما تقدرت فيه الابل. واما قوله انه يستوي فيه الذكر والانثى فلان النبي عليه السلام
قضى فيه بالغره ولم يفصل. ولانه قد يتعذر التمييز بين الذكر والانثى فيسقط اعتباره لتعذره في الغالب.
واما وجوب الغره على العاقله فلان العاقله قالوا للنبي صلى الله عليه كيف ندي من لا اكل ولا شرب وهذا يدل
على ان القضا عليهم. ولانه بدل عن النفس وان لم يكمل فهو كالديه. واما قوله ان لا كفاره على الضارب لان
القتل غير متحقق لجواز ان يكون الحيوه لم تخلق فيه والكفاره تتعلق بالقتل. ولان الكفاره لا يجوز اثباتها
الا بتوقيف او اتفاق. ولان النبي صلى الله عليه لما قضى بالغره لم يذكر الكفاره ولو وجبت لبينها. قال والغره
موروثه عن الجنين. وقال ليث الغره لام الجنين لنا ان الغره بدل عن الجنين بدلاله انها تعتبر بصفه الام الا
ترى ان جنين ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحره فدل على انه معتبر بنفسه والبدل عن النفس يستحقه
الورثه. قال ولا يرث الضارب منها شيا لانه قاتل ولا حق للقاتل في الميراث. قال فان القته حيا فمات
ففيه الديه كامله على العاقله وعلى الضارب الكفاره ولا يرث الضارب منها شيا لانها اذا وضعته حيا فقد
صار قاتلا للنفس وقتل النفس يتعلق به كمال البدل وعليه كفاره لانها تتعلق بقتل الخطا وقد علمنا انه
قاتل. قال فان القت جنينين ميتين ففي كل واحد منهما غره. فان القتهما حيين ثم ماتا ففي كل واحد ديه
وذلك لان الضارب متلف للجنينين ومن اتلف شخصين بضربه واحده ضمن كل واحد منهما بما يضمنه لو
انفرد كالطير والطيرين. قال فان القت احدهما ميتا والاخر حيا ثم مات فعليه في الميت غره وفي الحي الديه
وذلك لان جمعهما في الاتلاف كافراد كل واحد منهما فيعتبر في حال الاجتماع ما يعتبر في حال الانفراد. ثم
فان ماتت الام من الضربه وخرج الجنين حيا بعد ذلك ثم مات فعليه ديه في الام وديه في الجنين وذلك
لانه لما انفصل عنها حيا اعتبر حكمه بنفسه بدلاله انه يجب فيه ارش كامل في قصاص القاتل الا بنفسه. قال
وان خرج بعد موتها ميتا فعليه ديه الام ولا شي عليه في الجنين. وقال الشافعي يجب عليه في الجنين غره

لنا ان القياس يمنع من تقويم الجنين وانما تركنا القياس للخبر وقد ورد فيمن القت جنينا وذلك لا يكون الا في حال حيوته حتى يضاف الفعل اليها . وما سوى ذلك على اصل القياس . ولان الجنين في حكم الاعضا بدلالة انه لا يكمل ارشه والاعضا اذا انفصلت بعد الموت لم تتقوم . قال فان ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام وهذا فرع على ان الجنين معتبر بنفسه دون امه بدلالة ما بينا ان جنين ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة وكذلك جنين النصرانية عندهم اذا كان زوجها مسلما يعتبر فيه ما يعتبر في جنين المسلمة . ولان ما يجب فيه موروث عنه ولو اعتبر بالام لكان لها كارش اعضايها واذا ثبت ان الواجب فيه معتبر بنفسه ومعلوم ان الواجب في الجنين خمس مائة ذكرا كان او انثى وذلك عشر قيمة الانثى ونصف عشر قيمة الذكر . والقيمة في الامة كالدية في الحر فوجب عشر قيمتها ان كانت انثى ونصف عشر قيمته ان كان ذكرا بناء على الحر ولا يقال تفضيل الانثى على الذكر في الارش خلاف الاصول لانهم سووا بينهما والتسوية بين الذكر والانثى خلاف الاصول فدل على ان الجنين اصل في نفسه . قال فان خرج حيا ثم مات ففيه قيمته لانه كامل في نفسه قال وان خرج بعد موتها حيا ثم مات ففيه قيمته لانه اذا انفصل حيا فوجب باتلافه كمال القيمة . وان خرج بعد موتها ميتا فلا شي فيه وهذا على ما بينا في جنين الحرة وما وجب انفرد بنفسه ولم يتبع امه فهو في مال الضارب يؤخذ به حالا من ساعته روى ذلك معلى عن ابي يوسف والحسن في جنين الامة فهو في مال الضارب يؤخذ به حالا من ساعته وروى الحسن عن الرقيق بن زياد عن ابي حنيفة وزفر وابي يوسف وهو قول الحسن وذلك لان ما دون النفس من الرقيق ضمانه ضمان الاموال بدلالة انه لا يتعلق به قصاص بحال ولا كفارة فضمان الاموال يكون حالا في مال الجاني ولا يتحمله العاقلة . قال وروى الحسن عن ابي يوسف ان جنين الامة اذا وقع ميتا فلا شي فيه وهو قول الحسن وكذلك روى ابن رستم عن ابي يوسف وروى هشام عن محمد ان ابا يوسف قد قال ان في جنين الامة ما نقص الام قال هشام فاما محمد فلم نقل به وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة ومحمد وهذا فرع على اختلافهم في ان الجناية على العبيد ضمانها ضمان الجنايات او ضمان الاموال فعند ابي حنيفة ومحمد ان ضمانها ضمان الجنايات ولهذا لا يزاد على الدية والجنين يتقدر في الجناية بالارش عن الام فاما على مذهب ابي يوسف فضمانها ضمان الاموال ولهذا لا يتقدر عنده ولا يتحمله العاقلة فصار جنينها كجنين الدابة يجب فيه ما نقص الامة . قال فان ضرب بطن امراة حرة فالقت جنينا قد استبان بعض خلقه ولم يتم خلقه ففيه ما في الجنين التام اذا سقط وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بالغرة ولم يفصل ولانه اذا استبان بعض خلقه ولم يتم خلقه فقد علمنا انه ولد فهو كالكامل الخلق . قال محمد ولا كفارة على الضارب وان سقط كامل الخلق ميتا الا ان يشاء ذلك فهو افضل وليس ذلك عليه عندنا بواجب وليتقرب الى الله عز وجل بما صنع ما استطاع من خير ويستغفر الله مما صنع وهذا قول ابي يوسف وقولنا وقد بينا سقوط الكفارة في الجنين لانا لا نعلم حيوته والكفارة تتعلق بالقتل فان تطوع بها جاز لانه فعل فعلا محظورا فعليه ان يتقرب بالكفارة باسقاطه . وذكر ابو الحسن رحمه الله حديث عكرمة عن ابن عباس قال كانت امراتان بينهما نسب فرمت احديهما الاخرى بحجر فاسقطت سقطا قد نبت شعره ميتا وماتت المراة فقضى على العاقلة بالدية فقال عمها يا رسول الله انها اسقطته قد نبت شعره فقال ابو القاتلة انه كاذب والله ما استهل ولا عقل ولا شرب ولا اكل فمثله يطل فقال صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الجاهلية وكهانتها في الصبي غرة اذا غرة . وذكر حديث المغيرة بن شعبة قال ضربت امراة بعمود الفسطاط وهي حبلى فقتلتها فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتول على عصبة القاتل وغرة لما في بطنها فقال رجل من عصبة القاتلة انغرم دية من لا اكل ولا شرب ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال صلى الله عليه وسلم سجع كسجع الاعراب وجعل عليهم الدية .

باب ارش الجنايات على الرقيق

قال ابن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف قال ابو حنيفة كل شي من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة وكل شي من الحر فيه نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة . وكذلك الجراحات على هذا الحساب . قال ابو يوسف ثم ان ابا حنيفة بعد ذلك رجع في حاجب العبد وفي اذنيه وقال فيه حكم عدل قال محمد في املايه قال ابو حنيفة اذا قطع الرجل يد العبد او فقا عينيه او قطع رجله او شجه موضحة او امة او منقلة او نزع ثنيته او ضرسه نظر الى الذي صنع به كم ارشه من دية الحر فيغرم ذلك من قيمته ولذلك بلغنا عن ابرهيم وسعيد بن المسيب . قال محمد استقبح ابو حنيفة ان يضمن في الاذن نصف القيمة وقال الحسن عن ابي حنيفة وزفر ان حلق احد حاجبيه فلم تنبت او نتف اشفار عينيه الاسفل او الاعلى فلم تنبت او قطع احدى شفتيه العليا او السفلى ان عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة وقال محمد

عن نفسه يقوم الجاني لجنايته ما نقص جنايته من العبد من قيمته اقومه لا جناية به واقومه مجنيا عليه واغرم الجاني فضل ما بين القيمتين قال محمد وهو قول زفر وابي يوسف الاخر وقولنا . قال محمد وجميع هذه الجنايات في مال الجاني خطا او عمدا ما لم يبلغ النفس . قال وجملة هذا ان الجنايات على العبد تتقدر فيما دون النفس عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تتقدر وروي عن ابي يوسف مثله وهو قول مالك . لابي حنيفة ان القيمة في العبيد كالدية في الاحرار . فاذا كانت الجناية فيما دون النفس يجوز ان يتقدر من دية الحر فكذلك يجوز ان يتقدر من قيمة العبد . ولان الجناية عليه في النفس يدخلها التقدير الا ترى انها لا يبلغ بها الدية فجاز ان يكون ما دون النفس منه يدخله التقدير كالحر . لمحمد ان ما دون النفس من العبد ضمانه ضمان الاموال بدلالة انه لا يتعلق به قود ولا كفارة ولا يتحمله العاقلة وضمان الاموال يجب فيه النقصان واذا ثبت هذا فروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجناية على العبد مقدرة فيما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة كالحر . وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ما يقصد به المنفعة يتقدر وما يقصد به الزينة لا يتقدر قال وهو قوله الاخر لان الزينة ليس بمعنى مقصود من العبيد وهي مقصودة من الاحرار فاما المنفعة فمقصودة منهما فلذلك تقدرت . ولان ما دون النفس من العبيد اجري مجرى الاموال بدلالة انه لا يجب فيه قصاص ولا يتحمله العاقلة وهو في نفسه جناية فلو تقدر الكل الحق بالجنايات من كل وجه ولو لم تتقدر لالحق بضمان الاموال من كل وجه فقدروا منه ما يقصد به المنفعة ولم يقدروا ما يقصد به الزينة ليعطي الشبه من الجهتين . فاما قوله ان الجناية على العبد فيما دون النفس لا يتحملها العاقلة فلان ضمانه اجري مجرى ضمان الاموال بدلالة انه لا يلزم فيه قصاص بحال وضمان المال لا يتحمله العاقلة . فاما اذا قتل العبد خطا فقيمته على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي يوسف انه قال في مال القاتل وروي عنه ان مقدار الدية على العاقلة وما زاد على ذلك في مال القاتل وجه قولهما ان ضمان العبد في النفس جناية بدلالة وجوب القصاص فيها اذا كانت عمدا ووجوب الكفارة فصارت كالجناية على الحر . لابي يوسف ما روي عن عمر انه قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا . ولان العاقلة لا تتحمل ما دون النفس فيه فكذلك النفس كالبهايم وعكسه الاحرار . والجواب اما الخبر فمعناه لا تتحمل العاقلة ما جناه العبد لان المولى اقرب اليه منهم . واما قياسه على ما دون النفس فليس بصحيح لانه لا يتعلق به احكام الجنايات من القصاص والكفارة فلذلك لم يتعلق به حكم التحمل . وجه الرواية الاخرى عن ابي يوسف ان مقدار الدية منه ضمانها ضمان الجناية فيتحملها العاقلة . وما زاد على الدية فوجوبه من حيث ضمان المال فلم يتحمل العاقلة . قال وقد حكى الحسن عن ابي حنيفة انه فرق بين ما يقصد به الزينة من العبد مما يوجب الدية او اقل من الدية . فقال في احد حاجبيه نصف القيمة وفي الانف ما نقص لا يبلغ به دية حر . وذلك لان الجناية على العبد جناية على مال فلا يجب جميع قيمته بنقصانه كما لا يجب في البهايم وقد قال الحسن في روايته اذا قطع ذكره او انثييه او اصابع يديه او اصابع رجليه ففيه ما نقص وهذا يقتضي ان يكون ما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة اذا بلغ جميع القيمة وجب فيه ما نقص لانه مال فلا يجب بنقصانه جميع قيمته . والمشهور من الرواية في يدي العبد وعينيه جميع قيمته وتخير المولى في امساكه من غير ضمان او تسليمه الى الجاني واخذ القيمة حتى لا يجتمع على ملكه البدل والمبدل عنه وبين هذه المسالة في موضعها . وقال ابو حنيفة وزفر ومحمد اذا قتل العبد وقيمته عشرة الاف او اكثر ففيه عشرة الاف الا عشرة دراهم وذلك على العاقلة في ثلث سنين وقال ابو يوسف فيه قيمته بالغة ما بلغت وجه قولهم وهو قول عبد الله بن مسعود انها جناية على نفس ادمي فلا يزاد على تقديرها كالجناية على الحر . ولان المعاني التي تزيد قيمة العبد بها موجودة في الاحرار ومعها زيادة الحرية فاذا لم توجب الزيادة في الدية فلان لا توجب في العبد مع نقصان الرق اولى . لابي يوسف وهو قول علي وابن عباس وابن عمر انها جناية على مال يوجب بها القيمة على مقدر كالبهايم . ولانه لما جاز ان يجب في العبد ارش قليلة لم يتقدر ارش كثيره كالبهايم . قال واذا ثبت انه لا يزاد على الدية نقص منها عشرة دراهم لان احدا لا يفضل على المومنين . ولانه روي عن ابن مسعود انه قال في قيمة العبد لا يزاد على عشرة الاف الا عشرة وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف . ولان النقصان في الدية انما جعل لنقصان الرق والفرق بين الرق والحرية في النقص تقدر في الشرع الا ترى ان الحرة لا يستباح وطيها الا بعشرة ويستباح وطي الامة بالهبة بغير شي فلذلك قدروا نقص الرق هاهنا بعشرة . واما الامة فلا يزاد على خمسة الاف الا عشرة لان هذه دية الحرة فينقص منها عشرة كما ينقص من دية الرجل . وليس كذلك اذا قطع يد العبد انه لا يتجاوز خمسة الاف الا خمسة لان ما يجب في اليد جزء مما يجب في الجملة فتقدر بنصفها وما يجب في الانثى ليس بجزء من دية الذكر وانما هي دية في نفسها فلذلك نقدها النقص منها بعشرة . قال وان قتله حر او عبد عمدا وجب فيه القصاص وان قتله عبد خطا او جنا عليه فيما دون النفس دفع به الا ان يفدي ولا بد في الجناية . اما وجوب القصاص بينه وبين الحر فنبينه في الجنايات واما جناية العبد فيخير المولى في

بين الرفع او الفدا وقال الشافعي يباع فيها وقد روي مثل قولنا عن علي وابن عباس رضي الله عنهما والوجه فيه ان
الجنايات التي يمكن استيفاؤها من الرقبة تتعلق بها كجناية العمد فاذا تعلقت برقبته فاذا زال المولى يده
عنه بالتسليم سقط عنه حكم الجناية كما لو جنى عبد فخلى بينه وبين الاوليا. ولان المولى كعاقلة العبد الا ترى
انه اقرب الناس اليه فهو كالعاقلة التي هي اقرب الناس الى القاتل فيلزمه حكم جناية عبده كما يلزم العاقلة
جناية الحر الا انه لم تلزمه المطالبة لملكه العبد فاذا رضي بتسليمه سقط حكم المطالبة كالوارث اذا رفع يده عن
التركة وخلى بين الغرما وبينها سقط عنه المطالبة بدين الميت لانه كان يطالب لتعلق حقه بالتركة فاذا رفع يده عنها
سقطت المطالبة. قال والكفارة واجبة بقتل العبد في قولهم لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ولم يفصل
بين الحر والعبد. قال ابو الحسن رحمه الله كل دية وجبت بنفس القتل في الخطا او شبه عمد او في عمد دخلته شبهة
فهي في ثلث سنين على من وجبت عليه في كل سنة الثلث فالخطا وشبه العمد على العاقلة والعمد الذي تدخله
الشبهة فيتحول مالا فهو في مال الجاني وكل ذلك في ثلث سنين اما تحمل العاقلة الدية فقد قدمناه
وكذلك في شبه العمد لحديث الجنين الا ترى ان النبي صلى الله عليه قضى دية المقتول على عاقلة الضاربة وان كانت
تعمدت ضربها بالعمود لانه شبه عمد. واما العمد الذي دخلته الشبهة فانما نعني بذلك قتل الاب لابنه فلا
تحمله العاقلة لحديث عمر رضي الله عنه انه قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا. فاما وجوب دية الخطا وشبه العمد
في ثلث سنين فقد قدمناه. واما العمد الذي دخلته الشبهة مثل قتل الاب لابنه فقد كان ينبغي على قول
ابي الحسن ان يكون حالا لان القتل عنده يوجب القصاص ثم يتعذر الاستيفا فيصير كالعمد اذا عفا
احد الشريكين الا انهم قالوا يكون موجلا لان القصاص لم يثبت حكمه بحال وهذا على ما نقول في ملك
الوكيل انه لما لم يستقر صار كان لم يكن حتى لا يعتق عليه ذو رحمه. قال ومن اقر بقتل خطا فالدية
في ماله في ثلث سنين في كل سنة الثلث عند انقضائها وذلك قول عمر رضي الله عنه لا تعقل العاقلة عمدا
ولا صلحا ولا اعترافا. ولانه مصدق على نفسه غير مصدق على عاقلته. ولان الدية تجب عليه عندنا
بالقتل وتحمل العاقلة عنه فاذا لم يصدق عليهم بقيت الدية مؤجلة على ما كانت. ويكون مؤجلة لانها
وجبت بنفس القتل يودي عند انقضاء كل سنة ثلثها لانه مال مؤجل بالحول فيودي عند انقضا الاجل
كالدين. قال واذا صولح من الجناية على مال فهو حال في مال الجاني. وكذلك كل جز من الدية وجب
على عاقلته او في مال الجاني فذلك يوخذ في ثلث سنين في كل سنة منه الثلث كرجل قتله عشرة
خطا او شبه عمد. اما الصلح فلانه مال وجب بعقد كالثمن في البيع فان شرط فيه اجلا كان مؤجلا
وان لم يشترط كان حالا. واما الجز من بدل النفس فهو في ثلث سنين قياسا على ما يجب على
كل واحد من العاقلة من الدية. فاذا قتل العشرة الواحد فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في
ثلث سنين لانه جز من بدل النفس فيتاجل ثلث سنين كما يلزم كل واحد من العاقلة. قال وان
عشرة قتلوا رجلا عمدا احدهم ابوه فالدية في مال كل واحد منهم العشر وذلك العشر في ثلث سنين
وذلك لان الاب والاجنبي اذا اشتركا في قتل الابن سقط القصاص على ما سنبينه. ووجبت
الدية بسقوط القصاص فكانت في مال الجاني. قال ولا يغرم كل رجل من العاقلة الا ثلثة
دراهم او اربعة في الثلث سنين وذلك كل ما يغرمه لا يغرم اكثر من ذلك. وقال الشافعي لا ينقص
كل واحد منهم من نصف دينار. لنا ان الدية تلزم العاقلة تخفيفا عن القاتل على وجه التبرع فلا
يتعلق منه مقدار ما يجب على كل واحد منهم مقدار ما يجب في الزكوة حتى ينقص التبرع عن
الواجب. ولان نصف دينار مقدار يجب في الزكوة بنفسه فلا يتقدر به ما يلزم احاد العاقلة
كما زاد عليه. قال وان قلت العاقلة حتى يصيب الرجل منهم اكثر من ذلك ضم اليهم اقرب القبايل
اليهم في النسب من اهل الديوان كانوا او من غيرهم حتى لا يلزم الرجل منهم الا القدر الذي ذكرناه.
وذلك لان الضمان لزمهم على طريق التخفيف عن غيرهم فلا يجوز ايجابه على وجه يجحف بهم
فوجب ان يضم اليهم من قرب منهم حتى يخف عنهم كما يضم الى القاتل العاقلة. قال وما
كان من جناية فيما دون النفس يبلغ ارشها نصف عشر الدية فهي على العاقلة ان كانت خطا في سنة
وذلك لان النبي صلى الله عليه اوجب الغرة على العاقلة وهي مقدرة بنصف عشر الدية ويكون في سنة
لان ما وجب فيه ثلث الدية وما دون ذلك في سنة واحدة امثله ما يجب على احاد العاقلة في
السنة الاولى. قال وان كانت عمدا لا يستطاع فيها القصاص اوجب فيها الارش لشبهة
دخلت الجناية فهي في مال الجاني في سنة لما بينا ان العاقلة لا تتحمل العمد فيتعلق في مال الجاني ويكون
موجلا لانه تجب بنفس القتل. قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا لما قدمنا
ان شبه العمد انما بالالة والقتل يختلف باختلاف الالات فاما ما دون النفس فلا يختص اتلافه بالة
دون الة. قال والجناية على المراة فيما بلغ من ارشها نصف عشر ديتها فهو على العاقلة في سنة لان
هذا ضمان مقدر بنفسه كالدية. قال وما زاد على نصف العشر الى ان يبلغ ثلث الدية ففي سنة قياسا

على ما يجب على العاقلة في السنة الاولى. فان زاد على الثلث والزيادة قليلة كانت او كثيرة في سنة اخرى امثله
يجب على كل واحد من العاقلة في السنة الثانية. قال فان زاد على الثلثين فهي في السنة الثالثة قياسا
على ما يجب على كل واحد من العاقلة في السنة الثالثة. وقال لا تعقل مع العاقلة امراة ولا صبي ولا
عبد ولا مكاتب ولا مدبر وذلك لان العاقلة انما تتحمل لاجل النصرة والمراة ليست من اهل النصرة وكذلك
الصبي لا يستنصر به. ولان الدية تلزم العاقلة على طريق التبرع وذلك لا يثبت في مال الصغير.
فاما المماليك فلا يعقلون لان العشيرات لا تستنصر بهم والتحمل انما يجب لاجل النصرة.
تم كتاب الديات ولله الحمد والمنة وعلى نبيه محمد واله افضل الصلوات

كتاب الجنايات

قال الشيخ ايده الله الجناية عبارة عن كل فعل لا يجوز فعله فالجناية على الانفس جناية وكذلك الجناية على الاموال
الا انه اختص هذا الاسم في عرف اهل الشرع بالجناية على الانفس. وكذلك الفقها يسمون هذا جناية
ويسمون ما كان في الاموال غصبا والاسامي تختص بالعرف. والجناية في الادميين على ضربين عمد وخطا
والعمد على ضربين عمد محض وعمد فيه معنى الخطا وقد بيناه في كتاب الديات. وحكم الخطا وشبه العمد
والكلام في هذا الكتاب في احكام العمد.

باب القصاص

قال الله سبحانه وتعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى
بالانثى فاوجب بالاية القصاص على الحر اذا قتل حرا وعلى العبد اذا قتل عبدا وعلى الانثى اذا قتلت انثى
قال والاصل في ثبوت القصاص الكتاب والسنة قال الله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه
سلطانا فالمراد القصاص. وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس. وقال يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص وقال
ولكم في القصاص حيوة. وقال النبي صلى الله عليه العمد قود. وقال كتاب الله القصاص. قال
ابو الحسن رحمه الله واجمع المسلمون على قتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر وذلك لقوله تعالى وكتبنا عليهم
فيها ان النفس بالنفس. ولان القصاص في النفس لا تعتبر فيه المماثلة. وليس بين الذكر والانثى الا
عدم المماثلة. وقد حكي عن علي رضوان الله عليه في الرجل اذا قتل امراة ان اولياها بالخيار ان شاوا اخذوا
ديتها وان شاوا اعطوا القاتل نصف ديته وقتلوه وهذا ليس بصحيح لان الفعل الواحد لا يتعلق به قصاص
وغرم في نفس واحدة كما لا يجب بالفعل الواحد حد ومهر. ولان اختلاف الرجل والمراة كاختلاف
الاعمى والبصير والصحيح والاشل وذلك لا يمنع قتل الكامل منهما بالناقص. قال واجمعوا على
قتل العبد بالحر وذلك لانه انقص من المقتول فاذا جاز ان يستوفي بالحر الحر وهو اكمل فلان يستوفي
من العبد وهو انقص اولى. واما الحر فيقتل بالعبد عندنا وقال الشافعي لا يقتل لنا قوله
ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا. وقال صلى الله عليه العمد قود. ولان من قتل قاتله
اذا كان عبدا جاز ان يجب القصاص على قاتله اذا كان حرا كالحر. ولانا قد بينا ان المماثلة لا تعتبر في الانفس
وانما تعتبر في حقن الدم والحر والعبد فيه سوا وفي حقن الدم على التابيد. فاما قوله تعالى الحر
بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى فيدل على وجوب القصاص بين العبدين والحرين ولا ينفي ما سوى
ذلك. وفايدة التخصيص ان الاية نزلت على سبب وهو ان بني النضير كانوا اشرف من بني
قريظة فيقتل الحر من بني قريظة بالعبد من بني النضير فابطل الله تعالى هذا الصلح بقوله الحر بالحر والعبد
بالعبد بين ذلك انه قال والانثى بالانثى ولم ينف ذلك وجوب القصاص بين الذكر والانثى.

فصل واجمع اصحابنا على قتل المسلم بالكافر الذمي الذي يودي الجزية ويجري عليه حكم الاسلام وقال
الشافعي لا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر. لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه اقاد مسلما قتل رجلا
من اهل الحيرة [illegible] فكتب في ذلك الى عمر رضي الله عنه فكتب ان يقتل به ثم قيل انه فارس من فرسان
المسلمين فكتب ان يوخذ الدية فلولا ان القتل واجب لم يامر به ابتدا واسقط في الثاني لمصلحة راها
للمسلمين. وروي ان مسلما قتل ذميا فقضى علي رضوان الله عليه فيه بالقصاص ثم لقي الولي فقال
ما صنعت فقال اني رايت ان قتله لا يرد اخي وبذلوا الي المال فقال لعلهم خوفوك انما اعطيناهم
الامان لتكون دماوهم كدمائنا واموالهم كاموالنا. ولان كل من جاز ان يقتل قاتله اذا كان كافرا
جاز ان يجب القصاص على المسلم بقتله كالمسلم. واما قوله صلى الله عليه لا يقتل مؤمن بكافر فالمراد
به الكافر الحربي لانهم كانوا بعد الاسلام يقتلون من اسلم بقتلاهم الكفار فقال صلى الله عليه لا يقتل
مؤمن بكافر كما قال كل دم كان في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي. والذي يدل على ذلك ان المسلم
يقتل بالكافر بالاتفاق اذا قتله وهو كافر ثم اسلم فكان حمل اللفظ على الكافر الحربي اولى لا ينفي
العموم. ولانه قال في الخبر ولا ذو عهد في عهده والكافر الذي لا يقتل به المعاهد انما هو الحربي.
قال ولا يقتل مسلم بكافر غير ذمي وان كان مستامنا في دار الاسلام وله عهد وميثاق.

وذلك لان المستأمن ليس محقون الدم على التأبيد وانما حقن دمه موقت فلم يجب ان يقتل به من دمه محقون على التأبيد لعدم التساوي في حقن الدم. قال واجمع اصحابنا ان لا يقتل الوالد بولده ولا جد من قبل الرجال ولا من قبل النساء وان علا بولد الولد وان سفل ولا والدة بولدها ولا جدة من قبل الاب ولا من قبل الام علت او سفلت وقال مالك اذا اخذ الاب الابن بالسيف فلا قود عليه وان ذبحه فعليه القود. لنا ما روى عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه قال لا يقاد والد بولده. ولانه في حكم الجزء منه والانسان لا يثبت عليه قصاص باجزائه. ولانه لو وجب عليه القصاص اذا قتله ذبحا وجب عليه القصاص اذا قتله حذفا كالاجنبي. وفرق مالك بينهما بان الحذف يقصد به التاديب وليس بصحيح لان التاديب لا يكون بالسيف. ولان عنده يا ضرب الاب لابنه على وجه التاديب ليشترط السلامه. قال ويقتل الولد بالوالد وذلك لان الوالد ليس في حكم الجزء من الولد فجاز ان يثبت القصاص بقتله. قال واجمع اصحابنا ان لا يقتل المولى بعبده وذلك لان القصاص لو ثبت بقتل العبد لثبت للمولى لانه هو المستحق كحقوق عقده والمولى لا يجوز ان يثبت له قصاص على نفسه ولانه ماله واتلاف الانسان لماله لا يكون مضمونا عليه والدم اذا لم يكن مضمونا لم يتعلق به قصاص. قال ولا يقتل بعبد يملك القاتل بعضه وذلك لان القصاص يسقط في نصيبه فيسقط في باقيه كالدم اذا كان بين شريكين فعفا احدهما. قال ونقصان الجوارح في القتل لا يمنع التكافؤ في النفس. وتفسير ذلك ان صحيحا سليم الجوارح عاقلا لو قتل مريضا او مغمى عليه او مبرسما او مفلوجا او اعمى او مقطوع الجوارح او اشلها او صبيا او مجنونا انه يقتل به وهذا لانه لا يمنع التكافؤ في النفس. وذلك لان التكافؤ في نفي محل القصاص ومحل القصاص الروح فاذا تساويا في حقن الدم وجب القصاص. وان اختلفا في غير ذلك ولهذا لم يجب القصاص بين الاطراف المختلفه لان التساوي في محل القصاص لم يوجد. وقد دل على هذه الجمله قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله الحر بالحر والعبد بالعبد ولم يفصل. قال واجمع اصحابنا ان الجماعه تقتل بالواحد وان كثروا. ومن الناس من قال لا تقتل الجماعه بالواحد لنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى. وقال ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا. وقال ولكم في القصاص حيوه. وفيه اجماع الصحابه. وروي ان سبعه قتلوا واحدا بصنعا فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم به وهذا بحضره الصحابه من غير خلاف. ولان القصاص في النفس يجب بازهاق النفس وذلك معنى لا يتبعض فيصير كل واحد منهم كالمنفرد باتلافها. وليس كذلك اذا اجتمعوا على قطع يد لان القطع يتبعض فيصير كل واحد منهم متلفا لبعض اليد فلا يجب عليه القصاص. قال ويقتل الواحد بقتل الجماعه ولا يلزمه مع القود شي من المال. وقال الشافعي ان قتل بواحد منهم وجب للباقين المال وان اجتمعوا اقتل بهم وقسمت الديات بينهم. لنا ان القود اذا ثبت على الواحد لجماعه فاستوفوه في القود سقط حق الباقين كالعبد اذا قتل جماعه فقتل. ولان خروج الروح لا يتبعض فقتل بهم صار كل واحد منهم كالمستوفي في جميع النفس فلا يجب له مع ذلك ارش. قال واجمع اصحابنا انه لا قصاص بين الاحرار وبين العبيد فيما دون النفس وذلك لانه وجوب القصاص في الاطراف يعتبر فيه التساوي في الارش بدلاله ان الصحيح لا يقطع بالاشل ولا يقطع الطرف الكامل الاصابع بالناقص الاصابع لاختلاف ارشهما. وارش طرف الحر والعبد مختلف فلا يجري بينهما قصاص ولذلك لا يجري بين العبد والعبد فيما دون النفس لانهم ان اختلفوا فوجوب القصاص موقوف على التساوي في الارش وان تساوت قيمتهم وذلك يعلم من طريق الحزر والظن فلا يتيقن التساوي فلم يجب القصاص. قال ولا قصاص بين الذكور والاناث فيما دون النفس. وقال الشافعي يجري القصاص بينهما لنا ان ارش اطرافهم مختلفه فصار كالصحيح والاشل. ولان يد المراه تصلح لنوع من المنافع لا يصلح له الرجل فصار كاليمين واليسار. فان قيل هذا الذي ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح بالاشل ومن العبد بعبد والذكر بالانثى فهلا جوزتم ان تقطع المراه بالرجل والعبد بالحر كما يقطع الاشل بالصحيح. قيل له النقص على ضربين نقص من طريق المشاهده فيمنع من استيفا الكامل بالناقص ولا يمنع من استيفا الناقص بالكامل. ونقص من طريق الحكم فيمنع من استيفا كل واحد من الامرين بالاخر كاليسار واليمين. قال وليس للمجنون ولا للصبي عمد وهو خطا وقال الشافعي عمد الصبي خطا. وروي ان مجنونا عدا على رجل بالسيف فقتله فقضى عليه بالديه على عاقلته. ولان الاحكام المختصه بالعمد لا تتعلق بفعله مثل القصاص والماثم فصار كالخطا. وانما لم يتعلق بفعله قصاص لان القصاص عقوبه والصبي لا يستحق العقوبه بفعله بدلاله الحدود.

باب صفه القتل الذي يجب به القصاص

قال ابو الحسن رحمه الله اجمع اصحابنا ان من قتل عمدا بسلاح بسيف او رمح او سهم او عمود حديد او سكين او ما اشبه ذلك من سلاح الحديد ففيه القصاص وما جرى مجرى السلاح مما يجرح كجرحه لو طعن رجل

بزج لا اسنان فيه فاجافه فمات فعليه القصاص. وكذلك لو رماه بسهم ليس له نصل او شق بطنه بعود او ذبحه به او بقصبه ففي هذا كله القصاص. قال وجمله هذا ان القتل اذا وقع بالمحدد من الاله او ما يجري مجراه في تفريق الاجزا تعلق به القصاص حديدا كانت الاله او غير حديد. وان شئت قلت كل ما يقع به الذكاه اذا قتل به ففيه القصاص. والاصل في وجوب القصاص بالسلاح قوله صلى الله عليه لا قود الا بالسيف. وقوله عليه السلم كل شي خطا الا السيف. واما المحدد كالليطه والمروه والرمح الذي لا اسنان فيه فانه يفرق الاجزا كالحديد وعلى هذا قالوا فيمن احرق رجلا بالنار ان عليه القصاص لان النار تقطع الاجزا وتفرقها كتفريق الحديد. واما اذا قتله بحديد لا حد له مثل ان يضربه بعمود او سندان فقد ذكر في الاصل ان فيه القصاص. وذكر الطحاوي في الشروط الكبير انه لا قصاص فيه. ومن اصحابنا من قال ان الذي ذكره الطحاوي هو القياس وما في الاصل استحسان. وجه ما ذكره الطحاوي ان الحديد المثقل لا يجرح وانما يفسخ فهو كالحجر. ولان الحكم لا يتعلق بالحديد بجنسه وانما يتعلق بمعناه بدلاله ان التحديد اذا وجد في الحجر تعلق به القصاص فاذا تعلق الحكم بالمعنى وذلك غير موجود في المثقل فلم يجب القصاص. وجه ما ذكره في الاصل قوله عليه السلم لا قود الا بالحديد. ولان الحديد هو الجنس الموضوع للقتل وغيره تبع له قال الله عز وجل وانزلنا الحديد فيه باس شديد. واذا كان الحديد هو الاصل يستوي المحدد منه وغيره وما سواه ملحق به فتعلق الحكم فيه بالمعنى دون الجنس. واما القتل بالحجر الكبير والعصا الكبير فلا قصاص فيه عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد اذا كان يقتل غالبا ففيه القصاص وقد قدمناه. قال فان القاه في الما فغرق فلا قصاص فيه عند ابي حنيفه وقالا اذا كان الما لا يتخلص منه في الغالب ففيه القصاص. لابي حنيفه انه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزا فصار كقليل الما. ولان الغرق يهلك باجتذاب الما بنفسه فصار مشاركا في قتل نفسه فلم يجب على الذي القاه قصاص. وجه قولهما ان هذا لا يتخلص منه غالبا كالقتل بالنار والحديد. وليس كذلك اذا كان مما يتخلص منه لان ذلك لا يقصد به القتل فصار كالعصا الصغيره. قال فان القاه من جبل او سطح على راسه فلا قصاص فيه وهذا على ما قدمناه من الخلاف.

باب القصاص فيما دون النفس

قال ابو حنيفه رضي الله عنه اذا طين على حر بيتا حتى مات جوعا او عطشا لم يضمن وقالا عليه الديه. لابي حنيفه انه سبب لا يودي الى التلف وانما يموت بسبب اخر وهو فقد الطعام فلم يبق الا اليد والحر لا يضمن باليد. لهما انه سبب يودي الى التلف فصار كسقي السم. قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله والجروح قصاص فحكم فيما ذكره في الايه ان يوخذ كل شي بمثله. والاصل في وجوب القصاص فيما دون النفس الايه. وقوله صلى الله عليه العمد قود. وما روي ان ربيع عمه انس بن مالك كسرت سن جاريه فامر رسول الله صلى الله عليه بكسر سنها فقال انس بن النضر اتكسر سن الربيع بسن جاريه فقال رسول الله صلى الله عليه كتاب الله القصاص فقال لا والذي بعثك بالحق نبيا لا تكسر سن الربيع بسن جاريه فقال عليه السلم كتاب الله القصاص فرضي القوم فقال صلى الله عليه ان لله عبيدا لو اقسموا على الله لابرهم منهم انس بن النضر. واذا ثبت وجوب القصاص فيما دون النفس فالمماثله معتبره فيه لانه اجري مجرى الاموال بدلاله انه يكون عمدا محضا لا شبهه فيه ولا يجب به قصاص مثل قطع البعض الساعد واذا اجري مجرى الاموال اعتبر فيه المماثله. ولانهم اتفقوا ان الصحيحه لا توخذ بالشلا ولا بالناقصه الاصابع لعدم المماثله فيها. قال واجمع المسلمون جميعا انه لا توخذ العين اليمنى باليسرى ولا عين يسرى بيمنى. وكذلك اليدان والرجلان لا توخذ اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى. وكذلك اصابع اليدين والرجلين يوخذ ابهام اليمنى بابهام اليمنى والسبابه بالسبابه والوسطى بالوسطى والخنصر بالخنصر. ولا يوخذ شي من الاعضا الا بمثله من القاطع. وكذلك الاسنان الثنيه بالثنيه والناب بالناب والضرس بالضرس لا يوخذ اعلا باسفل ولا اسفل باعلا. وكذلك الشجاج والجراحات لا يقتص فيما يجب القصاص منه فيه في الشجه الا من الشجه والجراحه من المشجوج والمجروح واذا كانت الشجه في الراس في مقدمه اقتص من الشاج في مقدم راسه في ذلك الموضع من المقدم لا يتعداه القصاص. وكذلك ان كانت في وسطها ومؤخره او جنبتي الراس فعل مثل ذلك بالشاج في راسه. والاصل في ذلك انه نافع هذه الاطراف مختلفه الا ترى ان اليمين تخالف في منفعتها اليسرى والاصابع تخالف بعضها بعضا في الانتفاع والاسنان تخالف بعضها بعضا الا ترى ان الثنايا للتقطيع والاضراس للطحن فصارت باختلاف منافعها كالجنسين المختلفين والمتلف من جنس لا يستحق عليه مثله الا من جنسه. فاما الشجاج فان تاثيرها الشين الذي يحصل بها وذلك يختلف باختلاف مواضع الراس. فاذا شجه في مقدم راسه لم يجز ان يشجه في مؤخره لانه يستوفي ما ليس بمثل حقه ولهذا قالوا انه يستوفي على مساحه الشجه في طولها وعرضها لان الشين يختلف بصغر الشجه وكبرها. وقد ذكر اختلاف الروايه في القصاص فيما دون الموضحه وقد قدمناه. واما الموضحه ففيها القصاص بالاتفاق لان المماثله ممكنه فيها الا ترى انه ينتهي بالسكين الى

واما المنقلة والآمة فقد قدمنا انه لا قصاص فيهما . قال ولا قصاص ايضاً في عظم الا السن عند اصحابنا .
فانه اذا كسر بعضها او نزعت اقتص من الجاني والاصل ما روي عن ابن مسعود انه قال لا قصاص في عظم الا السن
وعن عمر انه قال لا قصاص في عظم . واما السن ففيها القصاص للآية وخبر الربيع . قال وان كانت اسودت لما كسر
بعضها او احمرت او اخضرت او دخلها عيب يوجب فيما بقي منها حكومة فلا قصاص فيها عند اصحابنا جميعا وفيها
الارش اذا اسود الباقي او احمر وذلك لانه لا يمكن ان يضرب السن على وجه يسود الباقي او يخضر فلو اقتص
من النقص لوجب الارش في الباقي لتعلق بالجناية الواحدة في العضو الواحد القصاص والمال وهذا لا يجوز ابدا
فيهما . وفرع محمد على هذا من قطع اصبع رجل فشلت اخرى الى جنبها وذلك لان هذه جناية على جزء من
الجملة فاذا وجب في الجملة المال لتعلقها لم يجز ان يجب فيها القصاص . فاما الاصابع فكل واحدة منها غير تابعة
للاخرى ولا جنسها فصارت كالجنايتين المختلفتين . قال ولا يوخذ جارحة صحيحة لا عيب فيها بنقص ارشها
بجارحة معيبة ينقصها العيب الذي بها من عملها ولا يوخذ جارحة صحيحة بشلاء ولا بيد مقطوع منها اصبع او
مفصل من اصبع بيد لم يقطع ذلك منها . وكذلك الاسنان والاصابع لا يوخذ صحيح منها بمعيب وهذا على ما
قدمنا ان المماثلة معتبرة فيما دون النفس فلا يجوز ان يستوفي ما يزيد ارشه على ارش التلف . قال فان
كانت العيب في جارحة الجاني والمجني عليه صحيح الجارحة فالمجني عليه بالخيار ان شاء اقتص وان شاء اخذ ارش
جراحته وذلك لان حقه ثبت في عضو سليم مثل عضوه فاذا لم يقدر الا على استيفاء المعيب صار كمن
اتلف على رجل ماله مثل فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق منه الا ما هو ناقص الصفة عن المتلف فصاحب
الحق بالخيار ان شاء اخذ الموجود وان شاء عدل الى القيمة لانه لم يقدر على استيفاء جنس حقه بكماله فكذلك هذا
وقد قال اصحابنا فيمن قطع يدا صحيحة ويده ناقصة الاصابع فاختار المقطوع قطع اليد الناقصة فلا ارش له
وقال الشافعي يقطعها وياخذ ارش الاصبع . لنا ان حقه ثبت في مثل كامل واذا استوفاه ناقص الصفة
لم يكن له ان يطالب بالنقصان كالمتلف مما له مثل . ولانه وضع السكين في الموضع الذي وضعها فيه القاطع
الا انها معيبة فصار عيبها بنقصان الاصبع كعيبها بالشلل وليس هذا كمن اتلف مكيلا فوجد بعضه اخذه
يستوفي الموجود وفيه الباقي لان حق المستحق يتعلق بالمتلف ونحن منه وفي مسالتنا حق المقطوع
في قطع الزند دون الاصابع الا ترى انه لو قال انا اقطع الاصابع وابرئ عن الكف لم يكن له ذلك فعلى ان
الاصابع ليست نفس حقه وانما هي صفة فيه فهي كالجودة في المكيل والصحة في العضو . قال فان ذهبت
الجارحة المعيبة قبل ان يختار الجاني اخذها فقطعها قاطع بطل حق المجني عليه . والكلام في هذا اولا
فيمن قطع يدا صحيحة ويده صحيحة فقطعت يده وذلك على وجهين ان قطعت يده بحق عليه مثل ان يقتص
منها او يقطع في سرقة فعليه ارش اليد المقطوعة . وان قطعت يده بغير حق عليه سقط حق صاحب
القصاص مثل ان يقطعها رجل ظلما او تتلف بآفة من السماء . وقال الشافعي يجب الارش في الوجهين
لنا ان حق صاحب القصاص تعلق باليد وتعين فيها بدليل انه ليس له العدول الى الارش مع القدرة
واذا هلك ما تعلق به سقط حقه كالعبد الجاني اذا قتل او مات . فاما اذا قطعت يده في قصاص فقد
قضى بها حقا عليه ومن قضى حقا عليه بالقطع في السرقة فحكمه يضمن نقل حق صاحب القصاص الى الارش
الا ترى ان الامام لا يحكم باسقاط حق الناس . ولانها استوفيت بحق عليه فكانها استوفيت بالقصاص
واذا ثبت هذا قلنا اذا كانت يد القاطع معيبة فتلفت قبل ان يختار المقطوع المال فحقه كان متعلقا بعينها وانما ثبت
حق العدول باختياره لاجل العيب فاذا لم يختر حتى تلفت فقد هلك ما تعلق حقه به فصارت كالصحيحة اذا
تلفت ولا يقال انه كان مخيرا بين امرين فاذا فات احدهما تعين الآخر لان حقه لم يثبت الا في اليد فكان له
ان يعدل عن هذا الحق الى بدله فاذا تلف لم يجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه . قال وكل عمد
في جارحة من مفصل ففيه القصاص وذلك لان المماثلة ممكنة الا ترى انه يضع السكين في المفصل
فيستوفي مثل ما استوفى القاطع . قال وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه وذلك لانه
لا يمكن استيفاء المماثلة لانه ليس هناك حد ينتهي بالقطع اليه . قال وسواء كانت الجناية فيما دون
النفس بسلاح او بغير ذلك ففيه القصاص وهذا على ما قدمنا ان ما دون النفس لا يثبت فيه شبه
عمد وانما هو عمد او خطأ . قال ولو قطع اصبعا من يد رجل فشلت الكف والقطع عمد فلا قصاص في الاصبع
وفي اليد دية اليد في قول اصحابنا جميعا . وكذلك ان قطع مفصلا من اصبع فشل ما بقي منها او شلت الكف
فالجملة هذا ان الجناية اذا وقعت على جزء فسرت الى جملة او وقعت على ما هو تبع فسرت الى متبوع فلا
قصاص فيها في قولهم وهذا كمن قطع اصبعا فشلت الكف . وذلك لان السراية تثبت في الجزء الى الجملة
والقطع والسراية كالجناية الواحدة بدلالة انه اذا كان عمدا كانت السراية عمدا وان كان خطأ كانت خطأ وقد
تعلق بسرايته هذا القطع المال فلم يجز ان يتعلق به القصاص لان الجناية الواحدة لا يجوز ان توجب الارش
قال فان قطع اصبعا فشلت اخرى الى جنبها فان ابا حنيفة قال لا قصاص في شيء من ذلك وعليه دية الاصبعين
وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها وجملة هذا ان القطع اذا حصل

عضو فسرى الى عضو آخر والثاني مما لا قصاص فيه فلا قصاص في الاول عند ابي حنيفة والوجه في ذلك
ان الجناية وما آلت اليه في حكم الجناية الواحدة بدلالة ما قدمنا فاذا ثبت حكمها المال لم يتعلق بها القصاص
لما بينا فيها . ولا يلزم عليه اذا قطع اصبعا عمدا فنفذت السكين الى اخرى خطأ لانهما جنايتان فلا
يكون تلف الثانية بجناية الاولى . ولا يلزم من رمى الى رجل بسهم فنفذ السهم الى الآخر لانهما جنايتان
الا ترى ان الجناية لا تسري من شخص الى شخص . ولان الاول لو كان مأذونا فيه تعلق بالثاني الضمان وفي
مسالتنا لو كان الاول مأذونا سقط الضمان عن الثاني . وجه قولهم ان القصاص قد تعلق بالاولى
بدلالة انه لو استقرت الجناية وجب القصاص بتلف عضو آخر كتلف نفس اخرى ولو تعدت السكين من
واحد الى آخر لم يسقط القصاص عن الاول فكذلك هذا . وقال في الجامع الصغير في رجل شج رجلا موضحة
متعمدا فذهب منها بصره انه لا قصاص في الموضحة في قول ابي حنيفة وفيها وفي البصر الارش . وقال
ابو يوسف ومحمد في الموضحة القصاص وفي البصر الدية هذه رواية الجامع الصغير عن محمد . وروى ابن سماعة
في نوادره ان فيهما القصاص جميعا . وجه قولهم المشهور ان العين لم تذهب بالسراية لان السراية
انما تكون عن جزء الى جملة فاما من جزء الى جزء آخر فلا . وانما تلف البصر بسبب الشجة وما تلف بسبب لا
قصاص فيه كما يتلف بحفر البئر ووضع الحجر . وجه قول محمد ان الجناية وقعت على وجه العمد فما تولد
منها عمد ايضا كما لو سرت الى النفس والقصاص ممكن فيما سرت اليه فوجب فيه القصاص . وليس كذلك
اذا شلت الاخرى لان القصاص لا يمكن فيها فتعلق بالاولى ووجب في الثانية الارش . قال محمد ولو
ذهبت عيناه ولسانه ودماغه فعليه في الموضحة والعينين القصاص فاما اللسان والدماغ فلا يقدر فيه
على القصاص فعليه الدية في ماله وهذا ظاهر على اصل محمد الذي رواه ابن سماعة لان ما تولد من الجراحة العمد
اذا كان يلزمه القصاص اقتص منه واذا لم يمكن اقتص من الاول . والعين يمكن فيها القصاص . واللسان والجماع
لا قصاص فيه فوجب فيه الارش فيكون في ماله لانه عمد محض لا شبهة فيه وانما تعذر القصاص فصار كما
يجب بعفو احد الوليين . قال واذا آلت الضربة الى النفس وكانت بحديدة او خشبة تقع موقع السلاح ففيه
القصاص وهذا قولهم لان السراية تسري من الجزء الى الجملة فكانت الجناية اتلفت النفس ابتداء . وان كانت الضربة
بشيء لا يقع موقع السلاح ففيه الدية على العاقلة لان السراية تبع للجناية واذا وقعت على وجه لا يجوز
ان يتعلق به قصاص كانت كذلك سرايتها . قال محمد وذهاب عينه من الموضحة بمنزلة قطعه اصبعه
فسقطت يده من المفصل فهي جناية واحدة اقتص من الكف كأنه قطع الكف . قال وكذلك ان ضربه فقطع
السبابة فسقطت الوسطى فقطعهما جميعا . ولو قطع مفصلا من السبابة فسقطت الوسطى من الضربة
فقطعت الوسطى والمفصل من السبابة وهذا على الرواية التي رواها ابن سماعة ان السراية اذا امكن فيها
[illegible] وجب القصاص في الامرين . قال وانما اقول ذلك في الشيئين المتباينين مثل الاصبع والاصبع
والموضحة والعين فاما اصبع واحدة فشيء واحد فلا وهذا انما يريد به ان الاصبع اذا قطعت فشلت اخرى
وجب القصاص في الاولى لانهما في حكم الجنايتين . وان قطع مفصلا فشل بقية الاصبع فلا قصاص لانها
جناية واحدة . قال محمد فان قال انا اقطع المفصل واترك ما يبس فليس له ذلك الا ترى انه لو شجه
منقلة فقال انا اشجه موضحة ولا اريد ارش ما زاد لم يكن له ذلك وهذا صحيح لان هذه الجناية وقعت
غير موجبة للقصاص فلم يكن له الاقتصار على بعضها ليستوفي ما لم يثبت له حق فيه . قال محمد وكذلك
السن يكسر فيسود ما بقي فطلب ان يكسر القدر الذي كسر ولا يريد الارش فيما بقي فليس في شيء من ذلك
قصاص لان الجناية يسقط القصاص فيها بوجوب الارش في الاسود اذ فلم يكن له المطالبة بما لا قصاص
فيه . قال وان كسر بعض السن فسقطت ففيها القصاص وذلك بمنزلة قطع اصبع من اصابع يده فسقطت
يده ففيه القصاص دون الاصبع لانها جناية واحدة وهذا على اصل محمد . واما على الرواية المشهورة
فلا قصاص في شيء من ذلك . وقال محمد اذا ضرب بعضا او صحيحة ثم عاد فضرب اخرى الى جنبها ثم
تآكلتا حتى صارتا واحدة ففيهما موضحتان يقتص منه وذلك لان القصاص تعلق بكل واحدة من الموضحتين
وما حل بينهما يمكن فيه القصاص . ومن اصل محمد ان الجراحة التي فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن
فيه القصاص اقتص منهما كما لو آلت الى النفس . فاما على الرواية المشهورة فلا قصاص في الموضحتين
وذلك لان ما تآكل فيما بينهما تلف بسبب الجراحة وقد بينا ان التالف بالسبب لا يتعلق به القصاص
فاما على قول محمد فان الجراحة اذا تلف بها ما يمكن القصاص فيها ثبت القصاص فيها كمن قطع اصبعا فسقطت
اخرى . وقال بشر عن ابي يوسف في رجل قطع يد رجل من مفصل عمدا فسقطت الكف من المفصل فان ابا حنيفة
قال لا قصاص في ذلك وفيه دية الكف قيل ان القطع والجناية انما كانت في الاصبع فما حدث فيها في بقية الكف
فليس ذلك بالضربة بعينها ولا بالجرح نفسه . قال ابو يوسف اقتص منه لان هذا من ذلك . اما على قول
ابي حنيفة فقد بينا ان ما تلف بسبب الجراحة يجري مجرى التالف بالاسباب لان الشيء انما يكون الى ما
دون النفس الا ترى ان السراية هي ايصال الالم من الجراحة الى القلب فيودي الى التلف وهو يستحيل

ان تتصل الالم بالقلب فتتلف الكف :: واذا لم يكن ذلك سرايه لم يجب فيها القصاص :: واما ابو يوسف فقال ان
الاصبع جزء من الكف والسرايه تكون من الجزء الى الجمله كما تكون الى النفس وليس هذا عنده كمن قطع اصبعا فسقطت
اخرى الى جنبها لانهما عضوان ليس احدهما جزءا من الاخر فلا تثبت السرايه منه اليه فلذلك قال ان القصاص في
الاولى دون الثانيه :: قال ولو ان رجلا ضرب سن رجل فكسر منها طايفه وتحرك ما بقي فان ابا حنيفه
قال يوجل حولا :: فان سقطت او اسودت ثم عقلها فكان فيها الارش وقال ابو يوسف ان سقطت
ففيها القصاص وان لم تسقط واسودت ففيها العقل ولا قصاص هذا كالاصبع قطعت فشلت الكف
اما الاستيناء في كسر السن فعلى اصلنا ان الجنايات فيما دون النفس يستانى فيها حتى يعلم ما يوول اليها
وقد دل على ذلك قوله صلى الله عليه يستانى بالجراح حتى يبرا فاذا اسودت فلا قصاص في قولهم لان التالف
جزء من الجمله فاذا اسودت فهي كما لو قطع اصبعا فشلت الكف وقد بينا ذلك على قولهم :: واما اذا سقطت
السن فعند ابي حنيفه لا قصاص لانها لم تتلف بالسرايه الا ترى ان السرايه لا تكون الى جزء وانما تعين ما بقي
من السن بسبب الكسر وما تلف بالسبب لا قصاص فيه :: فاما على قول ابي يوسف ومحمد فالتالف اذا
كان مما يجب فيه القصاص اقتص منه كما لو سرى الى النفس ۞ قال بشر عن ابي يوسف لا قصاص في بعض
اللسان حتى يقطع كله :: وذكر في الاصل ان الاصل لا يقتص منها ووجه ما في الاصل ان القصاص
في اللسان يختلف باختلاف المد الا ترى انه يجتمع وينبسط فلا يمكن استيفا المماثله فيه فسقط القصاص
وقد قالوا جميعا لو قطع بعض اللسان لم يقتص منه لانه ليس هناك مفصل يوقع فيها القصاص ولا يعلم المماثله
لابي يوسف انه اذا قطعه من اصله امكنه المماثله لا يقطع من اصله :: واذا قطع بعضه لم يمكن فيه المماثله
فلم تجب القصاص :: قال وان قطع المارن ففيه القصاص :: فان قطع نصف قصبه الانف لم يكن فيه قصاص
لانه اذا قطع المارن امكن استيفا المماثله لانه يضع السكين على ما لان من الانف فاما اذا قطع بعض القصبه
فهو عظم وقد بينا ان العظم لا قصاص فيه :: قال وان قطع الحشفه ففيها القصاص وان قطع بعضها فلا
قصاص لانه اذا قطع الحشفه فهناك حد يوقع فيه القطع فتقع المماثله :: واذا قطع بعضها او بعض الذكر فليس
هناك حد يوقع فيه القصاص فصار كقطع بعض اللسان :: فاما اذا قطع الذكر من اصله فقد ذكر في الاصل انه لا
قصاص لانه ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفا المماثله فيه :: وابو يوسف يقول اذا استوفي بالقطع
امكنه المماثله :: وكذلك الشفه ان استوفاها بالقطع ففيها القصاص وان قطع بعضها فلا قصاص
لانه اذا استوفاها امكنت المماثله :: وان قطع بعضها فليس هناك حد القطع :: قال واما الاذن
فما قطع منها ففيها القصاص اذا كان يستطاع ويعرف :: وان قطعت كلها ففيها القصاص وذلك
لانه اذا قطع جميعها امكنت المماثله لانها لا تنقبض ولا تنبسط :: فان قطع بعضها والقطع [illegible]
يعرف امكنت المماثله وان لم يمكن سقط القصاص :: قال ولا قصاص في العين اذا قورت او [illegible]
وانما فيها القصاص اذا كانت قايمه وذهب ضوها :: اما اذا ذهب ضوها فالقصاص ممكن لانه [illegible]
على وجهه القطن المبلول ويحمى المراه وتقرب من عينه حتى يذهب ضوها روي ان علي بن ابي طالب
رضوان الله عليه حكم بذلك بحضره الصحابه من غير خلاف :: ولان هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسال عنه
الصحابه فلم يكن عندهم فيه شي حتى جا علي رضوان الله عليه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان :: فاما اذا قورت او بخست
فقد تعذرت المماثله الا ترى ان لو قورناها لم يكن هناك حد لا يستوفى المماثله وان اذهبنا ضوها فلم نفعل
ما فعله الجاني فصار كمن قطع اليد من نصف الساعد لا يجوز ان يقطع يده من الزند :: وذكر ابن سماعه عن
محمد انه لا قصاص في اللسان ولا في الذكر اذا قطع من نصفه او اصله وقد بينا ذلك :: قال والاذن اذا
قطعها ففيه القصاص وكذلك ان كان قطع بعضها معروفا :: قال ابو الحسن رحمه الله اجمع اصحابنا
على ان في الحشفه والمارن القصاص وقال ابو يوسف في الانف والذكر واللسان اذا استوعب كل واحد
منهما ان فيه القصاص وقال محمد لا قصاص في الانف والذكر واللسان وان استوعب شيا من ذلك
وقد بينا هذا :: فاما قول ابي يوسف انه اذا قطع الانف كله وجب القصاص وانما يريد المارن واما قصبه الانف
فهي عظم وقد اجمعوا انه لا قصاص في العظم :: وقال ابو الحسن قال ابو حنيفه لو ان رجلا جز راس
رجل او حلق راسه او حاجبيه او شاربه او لحيته فنبت شي من ذلك او لم ينبت فلا قصاص فيه لانا لا
نعلم اذا صنعنا مثل ما صنع الجاني لم ينبت الشعر فاذا تعذرت المماثله سقط القصاص :: قال وقال ابو حنيفه
لو ان رجلا قطع كف رجل من المفصل او من المرفق من المفصل اقتص منه :: قال وكذلك لو قطع يد رجل
من مفصل الترقوه وكذلك لو قطع رجل رجل من مفصل القدم او من مفصل الركبه اقتص منه :: وكذلك لو
قطع رجل رجل من مفصل الورك لان هذا القطع له حد توضع السكين في مثله فتحصل المماثله فوجب القصاص
قال ولو قطع بضعه من لحم فخذ رجل او من عضله ساقه او من لحم عضده او ساعده او اليته لم يكن في ذلك
قصاص وفيه حكومه لانه لا يمكن فيه المماثله وليس له ارش مقدر :: قال وان قطع الذكر من اصله ففيه
القصاص وهذه الروايه عن الحسن تخالف روايه محمد وهي مثل قول ابي يوسف :: قال وليس في الصمه

ولا في اللكزه ولا في الوجاه ولا في الدفعه ولا في الدقه قصاص لان هذا الم لا جرح فيه فحل محل الالم بالكلام ::
قال وليس في لحم الخدين ولا في لحم الظهر ولا في البطن اذا قطع بعضه قصاص لما قدمنا :: وكذلك الذقن لانه
عظم :: قال ولا في جلده من البدن اذا قطعت قصاص لانه لا تمكن استيفا المماثله :: قال فان قطع مفصلا من
اصبع رجل السبابه ثم قطع بعد ذلك مفصلا منها فعليه القصاص في المفصل الاول وليس عليه قصاص في المفصل
الثاني وعليه فيه الارش :: وكذلك لو قطع اصبع رجل من اصلها ثم قطع الكف التي فيها الاصبع كان في الاصبع
القصاص ولم يقتص منه في الكف وكان عليه ارش الكف ناقصه اصبعا :: وكذلك لو قطع يد رجل ثم صح
ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي فيها الكف كان عليه في اليد القصاص وكان عليه في الساعد ارش حكومه
ولم يقتص من ساعده وهذا كله على قياس قول ابي حنيفه وابي يوسف وبه ناخذ :: قال ابو الحسن لم يذكر
الحسن ان الجنايه الثانيه كانت قبل البرء او بعده :: وقال ابو يوسف ومحمد اذا كانت الثانيه بعد برء الاولى
فهما جنايتان مفترقتان واذا كانت قبل البرء فهي جنايه واحده كانه قطعهما جميعا :: ذكر قولهما في الزيادات
وقال ابن سماعه وعلي عن ابي يوسف كل جراحه وجنايه تكون من رجل في مقام واحد ومقامين غير انه الاخيره
من ذلك كانت قبل برء الاولى فمات المجروح من ذلك او من بعضه او من الاول او من الاخر وذلك كله خطا
فان عليه ديه واحده ديه النفس وان كان ذلك عمدا فان في هذا القصاص في النفس :: لابي حنيفه انه
لما قطع المفصل الاول صار الثاني ناقصا فقد قطعه وهو ناقص عن مفصل القاطع الا ترى ان استحقاق القصاص
في طرف الجاني ليس بعيب بدلاله ان قاطعا اخر لو قطعه وجب عليه القصاص ان كان عامدا او كمال الارش
ان كان مخطيا فاذا لم يوجب ذلك نقصانا في طرفه لم يجب عليه قصاص في عضو كامل يقطع عضوا ناقصا
وجه قولهما ان الجنايتين اذا كانتا قبل البرء فكانهما وقعا بضربه واحده بدلاله ان من قطع يد رجل خطا
ثم قتله خطا وجب عليه ديه واحده فكانه قطع المفصلين معا :: واما اذا برئ القطع الاول فقد استقرت
الجنايه وثبت حكمها وحصل القطع الثاني مع اختلاف المفصلين فلا يجب القصاص ۞ قال وكل جراحه
عمد ان كان الموت من غيرها فللامام ان يقتص من ذلك المفصل اذا طلب الوارث ذلك ثم النفس ::
وان شا اقتص من النفس وترك المفصل لانهما تلف الجنايتين يستقر حكمها فاذا اقتص فيهما فقد حصلت المماثله
وان شا يقتص على النفس لان ما دونها يتلف بتلفها :: قال ولو كانت الجنايات من رجلين فمات من جنايه
احدهما دون الاخر كان هذا مخالفا لذلك ان كان ذلك كله خطا فعلى صاحب النفس ديه النفس وعلى صاحب
الجراحه فيما دون النفس ارش ذلك :: وان كان عمدا فعلى صاحب النفس القصاص في النفس وعلى صاحب
الجنايه فيما دونها القصاص في ذلك ان كان يستطاع وان لم يستطع فالارش ۞ قال ابو يوسف
[illegible] الواحد في هذا مخالف للاثنين وذلك لان جنايه الاثنين يختلف حكمها فصارت كالجنسين من
الحق فلا يثبت فيه التداخل وجنايه الواحد جنس واحد لاتفاق حكمها فاذا لم يستقر الاولى فان
التلف حصل بجنايه واحده :: فاما اذا استقرت الاولى بالبرء فحكم الجنايه الواحده لا يستويا ::
لانه لم يقف حكم الاولى على الثانيه فصار كجنايه الواحد التي لا تقف على غيره :: واما اذا جنى
الواحد جنايه خطا ثم قتل النفس جنايه عمدا والاولى عمد والثانيه خطا قضى عليه بالنفس ان كانت
هي العمد بالقصاص وان كانت هي الخطا بالارش ويقضى عليه بالجراحه ان كانت هي الخطا بالارش ::
وان كانت هي العمد بالقصاص وذلك لان العمد والخطا حكمهما مختلف فلم يقع التداخل بينهما كالحقوق
المختلفه واستوى فيها استقرار الجراحه الاولى وعدم استقرارها :: قال ولو ان تعمد الرجل ضرب
موضع من جسد انسان فاخطا ووقع في غير الموضع الذي تعمده بالضرب فمات فعليه القصاص وذلك
لان القصاص يتعلق باعتماد الضرب فلا فرق بين ان يقع الضرب في الموضع الذي اعتمده او في غيره
اذا كان الضرب في الموضعين جميعا يوجب حكما واحدا ۞

باب في الجوارح الناقصه

قال ابن سماعه عن محمد في نوادره قال ابو حنيفه كل شي فيه ارش فان كان فيه ضعف بعد ان لا يكون يابسا فقطعه
رجل كان فيه قصاص بمنزله اصبع قد ذهب منها المفصل الاول :: فان قطع رجل المفصل الثاني فان عليه ثلث
الالف لا ينقص من ذلك شي :: وان كانت الاصبع ضعيفه ليست يابسه بمنزله يد ضعيفه بيد شديده
ولو كان ذلك القاطع قد ذهب المفصل الاعلى من اصبعه ايضا وهي اصبع واحده كان للمجني عليه القصاص
في اصبع الجاني وذلك لان المفصل اذا لم ينقص ارشه بالجنايه لم تعتد بضعفه وصار كالنقص في اصل
الخلقه اذا المفصل القوي يقطع به بين ذلك ان اليد اذا اجرحت فضعفت بالجراحه ليس فعلها
تام والقصاص واجب على من قطعها :: فان كانت يده قويه فكانه قطع يدا ضعيفه في الخلقه
بيده تنقطع وان كانت قويه :: قال وكل شي منها ليس فيه ارش معلوم فانما فيه حكم فقطع رجل
اشل رجلا القاطع على مثل حاله فلا قصاص فيه :: وهذا كمن قطعت يده اليمنى من الزند ثم قطع ساعد

قطع من المرفق فلا قصاص على القاطع في ساعده وقال ابو يوسف انظر في هذا فان كانا سوا اقتصصت في الوجهين
وجه قول ابي حنيفه ومحمد ان قطع الكف يوجب وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر فلا تعلم
المماثله بين الساعدين الا بالحزر والظن وذلك لا يوجب القصاص فاما الكف التي فيها اصبع زايده فذلك
نقص فيها وفيها عيب وهو نقص يعلم بالحزر والظن فيمنع ذلك من جريان القصاص وليس هذا كالمفصل
الاوسط من الاصبع لان وهنه بالقطع لم يوجب نقصان ارشه فلم يمنع من وجوب القصاص فيه ولابي يوسف
ان المماثله في القطع ممكنه من المفصل فاذا كانا سوا في القوه صارا كالعضوين الصحيحين قال ومن
قطع اصبعا زايده وفي يده مثلها فلا قصاص عليه في قول ابي حنيفه وابي يوسف وذلك لان الاصبع الزايده
تجري مجرى الثولول والسلعه ومعلوم ان من قطع ذلك لم يجب عليه قصاص فكذلك هذا ولذلك
روى الحسن عن ابي حنيفه في الاقطعين والاشلين انه لا قصاص منهما كانت يد الذي قطعت يده
اقلهما شللا او اكثر او هما سوا وهو قول ابي يوسف وقال زفر ان كانا سوا ففيهما القصاص
وان كانت المقطوعه يده اقلهما شللا كان بالخيار ان شا قطع يد القاطع وهي انقصها قطع وان شا
ضمنه ارش يده شلا وان كانت يد المقطوعه يده اكثرهما شللا فلا قصاص وله ارش يده
وهذا اقرب الى قول ابي يوسف في الاقطعين فاما الاشلين فالنقص في يدهما اوجب اختلاف ارشهما فصار كالساعدين
وقد ذكر الحسن قول ابي يوسف مع ابي حنيفه فيحصل عنده روايتان وذكر قول زفر مثل الروايه
الاولى عن ابي يوسف قال وكذلك روى الحسن عن ابي حنيفه في مقطوع الابهام من يده اليمنى او اصابعها
كلها قطع يمين رجل وهو مقطوع الابهام من يده اليمنى او مفصل من ابهامه لم يكن
بينهما قصاص في قول ابي حنيفه وابي يوسف وقال زفر انظر في ذلك على ما تقدم وهذا على ما
قدمنا لان قطع الابهام يوهن الكف ويسقط تقدير ارشها قال ابو الحسن واذا قطع اشل يدا صحيحا
او اشل القاطع بعد القطع فالمجني عليه بالخيار ان قطع يد الاشل ولا شي له غيره وان شا ترك واخذ
ديه يد صحيحه اذا كانت شلا قبل القطع وان شلت بعد القطع فان شا قطع وان شا ترك ولا شي له
غير القصاص وذلك لان الاشل اذا قطع الصحيح فان المقطوع لا يقدر على استيفا حقه من جنسه
بكماله لان حقه في يد صحيحه فكان بالخيار بين اخذ المثل مع العيب او الانتقال الى العوض كالمتلفات
واما اذا كانت يد القاطع صحيحه ثم شلت بعد القطع فلا حق للمقطوع في الارش لان حقه ثبت ابتدا
من غير خيار فلو ذهبت اليد بافه من السما سقط حقه ولم ينتقل الى الارش فكذلك اذا انقصت
بافه من السما قال فان قطعت يد القاطع بغير حق بطل حق الاول وان قطعت في قصاص
او سرقه ضمن ديه المقطوعه يده وهذا على ما بينا ان اليد التي تعلق بها القصاص اذا ذهبت
حتى سقط القصاص وان ذهبت بحق انتقل الحق الى الارش الا ترى انه اسقط بها حقا عن نفسه
وهو القصاص وضمان المسروق فكانه قضى دينه بما تعلق به حق غيره

باب الجنايه من الرجل على الرجلين فيما دون النفس

قال واذا قطع الرجل يمين رجلين فان لهما ان يقطعا يده بايديهما وياخذا منه ديه يد بينهما نصفين وقال الشافعي
تقطع يده للاول وللثاني الارش لنا ان حق كل واحد منهما ثبت في اليد باسباب متساويه فلم يتقدم احدهما
على الاخر كالشفيعين ولا يقال ان حق الاول تعلق باليد فاذا قطع الثانيه لم يتعلق حق الثاني بما تعلق به
حق الاول وصار كالرهن ان حق الغرما لا يتعلق به وذلك لان تعلق القصاص باليد ليس حكما بغير تعليق
فيصير كالدينين في الصحه او في المرض انهما يتعلقان بالمال على وجه واحد وان تقدم احدهما الاخر
وانما يقضي لهما بديه يد لان ما دون النفس يعتبر فيه المماثله وهو مما يتبعض بالاتلاف فكل واحد منهما
انما استوفى بعض اليد وصار القاطع قاضيا ببعضها حقا عليه فضمنه من حق الاخر وليس هذا كالرجل يقتل
رجلين فيقتل لوليهما انه لا ديه لهما لان النفس لا تعتبر فيها المماثله ولان اتلاف الروح لا يتبعض
فيصير كل واحد منهما كالمستوفي لجميعه ولانه لما قطع يده لهما فقد قضى ببعض دين كل واحد منهما
بما تعلق به حق الاخر فصار مضمونا عليه وهو من اهل الضمان المبتدا بعد القطع فلذلك لزمه
الضمان فاما القتل فاذا سلم نفسه اليهم فقد قضى حق كل واحد منهما بما تعلق به حق الاخر
الا انه ممن لا يلزمه الضمان المبتدا في تلك الحال لان الميت لا يبتدا بضمان لم يلزمه فلذلك لم يلزمه
ضمان قال وان حضر والاخر غايب فله ان يقتص ولا ينتظر الغايب ويكون للاخر ديه يده وذلك
لان حق كل واحد منهما ثبت في جميع اليد وانما سقط حقه عن بعضها بالمزاحمه فاذا غاب الاخر فلا
مزاحم للحاضر ولا يجوز ان يسقط حقه من القصاص لحق الغايب ويجوز ان يحضر فيطالب ويجوز ان
يبري وعلى هذا قالوا في الشفيعين اذا حضر احدهما قضي له بالجميع لانه لا مزاحم له في الحال فلا يجوز
ان يسقط حقه عن بعض الشفعه لحق الغايب ويجوز ان يحضر فيطالب ويجوز ان يحضر ولا يطالب

قال واما قوله ان للاخر ديه يده فلان القاضي لما قضى بها للاول لم يجز ان يسقط حق الثاني وانما ينقله الى عوض
قال وان عفا احدهما بطل حقه وكان للاخر القصاص وذلك لان حق كل واحد منهما ثبت في جميع اليد وانما ينقص
بالمزاحمه فاذا زالت بالعفو بقي حق الاخر بحاله كالشفيعين والغريمين قال وكذلك لو عدي احدهما
على القاطع فقطع يده فقد استوفى القصاص وللاخر الديه وذلك لانه استوفى ما تعلق حقه به ولا يمكن
فسخ الاستيفا فانتقل حق الاخر الى الديه ولما اذا قضى القاضي بالقصاص بينهما ثم عفا احدهما فللاخر ان يستوفي
القصاص قال محمد اذا قضى القاضي بالقصاص في اليد بينهما نصفين وبديه اليد بينهما نصفين ثم عفا احدهما
بطل القصاص وجه قولهما ان القاضي اذا قضى بالقصاص بينهما فلم يسقط حق كل واحد منهما عن القصاص
لا يستحيل له ان يتقدم اسقاط الحق قبل سلامه البدل فاذا لم يسقط حق كل واحد منهما صار عفو الاخر بعد القضا
كعفوه قبله وعلى هذا قال ابو حنيفه وابو يوسف ان حكم الحد موقوف بعد القضا على الاستيفا حتى لو
رجع شاهد جاز كرجوعه قبله في وجوب الحد على الباقين لمحمد ان القاضي لما قضى لهما بالديه فقد
ملكها ونقل حقهما الى العوض فيستحيل ان يبقى في المعوض فصار مسقطا لحق كل واحد منهما عن نصف
اليد فلا يثبت القصاص بعد العفو وقد استشهد محمد بالشفيعين اذا قضى بالشفعه بينهما ثم اسقط
احدهما حقه لم يكن للاخر الا النصف ولو اسقط حقه قبل القضا ثبت حق الاخر في الجميع وكذلك المدعيين لشرا
عين من واحد واقاما البينه فقضى القاضي بها بينهما فاختار احدهما الترك لم يكن للاخر الا النصف ولو اختار
قبل القضا كان للاخر الجميع ولما اذا قضى القاضي بالديه بينهما فقبضاها ثم عفا احدهما لم يكن للاخر القصاص
لانهما قبضا البدل ثم ملكاها فيه فاستحال ان يبقى في المبدل فسقط حق كل واحد منهما عن نصف اليد
فاذا عفا لم يكن للاخر القصاص وكذلك لو اخذا بالديه رهنا لان الرهن كان للوثيقه بالدين الا ترى انه
اذا هلك سقط الدين فصار قبضهما الرهن كقبضهما الدين واما اذا اخذا بالديه كفيلا ثم عفا احدهما فللاخر
القصاص وذلك لان الكفاله لم تجر مجرى الاستيفا وانما هو توثق بالديه فصار ثبوت الحق في الذمه الثانيه
كثبوته في الاولى قال واذا قطع رجل اصبع رجل من مفصل ثم قطع يد اخر وبدا باليد ثم قطع
الاصبع وذلك كله في اليمين ثم اجتمعا فانه يقطع اصبعه باصبع هذا ثم يخير صاحب اليد فان شا
قطع ما بقي وان شا اخذ بدل اليد من مال القاطع وذلك لان حق صاحب اليد تعلق باليد وحق الاخر
تعلق بالاصبع فلو بدا القاضي بالقصاص في اليد سقط حق صاحب الاصبع ولو بدا بالاصبع لم يسقط
حق الاخر لانه يتمكن من القصاص في بعض حقه فكان تبقيه حق احدهما واستيفا حق الاخر اولى من استيفا احدهما واسقاط
الاخر ثم قد صارت الكف معيبه بقطع الاصبع فكان الاخر بالخيار على ما قدمنا قال وان جا صاحب اليد فقبل صاحب
الاصبع قطعت له اليد فان جا صاحب الاصبع بعد ذلك اخذ الارش لان حق صاحب اليد ثابت فلا يجوز ان يوخر لحق
الغايب ويجوز ان يحضر فيطالب ويجوز ان لا يطالب قال ولو قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع اصبع اخر من
مفصلين ثم قطع اصبع اخر كلها وذلك كله في اصبع واحده ثم اجتمعوا جميعا قطع منه المفصل الاعلى لصاحب
الاعلى ثم يخير صاحب المفصلين فان شا قطع له الاوسط بحقه كله وان شا اخذ ثلثي ديه اصبعه من ماله ثم يخير
صاحب الاصبع فان شا اخذ ما بقي باصبعه وان شا اخذ ديه اصبعه من مال الذي قطعها وهذا على ما قدمنا ان حق كل
واحد منهم في مثل ما قطع منه فوجب ان يبدا بالقصاص بما لا يسقط حق بعضهم ثم يخير الباقين بالعيب
الحادث بالطرف قال ولو قطع من رجل يمينه ومن اخر يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين ويساره
لصاحب اليسار لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله والجروح قصاص
ولانه يمكن استيفا المماثله لهما ولا يقال ان القاطع لم يبطل جنس منفعه احدهما فلا يجوز ان يبطل جنس منفعته
لان القصاص يجوز ان يبطل به المنافع وانما لا يجوز ذلك في السرقه قال ولو قطع كف رجل من مفصل
ثم قطع يد اخر من المرفق ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير صاحب المرفق فان شا قطع ما بقي
بحقه كله وان شا اخذ الارش ولا بالي بايهما بدا وهذا على ما قدمنا قال واذا شج الرجل الرجل شجه موضحه
فاخذت ما بين قرني المشجوج وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج فان المشجوج يخير فان شا اقتص له فيبتدي
من اي الجانبين شا حتى يبلغ مقدارها في طولها الى حيث يبلغ ثم يكف واذا كانت الشجه ما بين قرني المشجوج
وهي تاخذ ما بين قرني الشاج وتفضل فانه يخير المشجوج ايضا فان شا اخذ الارش وان شا اقتصصت له
ما بين قرني الشاج لا ازيد على ذلك شيا واذا كانت الشجه في طول راس المشجوج وهي تاخذ من جبهته
الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار ان شا اقتصصت مثل طولها الى حيث تبلغ وان شا اخذ الارش
وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الرازي انه قال في المسايل اذا كانت الشجه لا تستغرق ما بين قرني الشاج
لكبر راسه وقد استغرقت ما بين قرني المشجوج لصغر راسه اقتصصت مما بين قرنيه وان زاد على طول الشجه
وجه قول اصحابنا ان الشجه تستحق بها الشين الذي يلحقها ومعلوم ان الشين يزيد بزياده طولها
وباستيعابها ما بين القرنين فاذا كانا المشجوج صغير الراس وقد بلغت الشجه ما بين قرنيه لم يجز ان يستوفي
ما بين قرني الشاج وهو اكبر من ذلك لان طول الشجه فيه زياده شين ولم يكن بد من اثبات القضاه تقدرها

ولصاحب القصاص ان يبتدي من اي الجانبين شاء لثبوت حقه فيهما وله ان ينتقل الى الارش لان هذه الشجة لا تلحق
بالشاج من الشين ما يلحق المشجوج لانها تبقى قطعه من جهته فصار كالعيب في محل القصاص فان شاء استوفاه
بعينه وان شاء انتقل الى الارش . واما اذا كان ما بين قرني الشاج اقل مما بين قرني المشجوج فلا يمكن ان يستوفي
ما بين قرنيه وزيادة لانه يؤدي الى زيادة شين فكان المشجوج بالخيار ان شاء اقتصر على ما بين القرنين وان شاء انتقل
الى الارش وحكي ما قال ابو العباس انه يستوفي من العضوين وان كان احدهما اصغر من الآخر كاليد الكبيرة
بالصغيرة وهذا ليس بصحيح لان المقصود باليد المنفعة وقد يكون منفعة اليد الصغيرة اكثر من منفعة الكبيرة
والمقصود من الشجاج الشين ولزيادة الشجة تاثير في زيادة الشين . قال وان اجتمع رجلان على رجل بجناية فيما
دون النفس مما يجب على الواحد فيها القصاص لو كان انفرد بها فلا قصاص عليهما فقطعا يده او رجله او قلعا
سنا او كانا ما كان من الجوارح التي يجب على الواحد فيها القصاص فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان
وكذلك ما زاد على ذلك من العدد فهو بمنزلة هذا لا قصاص عليهم وعليهم الارش على عددهم بالسوا وقال
الشافعي يجب القصاص على القاطعين وان كثروا . لنا انه اتلاف لما يتبعض فاذا اشترك فيه الجماعة لزم
كل واحد منهم بقدر قسطه كالمال . ولان ما دون النفس تعتبر فيه المماثلة واليدان ليستا مثلا لليد
واحدة فلا يجوز ان يستوفيا بها . ولان كل واحد منهما متلف لبعض اليد فكانه وضع السكين من جانب
ووضع الآخر من جانب آخر ثم اعتمدا حتى التقت السكينتان لم يجب القصاص بالاتفاق وليس هذا كقتل
الاثنين للواحد لان القياس يقتضي ان لا يقتلا وانما تركنا القياس للاثر . ولان خروج النفس لا يتبعض فصار كل واحد
منهما كالمتلف لجميعها

باب من يستحق القصاص

قال ابو الحسن رحمه الله واذا قتل الرجل رجلا قتلا يوجب القصاص استحق دمه من يستحق ماله على فرائض الله عز وجل
ذكورهم واناثهم والعصبة منهم وغير العصبة سوا والحق لهم في ذلك جميعا يدخل في ذلك الزوج والزوجة ايضا وذلك
لان القصاص احد بدلي النفس فانقسم بين الورثة كالدية . والدليل على ان الدية بين الورثة انها مال للميت
تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه كسائر امواله . واما الزوج والزوجة فانهما يرثان من الدية وقال مالك
لا يرثان وقد خالف عمر رضي الله عنه بقوله حتى شهد عنده الضحاك بن سفيان الكلابي قال كنت على بني كلاب
فورد علي كتاب رسول الله صلى الله عليه ان اورث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم فرجع عمر بن الخطاب الى قوله
وعن علي رضوان الله عليه انه قال الدية لمن احرز الميراث . ولانها مال للميت كسائر امواله . واذا ثبت
ان الزوج والزوجة يرثان الدية فكذلك القصاص . لان كل واحد منهما بدل عن النفس . قال وليس لبعضهم
ان يقتص دون بعض حتى يجتمعوا وذلك لانه حق مشترك بين جماعة لا يولى على بعضهم فلا يجوز لاحدهم
باستيفايه كالدين . قال وليس لهم ولا لاحدهم ان يوكل في القصاص من يقوم مقامه فيه وقال الشافعي
يجوز التوكيل باستيفا القصاص . لنا ان الوكيل لو استوفى مع غيبة الموكل استوفى مع الشبهة لجواز
ان يكون الموكل قد عفا ولا يجوز استيفا القصاص مع الشبهة . ولا يلزم اذا وكله وهو حاضر لانه لا شبهة
في الاستيفا الا ترى انه لو عفا لاظهر العفو . ولان ذلك انما جاز للضرورة الا ترى ان كل واحد لا يحسن استيفا
القصاص فلو لم يجز له ان يقيم مقامه بطل حقه وهذا لا يوجد مع الغيبة . وقال ابو حنيفة اذا قتل الرجل
وله ولد صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا قبل بلوغ الصغار وقال ابو يوسف ومحمد ليس للكبار حتى يبلغ
الصغار . وكان الشيخ ابو بكر الرازي رحمه الله يقول مع ابي حنيفة لابي حنيفة ما روي ان الحسن عليه السلام اقتص
من ابن ملجم وفي ورثة علي عليه السلام صغار وقد اوصى علي عليه السلام بذلك . وقال له اضربه ضربة واحدة فلولا
ان القصاص يجوز للورثة من الكبار لم يسكتوا عن انكاره . ولا يقال انه قتله حدا لانه لو كان كذلك
لم يشترط على ان يضرب ضربة واحدة اذ المماثلة انما تعتبر في القصاص . والذي يقوله اصحاب الشافعي
انه قتله للكفر لا يصح لان صاحبهم قال ان ابن ملجم قتل عليا متاولا فاعتبر به . ولان الدم اذا اشترك
فيه من يثبت له الولاية ومن يولى عليه كان لمن يثبت له الولاية ان ينفرد بالاستيفا كمن قتل ولا ولي له
فاشترك المسلمون في دمه جاز للامام ان يقتص منه . وقد وافقنا ابو يوسف في الدم اذا كان
بين الاب والابن . ولانا لو انتظرنا بالقصاص لم يخل اما ان ينتظر ليستوفوا باجتماعهم او لجواز
ان يعفو الصغير ولا يجوز ان ينتظر ليجتمعوا على الاستيفا لانهم لو حضروا جميعا وهم بالغون انفرد
بالاستيفا واحد . ولا يجوز ان ينتظر لتجويز العفو لانه ما من قصاص الا ويرجى من الولي فيه العفو
ولا يمنعه ذلك من القصاص في الحال . ولا يلزم اذا كان بعضهم غايبا لان الانتظار لجواز ان
يكون قد عفا لا لانتظار عفوه وهذا المعنى معدوم في الصغير . وجه قولهما انه حق يثبت
بين الصغير والكبير فلا يملك الكبير ان يستوفي جميعه كسائر الحقوق . ولانه دم مشترك
فلا يجوز لاحد الشريكين ان ينفرد باستيفايه كالكبيرين اذا كان احدهما غايبا . قال فان عفا من له
شي من الدم عن القاتل بطل القصاص عنه . وكان عليه حقوق من لم يعف من الدية في ماله

ولا شي للعافي من الدية وذلك لما روي ان رجلا قتل رجلا له شريكين فعفا احدهما فاستشار عمر ابن مسعود رضي الله عنهما فقال اني ارى
هذا قد احياه فلا يملك الآخر ان يميت ما احياه هذا فعمل عمر على قوله وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف . ولان الحق
المشترك يملك كل واحد من الشريكين اسقاط حقه عن نصيبه منه كما يملك لو انفرد به اصله الديون . فاذا اسقط
نصيب العافي من القصاص بقي نصيب الآخر لا يمكن استيفاوه ودم العمد اذا تعذر استيفاوه انتقل مالا كمن قطع
يدا من نصف الساعد ويكون ذلك في مال القاتل لانه لم يجب بنفس القتل وانما وجب بسبب حادث فهو
كما وجب بالصلح ولا شي للعافي منه لانه اسقط حقه عن الاصل فلم يثبت في البدل . وقد قال اصحابنا في
دم عمد بين شريكين عفا احدهما فللآخر نصف الدية في مال القاتل في ثلث سنين وقال زفر في سنتين .
لنا انها جزء من الدية فتقسط على السنين الثلاثة كما لو لزم بعض العاقلة . وجه قول زفر ان نصف الدية
لم يلزمه من اجزاء دية واجبة وانما هو جملة الواجب فصار كما يجب بقطع اليد . قال واذا قتل العبد عمدا فالقصاص
على القاتل لسيده وكذلك ان كان له موليان او ثلثة فالقصاص لهم على قدر املاكهم منه لان المولى يملك دم
عبده كما يستحق الوارث دم الموروث فجرى مجرى واحدا . لان المولى يملك العبد قبل القتل والوارث لا يملك الموروث
ولا حقوقه الا بعد الموت فاذا ثبت له القصاص فلان يثبت للمولى وحقه ثابت في الحالين اولى . قال وان عفا
احدهم فهو والورثة سوا غير انه يجب لمن لم يعف من الموالي حصته من القيمة . وذلك لان الدم مشترك
بين الموالي فاذا اسقط احدهم حقه منه سقط باسقاطه كما يسقط حقه لو انفرد بملك العبد ويكون للباقين
حصتهم من القيمة لانها بدل عن العبد كالدية التي هي بدل عن الحر . قال ولو كان صالح احد الورثة او احد الموالي
القاتل من حقه على مال جاز الصلح وكان له على القاتل ما اشترط عليه في عقد الصلح في ماله خاصة ووجب
لمن لم يصالح من الورثة حصته من الدية ولمن لم يصالح من الموالي حصته من القيمة . والاصل في جواز
الصلح عن الدم على مال قوله صلى الله عليه من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شاوا قتلوا وان شاوا اخذوا الدية
ولان القصاص حق فيه معنى المال بدلالة انه اذا دخلته شبهة انتقل مالا من طريق الحكم فالحقوق التي فيها
معنى المال يجوز الصلح فيها كالعيب بالمبيع . واذا ثبت جواز الصلح سقط نصيب المصالح بصلحه فهو كما لو سقط
بغيره فينتقل حق الباقين مالا . قال واذا قتل الرجلان الرجل الواحد عمدا فعفى الولي عن احدهما
فله ان يقتل الآخر . وذلك لان الولي له ان يعفو عنهما فجاز ان يعفو عن احدهما . واذا عفا عنه فقد كان
القصاص ثابتا له على كل واحد منهما بكماله فسقوطه عن احدهما لا يوجب سقوطه عن الآخر كما لو سقط بموته
وكما لو انفرد الباقي بالقتل . قال وكذلك ان قتل رجل واحد رجلين لكل واحد منهما ولي فعفا ولي احد المقتولين
عن القاتل فللولي الآخر ان يقتله وذلك لان كل واحد منهما لو انفرد ثبت له القصاص فاذا عفا احدهما صار كان
لم يكن له حق فيبقى الاستيفا ثابتا للآخر القصاص . قال واذا كان في ورثة المقتول ولد القاتل او ولد ولده
او بعض الورثة فورثه القاتل بطل عنه القصاص وكان عليه الدية لجماعتهم ولا يبطل حق الذي بطل القصاص
من اجله وانما لم يجب للولد قصاص على والده لقوله تعالى ولا تقل لهما اف فمنع من ادخال الضرر عليهما بهذا
القول فلان يمنع من ادخال الضرر بالقصاص اولى . ولانه لو قتله لم يجب عليه قصاص فلا يجب له قصاص لاجل غيره
واذا اسقط نصيب الابن تعذر القصاص في الباقي وانتقل مالا وينتقل نصيب الابن ايضا مالا لانه لم يعف عن نصيبه
وانما يعتبر به الاستيفا لانه ممنوع من الضرر بابيه . ويجوز ان يثبت له على ابيه دين فانتقل نصيب نفسه
الى المال . واما اذا ورث القاتل بعض القصاص سقط القصاص لانه يستحيل ان يثبت له قصاص على نفسه
واذا سقط ما انتقل اليه تعذر القصاص في الباقي فانتقل مالا . والمدبر والمدبرة وام الولد وابن ام الولد
بمنزلة العبد القصاص فيهم للمولى او للموالي ان كانوا جماعة وذلك لانهم على ملكه الا ترى انه يواجرهم
بحق الملك ويطا المدبرة وام الولد بحق الملك فصاروا كالعبيد القن . واذا قتل المكاتب ولم يترك وفا
فللمولى القصاص في قولهم لان الجراحة وقعت والولاية للمولى وحصل الموت وهو المستحق لبطلان
الكتابة وموته على الرق . واذا ثبت له الاستحقاق في الحالين كان له القصاص كالعبد القن . واما
ان ترك وفا ووارثه غير المولى فلا قصاص في قولهم لان الجراحة وقعت والمستحق هو المولى لبقا الرق
وحصل الموت والمستحق غير المولى فلما تغير المستحق صار ذلك شبهة في سقوط القصاص كمن جرح
عبده فباعه فمات في يد المشتري لم يثبت للمشتري قصاص لانه لم يكن له حق عند الجراحة . واما اذا ترك
وفا ووارثه المولى فذكر في الجامع الصغير ان للمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال بشر عن
ابي يوسف في كتاب البيوع لا قصاص للمولى وهو قول محمد لابي حنيفة والمشهور من قول ابي يوسف
ان المولى هو المستحق لحقوق المكاتب في الحالين الا ترى انه كان يستحق في حال الجراحة لبقا الرق ويستحق
عند الموت بحكم الولا والمستحق في الطرفين اذا كان واحدا وجب له القصاص كمولى العبد . لمحمد ان المولى
يستحق عند الجراحة بسبب الملك ويستحق بعد الموت بحكم الولا فلما اختلفت جهة الاستحقاق صار اختلافها
كاختلاف المستحق فمنع ذلك من القصاص وهذا ليس بصحيح لان وارث الحر لا حق له عند الجراحة بدلالة
ان عفوه لا يصح وانما يثبت له حق ان يستحق ويستحق بعد الموت فقد اختلف جهة است[…] في الحالين

الا انه لما لم يختلف المستحق وجب القصاص فكذلك هذا :. قال ابو يوسف وان كان الوارث غير المولى فاجتمع الوارث والمولى على القصاص فلا قصاص لهما وذلك لان المولى سقط حقه بالعتق واجتماعه مع الوارث لا يعتد به فبقي الوارث وحده وقد بينا ان لا قصاص له . قال ابو يوسف في الاملا في عبد قتل في يد البايع قبل القبض عمدا ان المشتري ان اختار البيع قال فحفظي عن ابي حنيفة ان للمشتري القصاص وان اختار رد البيع فحفظي عن ابي حنيفة انه قال للبايع القصاص وقال ابو يوسف للبايع القيمة :. اما اذا اختار المشتري الاجازة فالعبد على ملكه وقد تم ملكه بالاجازة فكان العبد قتل في يده :. واما اذا اختار الفسخ فوجه قول ابي حنيفة ان البيع ينفسخ من اصله ويصير كان لم يكن وكان العبد قتل على ملك البايع فيثبت له القصاص . ولابي يوسف ان البايع لم يثبت له حق القصاص عند الجراحة لان الملك كان للمشتري فلا يثبت له القصاص بعد الموت . قال ولو كان المقتول رهنا فقتل في يد المرتهن فان اجتمع الراهن والمرتهن على القصاص فلهما ذلك وان اختلفا فلهما القيمة :. كذلك روى محمد عن ابي حنيفة وهو قوله :. وانما لم يجز لواحد منهما ان ينفرد بالقصاص لان الراهن اذا اقتص اسقط حق المرتهن من الدين والمرتهن منعه من ذلك :. واما المرتهن فليس بمالك العبد فلا يثبت له القصاص فاذا اجتمعا فقد رضي المرتهن باسقاط حقه فكان العبد قتل وليس برهن . وقال ابو يوسف في العبد اذا قتل في يد الزوج قبل ان يقبض المراة او عبد قتل في يد امراة اختلعت به او كان في يد قاتل صالح عليه من دم عمد فذلك كله بمنزلة البيع وذلك لان المستحق اذا رضي باتباع القاتل فقد تم ملكه في العبد فثبت له القصاص فاذا طالب بالقيمة انفسخ الملك في العبد من اصله فكانه قتل على ملك الزوج :. قال ولو قتل في يد المشتري وللمشتري خيار شرط او خيار رؤية فالقصاص للمشتري قبض البايع الثمن او لم يقبض وذلك لانه لما قتل سقط خيار الشرط والرؤية بحدوث العيب وتم البيع فكانه قتل ولا خيار :. قال وان كان الخيار للبايع فان شا البايع اتبع القاتل فقتله وان شا ضمن المشتري القيمة ولا قصاص للمشتري :. قال وكذا حفظي عن ابي حنيفة في الغاصب ورايت ان الغاصب والبايع سوا . اما البايع فلان العبد على ملكه وهو مضمون على المشتري بالقبض . فان لم يضمن المشتري كان له القصاص لان العبد قتل على ملكه فان اختار تضمين المشتري فقد نقل الملك فيه اليه بالضمان وانتقال الملك بعد ثبوت القصاص يسقط القصاص لان المستحق بالضمان قام مقام البايع فيستحق القيمة اذا خرج القصاص شبهه . وعلى هذا اذا قتل العبد في يد الغاصب فللمولى القصاص لان العبد على ملكه وان كان في ضمان الغاصب فاذا ابرا الغاصب ثبت له القصاص :. واما اذا ضمن الغاصب فقد نقل الملك اليه بالضمان وذلك يسقط القصاص الا ان الغاصب قام بالضمان مقامه فكان له القيمة اذا تعذر استيفا القصاص :. قال ولو ان عبدا موصى برقبته لرجل وبخدمته او غلته لآخر وهو يخرج من الثلث وقبل الوصية فقتله رجل عمدا فان اجتمعا على القصاص قتلا وان اختلفا فعلى القاتل قيمته يشترى بها عبد فيكون في مثل حاله وذلك لان الموصى له بالرقبة اذا اقتص اسقط حق الموصى له بالمنفعة والغلة فكان لصاحب المنفعة ان يمنع من ذلك :. فان اجتمعا على القصاص وقد اسقط صاحب المنفعة حقه فلم يبق الا حق صاحب الرقبة فكان له القصاص :. وان اختلفا تعذر استيفا القصاص فوجبت القيمة يشترى بها عبدا تنفذ فيه الوصيتين لانه مال امكن تنفيذ الوصايا فهو اولى من ابطالها :. ويمكن التنفيذ بان يشترى بالقيمة عبدا . قال والعفو عندي عن القاتل افضل لقوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له قيل في التاويل للمقتول وقيل للولي ثم قال تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى . قال ولا يحكم بقصاص في قتل ولا جراحة حتى يكون البرء منها وكذلك لا يحكم بارش وقال الشافعي يقتص منها في الحال لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستقاد من الجراح حتى يبرا . وروي ان رجلا جرح حسان بن ثابت في فخذه بعظم فجا الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال انتظروا ما يكون من صاحبكم :. ولانه يثبت من اصلنا انه لو مات من الجراحة وجب القصاص في النفس دون الجراحة فلو استوفينا القصاص فيها استوفيناه ولا نعلم انه مستحق وهذا لا يجوز :. فاما جراحة الخطا فلا شبهة فيها وذلك لان الجناية فيما دون النفس قد توجب اكثر من الدية فاذا سرت وجبت الدية فلو استوفينا ما وجب بالجراحة قبل البرء استوفينا ما لا نعلم انه مستحق وهذا لا يجوز . ومما يلحق بهذا الباب ما قال محمد في دم عمد بين اثنين شهد احدهما على الآخر انه عفا فان صدقه القاتل والمشهود عليه بطلت حصة المشهود عليه وانتقل نصيب الشاهد مالا وله ان ياخذ نصف الدية لانهما لما صدقاه فكان العفو معلوما فيسقط به حق العافي وينتقل نصيب شريكه مالا وان كذباه جميعا فقد بطل نصيب الشاهد ونصيب المشهود عليه مالا لان الشاهد لما شهد فقد ابطل حقه من القصاص فما ادعى لنفسه المال واقراره على نفسه بابطال القصاص جايز ودعواه المال باطل وصارت شهادته كالعفو منه لان القصاص يبطل بقوله فانتقل نصيب شريكه مالا :. فان صدقه القاتل وكذبه المشهود عليه فانه يقضي على القاتل بدية كاملة لكل واحد منهما النصف

لان القاتل لما صدق الشاهد فقد اقر ان نصيب الشاهد صار مالا وادعى ابطال حق الآخر فلا يصدق القاتل على ابطال حق الآخر . ولان نصيب الشاهد لما انتقل مالا انتقل نصيب شريكه لان بطلان القصاص ابطل من جهته واما اذا كذبه القاتل وصدقه المشهود عليه فالقياس ان لا يلزم القاتل شي والاستحسان ان على القاتل نصف الدية للشاهد ولا شي للمشهود عليه . وجه القياس ان الشاهد ابطل حقه لانه اقر بابطال القصاص وادعى ان نصيبه صار مالا وكذبه القاتل بذلك فبطل حقه وكانه عفا فلما صدقه المشهود عليه فقد ابطل حقه حين اقر بالعفو فبطل حقهما جميعا وهذا قول زفر . وجه الاستحسان ان الشاهد بالعفو لما كذبه القاتل فقد اقر القاتل ان نصيب المشهود عليه صار مالا فلما قال المشهود عليه قد عفوت صار كانه قال المال الذي اقررت لي به القاتل هو للشاهد فيصير كاقرار رجل اقر لرجل بمال فقال المقر له هذه لزيد وليس لي عليك شي :. ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه انه قد عفا فان كانت احدى الشهادتين قبل الاخرى فالكلام فيه كالكلام في المسالة الاولى وان كانت الشهادتان معا فهو على ثلثة اوجه اما ان صدقهما القاتل جميعا او يكذبهما او صدق احدهما وكذب الآخر . فاما اذا كذبهما جميعا فلا شي لواحد منهما لان كل واحد منهما اقر بابطال القصاص وادعى المال فلا تقبل دعواه على المال ويجوز اقراره بابطال القصاص :. واما اذا صدق احدهما خاصة وكذب الآخر فانه يغرم للذي صدقه نصف الدية ولا شي للذي كذبه لان كل واحد منهما ادعى عليه المال وهو قد صدق احدهما فثبت له المال بتصديقه وبطل حق الآخر بتكذيبه واما اذا صدقهما جميعا فالقياس ان يغرم لهما الدية والاستحسان ان لا يغرم شيا :. وجه القياس انه تعتبر تصديقهما بتصديق احدهما فلو صدق احدهما صار نصيبه مالا فكذلك اذا صدقهما :. واما وجه الاستحسان فلان هذا التصديق فيه تكذيب لان كل واحد منهما يقول لم اعف وانما عفا صاحبي فلما صدقهما فكانه قال لكل واحد منهما عفوت ولم يعف ولو قال هكذا لم يجب شي كذا هذا . ولو كان الدم بين ثلثة فشهد اثنان منهم على احدهم انه عفا فان حال الشاهدين بمنزلة الشاهد الذي يشهد على صاحبه فهو على اربعة اوجه كما ذكرنا في تلك المسالة واذا شهد شاهدان على القاتل انه صالح على الدية وانهما كفلا بها فهو على وجهين ان لم تكن الكفالة شرطا في الصلح جازت شهادتهما وان كانت الكفالة شرطا في الصلح لم تقبل شهادتهما :. لان الكفالة اذا لم تكن شرطا في الصلح فلا علقة لهما بالصلح فشهادتهما كشهادة غير الكفيلين :. واما اذا اشترطت كفالتهما في الصلح فقد شهدا على عقد تمامه بهما لان الصلح لا يتم الا بقبولهما فكانهما شهدا بفعل انفسهما . قال وعفو الاب والوصي عن دم الصغير باطل لانه ابطال حق الصغير من غير عوض وذلك لا يجوز :. فان لم يعف ولكن صالح فان كان للصغير اب فله ان يقتص وله ان يصالح سوا كان القصاص في النفس او فيما دون النفس . لان الاب له ولاية كاملة فتصرفه في حق الصغير كتصرفه في حق نفسه فاما الوصي فان كان القصاص فيما دون النفس فله ان يقتص وله ان يصالح لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال الا ترى انه لا يعتبر فيه المساواة :. وللموصى التصرف في الاموال وكذلك ما في حكمها :. واما اذا كان القصاص في النفس مثل عبد اليتيم اذا قتل فليس للوصي ان يقتص لان القصاص ليس بمال وتصرف الوصي يختص بالمال :. وان صالح الوصي جاز صلحه في رواية كتاب الزيادات ولا يجوز في رواية كتاب الصلح . وجه رواية كتاب الزيادات ان في الصلح منفعة لانه يجعل الحق الذي ليس بمال مالا وتصرف الوصي فيما فيه مصلحة لليتيم جايز بدلالة قوله تعالى قل اصلاح لهم خير :. واما وجه رواية كتاب الصلح فلان الوصي لا يملك القصاص فلم يجز له ان ينقله الى بدل الا ترى انه لما لم يملك العتق لم يجز ان يعتق على مال . وقالوا فيمن قتل عمدا ولا ولي له الا السلطان فهو بالخيار ان شا قتل قاتله وان شا صالح على الدية وليس له ان يعفو وقال ابو يوسف ان كان المقتول من اهل دار الاسلام فللامام ان ياخذ الدية وليس له ان يقتص :. وان كان رجلا من اهل دار الحرب فاسلم فله ان يقتص وله ان ياخذ الدية . لابي حنيفة ومحمد ما روي ان عبيد الله بن عمر لما قتل الهرمزان حين قتل عمر لخروج الهرمزان وفي يده الخنجر وظن انه الذي قتل عمر فقتله فرفع ذلك الى عثمان فقال علي لعثمان اقتل عبيد الله فقال عثمان قتل ابوه بالامس واقتله اليوم لا افعل ولكن هذا رجل من اهل الارض وانا وليه اعفو عنه واودي ديته ولان الامام هو الولي لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له :. فصار كالولي من طريق النسب فله ان يقتل وله ان يصالح وليس له ان يعفو لانه حق المسلمين الا ترى انهم يستحقون ميراثه ولا يملك الامام اسقاط حقهم من غير عوض :. ولابي يوسف ان من كان من اهل دار الاسلام لم يخل من ان يكون في دار الاسلام من يستحق ميراثه فلم يقتص الامام مع الشبهة :. ومن دخل من اهل دار الحرب فالظاهر انه لا وارث له في دار الاسلام فجاز للامام ان يقتص . واذا كان الدم بين اثنين احدهما غايب فادعى القاتل ان الغايب قد عفى واقام البينة قبلت بينته :. لان هذه البينة تشهد لابطال نصيب الحاضر من القصاص الا ترى ان الغايب اذا عفا سقط القصاص من النصيبين جميعا فقد توجه القضا على الحاضر ولا يتوصل اليه الا بالقضا على الغايب فصار الحاضر خصما عنه :. قال وان لم يكن له بينة واراد ان يستحلف الحاضر فلا يمين عليه لانه يمكنه ان يحلف الغايب ولا يحنث فوت [illegible] الثمن وليس كذلك البينة فان

يعتق فوتها بموت الشهود أو غيبتهم قبل حضور الغائب. فإن كان الدم بين اثنين فعفا أحدهما ثم قتله الآخر
ولم يعلم بالعفو أو علم بالعفو ولم يعلم أن القتل حرام عليه فعليه الدية كاملة في ماله وفي مال القاتل نصف الدية
فيقاصان بالنصف ويرد النصف ولا يجب القصاص لأن القتل حصل مع الشبهة ألا ترى أنه إذا لم يعلم بعفو شريكه
فقد قتل والقتل مستحق في الظاهر وإذا علم بعفوه فبطلان القصاص في نصيبه يعلم بالاجتهاد ألا ترى أن
الظاهر إسقاط الواحد لنصيبه لا يوجب إسقاط حق غيره فصار دعواه الشبهة مستندة إلى أصل فأسقطت
القصاص. وقال زفر يجب عليه القصاص علم بالعفو أو لم يعلم لأنه قد بطل حقه حكمًا وقتل بغير حق.
وأما إذا علم بالعفو وعلم أن العفو يسقط القصاص فعليه القصاص لأنه قتل من غير شبهة. قال أبو حنيفة
فيمن له قصاص في اليد فقطعها فمات المقطوع منها ضمن ديته وقالا لا يضمن. لأبي حنيفة أنه حق يستوفيه
لنفسه حتى يتخير بين استيفائه وتركه فكان ما يتولد منه مضمونًا عليه كضربه لامرأته. ولا يلزم قطع
الإمام يد السارق لأنه لا يستوفيه لنفسه. ولأنه لم يتخير فيه. ولأنه حق يستوفيه لنفسه على طريق
البدل فكان مضمونًا عليه كالديون. وجه قولهما أنه مأذون في القطع كالإمام في يد السارق. وقد
قال أصحابنا في الأب إذا ضرب ابنه فمات ضمن لأنه مأذون في تأديبه من جهة الله تعالى على شرط السلامة
ولو ضربه المعلم بإذن الأب لم يضمن لأن الأب أذن له إذنًا مطلقًا. فأما الإمام إذا قطع السارق فلو
جعل له القطع بشرط السلامة لامتنع من القطع وذلك يؤدي إلى تعطيل الحد. ولأنه يستوفي الحد
لحق الله تعالى والنفس على ملكه فلم يلزم مضمونه عليه. قال أبو حنيفة فيمن له قصاص على رجل في النفس
فقطع يده ثم عفا عنه ضمن دية اليد وقالا لا ضمان عليه. لأبي حنيفة أنه كان مخيرًا بين القصاص أو العفو
فإذا عفا استند ذلك إلى الأصل فكأنه اختار العفو ابتداء ثم قطع وعلى هذا قلنا في العبد المشروط
فيه الخيار إن صدقة الفطر على من يصير له العبد لأن اختياره يستند إلى العقد فكأنه ملكه من ذلك
الوقت. ولأنه استوفى اليد وليست بحق له بدلالة أنه يتوجه على قطعها ويمنع منه قبل القطع فإذا
عفا استوفى حقه بالعفو فبقيت اليد مستوفاة بغير حق فضمنه. وليس كذلك إذا قتل لأنه لا
يضمن اليد لأنها وإن لم تكن حقه فإنها تلف بإتلاف حقه فلم تلزم مقومة عليه قبل العفو. وجه
قولهما أن الضمان لم يلزمه بالقطع فلما عفا انصرف عفوه إلى ما بقي من حقه فلم يضمن وصار كمن استوفى
بعض دينه ثم أبرأ. قال أصحابنا رحمهم الله إذا عفا المجروح ثم مات فالقياس أن لا يصح عفوه
لأن القصاص يثبت ابتداء للورثة لولا ذلك لم يثبت لهم بعد الموت فكأنه أبرأ من حق غيره. وإنما
استحسنوا وجوزوا عفوه لأن الحق له وإنما تقوم الورثة في استيفائه مقامه فإذا أسقطه جاز
ويكون من جميع المال لأنه حق ليس بمال كالطلاق. وقد قالوا في الوارث إذا عفا عن الجارح قبل
موت المجروح فالقياس أن لا يصح عفوه لأنه عفا عن حق غيره ألا ترى أن المريض لو عفا في هذه الحالة (?)
عفوه وإنما يثبت للوارث الحق بعد موته فإذا عفا قبل ثبوت حقه لم يجز كما لو أبرأ من دين الميت قبل
موته وإنما استحسنوا وقالوا يجوز براءته لأن الحق يثبت للورثة عند الجرح لولا ذلك لم يثبت لهم عند
الموت فإذا أبرأ عند ثبوت الحق جاز.

جناية العبد

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا جنى عبد على حر أو عبد جناية خطأ في نفس أو فيما دون النفس يقل أرشها أو يكثر فذلك
في رقبة العبد الجاني ليس في ذمة المولى منه شيء ويقال للمولى ادفعه بجنايته أو افده بجميع أرش الجناية قليلا
كان الأرش أو كثيرًا بالغًا ما بلغ. وقال الشافعي في جناية العبد يباع فيها إلا أن يفديه المولى. لنا ما روي في
حديث ابن عباس أنه قال إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه. وعن عمر أنه قال عبيد الناس أموالهم
وجنايتهم في قيمتهم. وعن علي مثله. ولأن الجناية التي تملك استيفاؤها من الرقبة يتعلق بها جنايته
العمدية الحر والعبد. وإذا ثبت أن الجناية تعلقت برقبته فإذا خلى المولى بين ولي الجناية وبينه سقط عنه
المطالبة بها كجناية العمد. ولأنه إنما طولب بالجناية لأجل ملكه فإذا أسقط حقه عنه زالت المطالبة
كالوارث إذا خلى بين الغرماء وبين التركة. وأما إذا اختار الفداء فلأنه لا حق لولي الجناية إلا في الأرش
فإذا استوفاه سقط حقه. وليس جناية العبد كدينه لأن جناية الحر الخطأ يطالب بها غيره فكذلك جناية
العبد يطالب بها المولى. وديون الحر لا يطالب بها غيره فكذلك ديون العبد تتعلق به. قال فإن لم
يختر حتى مات العبد بطل حق المجني عليه ولم يكن له على المولى شيء من أرش جنايته. وذلك لأن الحق كان
يلزم المولى في الرقبة فإذا تلفت سقط ما لزمه عنها كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه. ولأن جنايته
تسقط بموت العبد كالعمد. فإن مات العبد بعدما اختار المولى الفداء فالفداء عليه لا يبرأ منه بموت العبد
وذلك لأن الاختيار نقل الحق من الرقبة إلى ذمة المولى فإذا مات العبد لم يسقط ما في ذمة المولى من
الدين كسائر ديونه. قال فإن جنى العبد على جماعة فالمولى أيضًا بالخيار إن شاء دفع العبد إلى جماعتهم وكان
مقسومًا عليهم على قدر ما لكل واحد منهم من أرش الجناية. وإن شاء أمسكه وغرم أرش الجنايات
كلها وذلك لأن تعلق الجناية برقبته لا يمنع تعلق مثلها كما لا يمنع الدين من الدين وكما لا يمنع حق

ولي الجناية وإذا تعلق حق الجماعة بالرقبة كان على المولى أن يدفع إليهم فيقتسمون الرقبة على قدر حقوقهم
أو يفديه بجميع أروشهم وللمولى في هذا الفصل أن يخالف بين الاختيار فيفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم
مقدار ما يتعلق به حقه من العبد وذلك لأن كل واحد منهم لا يتعلق حقه بحق صاحبه فجاز أن يختار في حق
أحدهم غير ما يختار في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم. وليس هذا كالعبد إذا قتل رجلا خطأ وله
وليان فاختار المولى الفداء من أحدهما والدفع إلى الآخر أن ذلك لا يجوز لأنها جناية واحدة خيّر فيها بين
الدفع والفداء فلم يملك تبعيض موجبها. وفي مسألتنا هي جنايات مختلفة فإذا اختلف خياره فيها لم يتبعض
موجب الجناية. وأما كيفية القسمة فعلى ما بينا أن يدفع إليهم بقدر حصصهم. فإن كان قتل رجلا خطأ
وفقأ عين آخر ثم اجتمعا فاختار المولى الدفع فإنه يدفع العبد إليهم أثلاثًا لأن ولي المقتول يستحقه في الدية
وهي عشرة آلاف ويستحق المفقوءة عينه في نصف الدية وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح فضرب بجميع حقه
فانقسم أثلاثًا. ولو كان شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع دفع إلى صاحب الموضحة سدس
العبد وإلى صاحب الهاشمة ثلثه وإلى صاحب المنقلة نصفه لأن لصاحب الموضحة خمسًا من الإبل ولصاحب الهاشمة العشر
ولصاحب المنقلة خمس عشرة فيقتسمون الرقبة على ذلك. قال فإن غصب العبد غاصب فمات في يد الغاصب
أو قتله قاتل فغرم قيمته فإن القيمة بين أصحاب الجناية يقسم بينهم على ما كانت الرقبة تقسم عليهم وليس في القيمة
للمولى خيار ليس فيها غير الدفع وذلك لأن القيمة إذا كانت أقل من الأرش فلا فائدة في تخيير المولى بين تسليمها وتسليم
ما أدى عليها فتعين الدفع. وليس كذلك العبد لأن في تخيير المولى فائدة ألا ترى أن الإنسان قد يختار العبد القليل
القيمة لغرض فيه فيبذل الكثير في قيمته وإنما تعلق حق ولي الجناية بقيمة العبد لأنها بدل عن الرقبة التي تعلق
حقه بها. قال ولو قتل العبد عبدًا لرجل فإن مولى العبد الجاني يقال له ادفع عبدك بالعبد المقتول أو افده بقيمة
المقتول لأن حكم العبد الثاني في الجناية حكم العبد الأول فإن فداه بقيمة المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية
الأولى لما بينا أنها قامت مقام الجاني وليس في التخيير فائدة. فإن اختار مولى الثاني دفعه إلى مولى المقتول بعبده
خيّر مولى الأول في العبد الذي أخذه بعبده إن شاء دفعه بالجنايات وإن شاء فداه بجميع أرشها. وذلك لأن الثاني
قام مقام الأول فيتعلق به من حكم الجنايات ما تعلق بالأول وفي التخيير فائدة فخيّر المولى فيه كما يخير في الأول.
قال ولو لم يقتل العبد الجاني ولكن قطع عبد يده فدفع بيده فإن مولى العبد القاتل يخير في الدفع والفداء على
ما وصفت لك. فإن اختار الدفع دفع العبد وما دفع بالجناية عليه وكذلك لو قطع يد العبد القاتل رجل
فغرم أرش يده فإن المولى إذا اختار الدفع يدفع أرش القاتل معه. وذلك لأن العبد القاطع قام مقام اليد
وقد كان حق ولي الجناية متعلقًا بها فيتعلق بما قام مقامها. قال ولو كان مولى العبد الأول اختار
الدفع وللعبد كسب كسبه بعد جنايته أو كان الجاني أمة فولدت بعد الجناية ولدًا ثم اختار المولى الدفع
لم يدفع الكسب ولا الولد فيدفع الأم دون كسبها وولدها. وذلك لأن الحقوق المستقرة في الرقاب
لا تسري إلى الأكساب والحقوق التي لم تستقر أولى. فأما الولد فلأن حق الجناية غير مستقر في
الرقبة ألا ترى أن المولى مخير إن شاء عينه في الرقبة وإن شاء نقله عنها والحقوق التي لم تستقر لا تسري
إلى الولد. ولأنها جناية فلا تسري إلى ولد الجانية كجناية العمد. قال وإذا قتل العبد قتيلا خطأ فخيّر
المولى بين الدفع والفداء فاختار الفداء ثم علم أنه فقير لا شيء معه فإن الدية لازمة وهو دين على المولى
وهذا قول أبي حنيفة وسواء كان اختيار المولى عند قاض أو غيره. وقال أبو يوسف ومحمد إن أدى المولى
الدية وإلا دفع العبد إلا أن يرضى الأولياء أن يتبعوا المولى بالدية. فإن رضوا بذلك لم يكن لهم بعد ذلك
أن يرجعوا في العبد. وقد روي عن أبي يوسف أنه قال يقال للمولى إما أن تدفع الدية حالة وإلا بيع
العبد فيها. لأبي حنيفة أن الجناية غير مستقرة في الرقبة وللمولى الخيار فيها فإذا اختار أشغل الحق
منها إلى الذمة فلم تعد. وإن كان معسرًا كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري ثم ظهر إعساره.
وجه قولهما أن المولى يملك نقل الجناية من الرقبة إلى الأرش. فأما أن يملك إسقاط الحق فلا.
ومتى كان معسرًا أسقط الحق عن الرقبة ولم يسلم للولي شيء فلم يجز ذلك. فأما الرواية التي قال يباع
العبد فعلى أصل أبي يوسف في الحجر لأن الأرش صار دينًا عليه فإذا لم يقضه بيع ماله فيه. وأما قوله
وسواء كان ذلك بقضاء أو بغير قضاء فقد ذكر المسألة في اختلاف أبي يوسف وزفر قال أبو يوسف
إن كان الاختيار بقضاء لم يصح وإن كان بغير قضاء صح وقال زفر هما سواء. لأبي يوسف أن الاختيار
إذا كان بغير قضاء صار في حكم ما لو تراضيا به لأنه من اشترى دارًا بعبد فأخذها الشفيع بالشفعة
بغير قضاء ثم استحق العبد لم ينقض أخذه كما لا ينقض الشراء. ولو كان الأخذ بقضاء فاستحق العبد بطل
الأخذ لأن الحاكم كأنه بان له أن القضاء وقع بغير حق كذلك في مسألتنا إذا وقع التخيير عند الحاكم ثم بان
الإعسار فالحاكم لا يسقط حق ولي الجناية من غير عوض لم يسلم له. وإذا كان بغير قضاء فاختيار
المولى كالتراضي ولو تراضيا بذلك جاز. وجه قول زفر أن صحة الاختيار لا يقف على القضاء
فصار وجود القضاء وعدمه سواء. قال فإن قطع عبده يده فاختار المولى الدفع فدفعه إلى ولي الجناية

بزمانة المقطوع من القطع والدفع على حاله :: وذلك لان الرقبة على ملك المجني عليه ولو كانت على ملك الجاني ففداها
سقط الحق عنه فاذا تقدم التسليم قبل ذلك لم يلزمه شي :: قال ولو كان المولى اختار ان يدفع الى ولي الجنايه
ارش يده قد دفعه ثم انتقض القطع فمات المقطوع من القطع فالقياس ان يكون هذا اختيارا للفدا او يلزمه الديه
وهو قول ابي يوسف الاخر :: والاستحسان ان يخير خيارا مستقبلا وهو قول ابي يوسف الاول وقول محمد
وجه القياس ان المولى لما اختار الارش استقلت الجنايه عن الرقبه الى ذمته فلزمه حكم السرايه باختيار اصلها فكانه
اختار بعد السرايه :: ولانه لو اعتق بعد القطع ثم مات المقطوع كان ذلك اختيارا كذلك اذا اختار الارش لان كل
واحد من الامرين يوجب نقل الجنايه من الرقبه الى الذمه :: وجه الاستحسان ان المولى انما اختار الارش
لعلمه فاذا ازداد تغير حكم الاختيار والدفع ممكن فكان له ان يختار وهذا كما قالوا فيمن بلغه بيع الدار بالف فسلم
الشفعه ثم بان انها بيعت باقل كان له الخيار مستقبلا كذلك هذا :: ولانه اختار ارش اليد وذلك ليس بحق
لولي الجنايه وانما حقه النفس فاختياره لما ليس بحق له لا يتعلق به حكم :: قال فان قتل العبد رجلا خطا
وعلى العبد القاتل دين فان المولى يخير في الدفع الى اوليا الجنايه او الفدا :: فان اختار الدفع قد دفعه تبعه غرماوه
فباعوه في دينهم فان فضل من الثمن شي كان لاصحاب الجنايه وان لم يفضل من الثمن شي لم يكن لاوليا الجنايه
شي :: وان نقص ثمنه عن دينه لم يكن للغرما على المولى ولا على احد شي حتى يعتق العبد فيتبعوه بما بقي من دينهم
وذلك لان حق الغرما في الرقبه لا يمنع من ثبوت الجنايه كما لا يمنع حق المولى من ثبوت حكم الجنايه فاذا اجتمع الحقان
بدا القاضي بدفعه في الجنايه ثم يبيع في الدين لان دفعه بالجنايه لا يبطل حقوق الغرما وبيعه في الدين يبطل حق
ولي الجنايه فكان البدايه بما يجمع الحقين اولى من البدايه بما يسقط احدهما :: فاذا بيع العبد ففضل شي من ثمنه
فهو لولي الجنايه لانه بيع على ملكه :: فان فضل عن دينه شي ناخذ الحال الحديه لان المولى لا يلزمه من دين
العبد الا مقدار الرقبه والكسب :: وقد قالوا ان المولى لو دفعه الى اوليا الجنايه بغير قضا قاض لم يضمن
لاوليا الدين استحسانا ذكره في الماذون :: وجه القياس انه ملك الرقبه بعد تعلق الدين بها فكانه باعها
وجه الاستحسان انه فعل ما لو دفع الى القاضي لفعله فوقع الدفع عن مستحقه :: قالوا ولو دفع المولى
العبد الى اوليا الدين بدينهم كان مختارا للجنايه ولزمه الارش ان كان عالما بالجنايه والقيمه ان لم يكن عالما لان
دفعه بالدين تمليك للرقبه والمولى اذا ملك عبده الجاني صح تمليكه وضمن الجنايه :: وقد قالوا لو خاصم
صاحب الدين في ماله واقام البينه ولا يعلم بالجنايه فباعه القاضي في الدين ثم حضر صاحب الجنايه ولا فضل في
الثمن عن الدين فقد سقط حق ولي الجنايه :: لان القاضي لا يلزمه ضمان بفعله فلو فسخ البيع ودفع بالجنايه رد
البيع وسقط حقهم :: وليس هذا كبيع المولى لان الضامن يجوز ان يلزمه بفعله فصار بحق البيع ضامنا وذكر
هذه المسله في المتفرقات :: قال فان اقر العبد بجنايه خطا وهو ماذون له في التجاره او محجور عليه فاقراره باطل
فان عتق بعد ذلك لم يتبع بشي من الجنايه :: اما المحجور اذا اقر بجنايه الخطا فلانه اقرار على المولى فلا يتعلق به حكم
كاقراره بالدين :: واما الماذون فاقراره جايز بالديون التي يلزم بالسبب الذي اذن المولى فيه وهو التجاره
وما تعلق بها :: فاما الجنايه فلم ياذن فيها المولى فالماذون فيها كالمحجور :: وانما لم يطالب باقراره بعد عتقه
لان جنايه العبد لازمه للمولى فلم يقر بشي على نفسه فلا يلزمه بعد عتقه :: وكذلك لو اقر بعد العتق انه
جنى في حال الرق لم يلزمه شي لانه اضاف الجنايه الى حالة متيقنة وتلك الحاله لا يلزمه فيها بجنايته شي ::
قال واذا قتل العبد قتيلا وهو مقطوع اليد فاعور ثم اخذ المولى ارش يده وعوره ممن فعل ذلك
فاختار دفعه بالجنايه دفعه على حاله التي جنى عليها ويسلم ما اخذ المولى للمولى :: وذلك لان حق ولي الجنايه
لم يتعلق الا برقبته ناقصه وقد سلمت له على الوجه الذي تعلق حقه بها فلم يثبت له في الارش الذي
هو بدل عما لم يتعلق حقه به :: قال فان قتل قتيلا خطا ثم قطعت يده بعد الجنايه فاخذ المولى الارش
ثم قتل اخر بعد قطع يده فان ارش يده يدفع الى ولي الجنايه الاولى ثم يدفع العبد اذا اختار المولى الدفع
الى اوليا القتيلين على تسعه وثلثين جزءا :: وذلك لان حق ولي الجنايه الاولى تعلق بالرقبه وهي
كامله فتعلق حقه بالارش :: لانه بدل عما تعلق حقه به :: فاما ولي الجنايه الثانيه فانما تعلق حقه برقبته
ناقصه ولا حق له في الارش وانما يزاحم في الرقبه وقد فرض المسله في ان قيمه العبد الف وارش يده خمسمايه
اذا استوفاها الاول بقي من حقه تسعه الاف وخمسمايه وحق الثاني في عشره الاف فاجعل كل خمسمايه
جزءا فيكون للاول تسعه عشر جزءا وللثاني عشرون جزءا فيقتسمان الرقبه على ذلك :: قال فان اختلف
ولي الجنايه والمولى فقال المولى قطعت يده قبل الجنايه وقال ولي القتيل بعد الجنايه فالقول قول المولى
مع يمينه وعلى ولي الجنايه البينه وذلك لان ولي الجنايه يدعي استحقاق مال في يد المولى والاصل
عدم الاستحقاق :: ولانه يدعي تقدم الجنايه على القطع وذلك تاريخ لا يعلم الا بقوله :: قال ولو شج
رجلا موضحه خطا وقيمته الف ثم قتل اخر وقيمته الفان فان اختار المولى الدفع دفعه بينهما على احد
وعشرين جزءا واحد لصاحب الموضحه :: وعشرون لولي القتل ويشتركون في الزياده :: ولو كان نقص بعد
القتل قبل الشجه فهو مثل ذلك يكون ناقصا يشتركون في النقصان وذلك لان حق ولي الجنايه يتعلق

الرقبه فنقصان قيمتها بعد تعلق حقه كنقصانها قبله :: فاما النقصان فهو كتلف جزء من الرقبه ولو تلفت
الرقبه كلها كانت من حقهم فكذلك اذا نقصت :: ولذا ثبت هذا ضرب صاحب الموضحه بخمس مايه وصاحب
النفس بعشرة الاف فاجعل كل خمسمايه جزءا فيكون الجمله عشرين جزءا يقتسمان الرقبه على ذلك ::

وما يلحق بهذا الباب

قال محمد في الاصل في العبد اذا قتل رجلا ثم قتلته امه لمولاه خطا قيل للمولى ادفعها او افدها بقيمة العبد وذلك لان تعلق
حق اوليا الجنايه برقبة العبد جعل مولاه فيه كالاجنبي فكانت امة لغير المولى قتلته :: ومولاها يخير بين دفعها او فداها
بقيمة المقتول فلذلك خير مولى العبد بين الامرين :: فان قتل العبد رجلا خطا وقتلت امة لمولاه رجلا خطا ثم ان
العبد قتل الامه فان اختار المولى الفدا فداهم بالديه وبقيمة الامه لان الجنايتين تعلقتا برقبته فيفدا بارشهما :: فان اختار الدفع
ضرب في العبد اوليا قتيل العبد بالديه واوليا قتيل الامه بقيمة الامه لان كل واحد منهم ثبت له في رقبته هذا القدر فيضرب
فيها بمقدار حقه :: وقالوا في العبد اذا جنا ففداه المولى ثم جنا قيل لمولاه ادفعه او افده :: لان الرقبه تفرغت من
الجنايه بالفدا فصار حكم الجنايه الثانيه كحكم الاولى :: وليس كذلك اذا جنا ثم جنا قبل الاختيار لان الرقبه لم تفرغ
من الجنايه فتعلقت الجنايتان برقبته فيدفع فيهما :: وقالوا في العبد اذا جنا فقال الذي هو في يده هذا عبد
فلان اودعنيه وان اقام البينه على ذلك دفع الخصومه عن نفسه لانا بينا ان العبد وصل من جهة غيره
وان الغايب اقامه مقام نفسه في الحفظ دون احكام الجنايه فلم يلتفت حكمها :: فان لم يقم بينه قيل له ادفعه
او افده لان حكم الجنايه متعلق به فاذا احال به على غيره لم يقبل بغير بينه :: فان اختار الفدا ثم حضر الغايب
فصدقه فهو متطوع في الفدا :: لانه فدا ملك غيره بغير امره وقد كان يمكنه ان يتخلص من الفدا بالدفع فاذا
اختاره كان متبرعا :: وان اختار الدفع ثم حضر الغايب فصدقه قيل له ان شئت فافسخ الدفع لان التصديق
استند الى الاقرار الاول فصار مالكا للعبد من ذلك الوقت وقد دفعه من ليس بمالك :: فان شا اجاز دفعه
وان شا فسخ وفداه :: وقالوا فيمن في يده عبد اقر به لرجل فاقر عليه بجنايه فهو على ثلثة اوجه ان صدقه
المقر له في الملك والجنايه قيل للمقر له ادفع او افده بالارش لانهما تصادقا على الملك وعلى الجنايه فكان ذلك
كانه معلوما :: ولا يكون الذي في يده العبد باقراره بعد الجنايه مختارا لان الاقرار لا ينقل الملك وانما هو اخبار عن
ملك سابق :: وقال زفر يكون مختارا لان الملك له في الظاهر وقد انتقل بالاقرار بعد الجنايه :: واما ان
صدقه المقر له في الملك وكذبه في الجنايه فلا شي على واحد منهما في الجنايه :: لان الذي في يده العبد اقر بجنايه
على ملك غيره والمالك لم يقر في عبده بشي الا ان يكون الذي في يده العبد قد كان ادعى هذا العبد لنفسه فيكون
مختارا لانه في حكم من نقل الملك باختياره :: واما اذا كذبه المقر له في الملك قيل له ادفعه او افده لان
الاقرار بطل بالتكذيب فكانه لم يكن :: وقالوا في العبد اذا قتل رجلا له وليان فدفعه المولى الى احدهما فقتل
في يده اخر ثم حضر ولي المقتول الثاني واوليا المقتول الاول قيل للمدفوع اليه ادفع نصف العبد الى ولي
المقتول الثاني او افده بنصف الديه :: لان الدفع صح في نصف العبد فجنا على ملكه فيخاطب بحكم جنايته ثم يقال
له رد النصف الاخر على المولى :: لانك اخذته بغير حق ويقال للمولى ادفعه الى ولي الجنايه الثانيه وولي
المقتول الاول الذي لم يدفع اليه او افده منهما فان اختار الفدا فلا ضمان عليه لان ولي الجنايه الاولى استوفى
حقه بالفدا فلم يبق له شي يطالب به وان اختار الدفع دفع هذا النصف اليهما نصفين لان حق كل واحد منهما
ثابت في نصف النفس فيقتسمانه ولولي الجنايه الثانيه ثلثة ارباع العبد ولولي الجنايه الاولى ربع العبد ثم
لا يخلو اما ان يكون دفع العبد كله الى الاول بقضا او بغير قضا فان كان دفع بقضا قاضي فلا ضمان عليه ::
وانما الضمان على ولي الجنايه الاولى لانه قبضه فارغا ورده مشغولا بالجنايه وقد كان قبضه بغير حق
فان كان الدفع بغير قضا فلولي الجنايه الاولى الخيار ان شا اخذ ربع القيمه من المولى وان شا اخذ من القابض
حتى يسلم له نصف العبد وربعه لحم ودم وربعه دراهم :: فان اتبع المولى رجع المولى على القابض لان العبد
كان في ضمانه وان اختار اتباع القابض لم يرجع على المولى بشي :: لان حاصل الضمان عليه :: قال ولو قتل العبد
قتيلين خطا فدفعه المولى الى احدهما فقتل عنده قتيلا اخر واجتمعوا جميعا فان القابض يرد نصف العبد ويدفع
النصف بالجنايه لما ذكرنا ان قبضه في النصف صحيح وقد جنا على ملكه والنصف الاخر قبضه بغير حق فيرده ثم يقال
للمولى ادفع النصف الذي رد عليك او افده فان اختار الفدا فدا الثالث بخمسة الاف لان النصف قد وصل اليه من جهة
الذي اخذ العبد ويفدي لولي الثاني الذي لم ياخذ شيا بعشرة الاف لان حقه قد وجب في جميع الديه في الابتدا ولم يدفع
اليه شي فان اختار الدفع فانه يدفع اليهما فيضرب فيه الثاني بعشرة الاف والثالث بخمسة الاف فيصير هذا النصف
بينهما اثلاثا ثلثاه للثاني وثلثه للثالث وقد بقي من حق الثاني السدس لان حقه كان نصف العبد وقد سلم له ثلثا
النصف وبقي له ثلث النصف وهو سدس جميع العبد :: فان كان الدفع بغير قضا قاض فله ان يتبع ايهما شا فان
اخذ من المولى رجع المولى على القابض وان اخذ القابض لم يرجع على المولى :: وان كان الدفع بقضا فله ان يتبع
القابض خاصة لما ذكرنا في الفصل الاول :: واما اذا قتل العبد قتيلا خطا وفقا عين اخر فدفعه المولى الى المفقو

فقتل عمدا قتلا آخر فان المقبوضة عينه قد اخذ ثلثه بحق وثلثيه بغير حق فالثلث الذي اخذ بحق يوم دفعه او فدايه
وعليه ان يرد ثلثي العبد الى الولي ثم يخير المولى بين الدفع والفدا فان فداه فانه يفدي من الاول بعشرة الاف
ومن الثاني بثلثي الديه وهو ستة الاف وثلثا الف فان اختار الدفع دفع اليهما ثلثي العبد يقتسمانه بينهما نصفين
فيضرب فيه الاول بعشرة الاف والثاني بستة الاف وثلثي الف فاجعل كل الف سهما فيصير ثلثا العبد على ستة عشر
سهما وثلثين وكل العبد خمسة وعشرون ثلث العبد قد كان اخذه الاخر وهو ثمانيه وثلث وثلثا العبد صار بينهما لاحدهما
عشره وللاخر ستة وثلثان ثم للاول ان يرجع على القابض بستة اجزا من ستة عشر جزا وثلثين من ثلثي قيمته لانه قد
استحقه بذلك المقدار بسبب كان في يده فكانه تلف عنده وان كان الدفع بغير قضا قاض فله ان ياخذ ايهما
شا كما ذكرنا في الفصل الاول وطريقه اخرى وهو ان يقول اذا دفع ثلثي العبد اليهما يضرب احدهما بالديه والاخر
بثلثي الديه فاجعل كل ثلث سهما فيصير ثلثا الديه سهمين والديه ثلثه اسهم ثلثا العبد على خمسه اسهم للاول
ثلثه وللاخر سهمان ويصير للاخر سهمان ونصف فيصير جميع العبد على سبعه ونصف وقد وقع فيه كسر فاضعفه
فيصير خمسه عشر فالثلث منه خمسه وقد دفع الى الاخر وثلثا العبد عشره فيقسم بينهما فيضرب الاول بثلثه اخماسه
وهو سته اسهم والاخر باربعه اسهم ثم يرجع الاول على القابض بخمس ثلثي قيمه العبد قال واذا قتلت
الامه قتيلا خطا ثم ولدت بنتا فقتلت ابنها قتيلا خطا ثم ان البنت قتلت الامه فالمولى بالخيار ان شا دفع البنت اليهما
وان شا فداها فان اختار الفدا فدى لاوليا قتيل البنت بالديه ولاوليا قتيل الام بقيمه الام لانه قد اجتمع في رقبه
الابنه جنايه الاجنبي وجنايه الام فيفديها بذلك فان اختار الدفع دفع اليهما فيضربان فيها على احد عشر اذا قدرنا
ان قيمه الام الف لان الديه عشره الاف ولو لم يقتل الابنه الام ولكنها فقات عينها فههنا على اربعه اوجه
اما ان يختار المولى دفعهما او فداهما او فدا الام ودفع الابنه او فدا الابنه ودفع الام فان اختار دفعهما فانه يدفع
الام الى اوليا قتيل الام ويدفع الابنه الى اوليا قتيل الابنه بالديه واوليا قتيل الام بنصف قيمه الام لانها اتلفت
احدى عينيها وهي النصف واما اذا اختار فداهما فانه يفدي لكل فريق بتمام الديه وسقطت جنايه البنت على
الام لانها ملكه تخلصا من الجنايه وان اختار دفع الام وفدا البنت فانه يدفع الام الى اوليا قتيل الام ويفدي
ان البنت جنت على الام وهما لانسان واحد فلا يجب بجنايتها شي فلم يبق في البنت الا جنايه واحده قال
ولو ان الام فقات بعد ذلك عين البنت قبل ان تدفع واحده منهما فان المولى يخير فيهما جميعا فيبدا بالبنت لانها
هي التي بدات بالجنايه فتدفع اليهما فيضرب فيها اوليا قتيل الابنه بالديه واوليا قتيل الام بنصف قيمه الام ثم
تدفع الام فيضرب فيها اوليا قتيل الام بالديه الا ما وصل اليهم من ارش البنت لان كل واحده منهما جنت جنايتين
فوجب ان يدفع كل واحده منهما بجنايتها وقد اعترض على هذا الجواب فقيل ينبغي ان يدفع البنت
في الابتدا فيضرب فيها قتيل الام بنصف قيمه الام واوليا قتيل البنت بالديه الا ما يصل اليهم في المستانف
لانه يصل اليهم بعض الام فينبغي ان لا يضربوا بتمام الديه والصحيح ما في الكتاب لان البنت حين
كان حق اوليا البنت في تمام الديه ولم يكن وصل اليهم شي فوجب ان يضربوا بجميع ذلك والزياده التي
لهم في المستانف لا عبره بها لان القسمه قد صحت وقت الدفع فلا يعتبر بعد ذلك كما قالوا في رجل مات وعليه
لرجل الف ولاخر الفان وترك الف درهم فاقتسماها اثلاثا ثم ان صاحب الالفين ابرا من الف فان القسمه الاولى
لا تنتقض لذلك كذا هذا واذا جنت الامه جنايه ثم ولدت ولدا فقطع ولدها يدها فان المولى يدفع الولد مع الام
لان الولد في حكم الجنايه كعبد اجنبي ولو ان عبدا اجنبيا قطع يد هذه الامه كان مولى العبد بالخيار ان شا
دفعه وان شا فداه بنصف قيمه الامه فكذلك هذا ولو ان عبدا اجنبيا جنى على هذه الامه فهو على ثلثه اوجه
اما ان يكون جنى بعد جنايتها او قبل جنايتها او اختلفوا في ذلك فان كانت جنايه العبد بعد جنايتها فان
مولى العبد يخير بين الدفع والفدا فاذا دفع او فدا واختار مولى الامه دفع الامه فانه يدفع الامه مع
ذلك الارش لان حق اصحاب الجنايه وجب في رقبه تامه والارش قام مقام بعضها فوجب ان يدفع معها
وان كانت الجنايه عليها قبل جنايتها فارشها يسلم للمولى لان حق اصحاب الجنايه وجب في رقبه ناقصه
وان اختلفوا في ذلك فالقول قول المولى لان اصحاب الجنايه يدعون الحق في الارش مع الرقبه ولا يقبل قولهم

باب العبد يجني فيحدث المولى فيه ما يكون اختيارا او لا يكون

قال ابو الحسن رحمه الله واذا قتل العبد قتيلا خطا فاخرجه المولى من ملكه ببيع او غيره او اعتقه او
دبره او كانت امة فاستولدها او اقر به لرجل وهو يعلم بالجنايه فهو مختار وعليه الديه وان كان لا يعلم فعليه
قيمه عبده وذلك لما بينا ان المولى مخير في جنايه العبد بين الدفع والفدا ومن خير بين امرين ففعل ما يدل على
اختيار احدهما او ما يمنع من اختيار احدهما تعين عليه الاخر ومعلوم انه اذا باعه او وهبه فقد تعذر عليه دفعه فصار
بذلك مختارا للفدا وكذلك اذا اعتقه لان الدفع تمليك ولا يصح في الحر وكذلك التدبير والاستيلاد يمنع من نقل
الملك في الرقبه فيتعذر الدفع بفعل المولى فاما اذا اقر به لغيره فقد ذكر في الاصل انه لا يكون مختارا
وفي غير الاصول انه يكون مختارا وهو الذي ذكره ابو الحسن رحمه الله وجه ما في الاصل ان الاقرار لا يوجب

سقوط حق ولي الجنايه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر على ما قال المقر فكان البينه قامت
بالملك وجه الروايه الاخرى ان العبد على ملكه في الظاهر فاذا اقر به استحقه المقر له باقراره
فصار كما لو باعه او وهبه وانما قلنا انه اذا فعل ما يكون به مختارا وهو لا يعلم بالجنايه فعليه قيمه
عبده اذا كانت اقل من الارش لان الاختيار انما يكون مع العلم فاما مع عدم العلم فيستحيل ان يوصف
بالاختيار الا انه منع التسليم بفعله مع تعلق حق ولي الجنايه به فلزمته قيمته لانه لم يتلف الا ذلك
قال وكذلك اذا كانت جنايته فيما دون النفس ففعل شيا من هذا وهو يعلم فعليه ارش الجنايه
وان كان لا يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجنايه لان الجنايه فيما دون النفس يخير فيها بين الدفع والفدا
كالنفس فاذا فعل ما يمنع من الدفع وهو عالم صار مختارا وان كان غير عالم لزمه الاقل لان الارش ان كان اقل فلا
حق لولي الجنايه فيما زاد عليه وان كان اكثر فلم يتلف المولى الا رقبه العبد فلزمه ذلك وقد قالوا في عبد قطع يد
رجل فوهبه مولاه له فلا شي على المولى وان باعه من المجني عليه كان مختارا لانه لو لم يهبه امكنه التخليص من الجنايه
بتسليمه فلو ضمنه لضمنه لانه وهب والهبه لا توجب الضمان فاما البيع فيجوز ان يوجب الضمان على البايع فصار
كما لو باعه من اجنبي ولان الهبه يقع فيها الدفع المستحق لانه تمليك بغير عوض والبيع لا يقع موقعه لانه
تمليك بعوض ولو اقر المولى المجني عليه بعتقه فاعتقه صار المولى مختارا اذا كان عالما بالجنايه لان المجني
عليه قام مقامه في العين فكانه عتق بنفسه قال ولو ضربه ضربا اثر فيه ونقصه وهو يعلم بالجنايه فهو
مختار وان كان لا يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجنايه الا ان يرضى ولي الدم ان ياخذه وبه ذلك
النقصان بغير ضمان يلزمه المولى لذلك النقصان وهذه المسله اطلق جوابها في الاصل فقال يكون مختارا واما
روي عن ابي يوسف انه قال هذا التفصيل فحمل ابو الحسن ما اطلقه في الاصل على تفصيل ابي يوسف والدليل
على انه يكون مختارا انه حبس جزا من العبد بفعله ومنع من تسليمه فصار كانه قال اخترت بعضه دون بعض
فيكون مختارا للجميع والذي قال ابو يوسف فيجوز ان يكون قولهم لان المنع من الدفع مع النقص انما ثبت لحق ولي
الجنايه فاذا رضي به فكانه نقص بافه من السما قال ولو ضرب به المولى فابيضت عينه خطا وهو يعلم بالجنايه
فهو مختار فان ذهب البياض قبل ان يخاصم فانه يدفع ويفدي وليس هذا باختيار وذلك لان بياض العين يمنع من
الدفع للنقص الحاصل وذلك النقص مراعى لجواز ان يزول فاذا زال فكان لم يكن قال ولو خوصم في حال البياض
فضمنه القاضي الديه وقد كان الضرب من المولى وهو يعلم بالجنايه ثم ذهب البياض فالقضا نافذ لا يرد لان تعذر
الدفع كان مراعى فلما حكم الحاكم باحد وجهي المراعاه سقط الاخر قال وان استخدمه بعد العلم بالجنايه فعطب
بالخدمه فلا ضمان عليه ولا يكون هذا اختيارا وذلك لان الخدمه لا تختص بالملك فلا تدل على اختيار الملك ولهذا
قالوا في العبد المشروط فيه الخيار اذا استخدمه المشتري في خياره فان ذلك لا يدل على الاختيار في مسالتنا
لا يضمن المولى بعطبه في الخدمه لانه ليس بمتعد في الاستخدام الا ترى ان منافعه على ملكه فموته من
الخدمه كموته بافه من السما وكذلك لو كان عليه دين فاستخدمه لم يضمن للغرما لما بينا ان الخدمه على ملكه
فاستخدامه ليس بمتعد فيه وكذلك لو كانت امه فوطيها فليس الوطي باختيار هذا كالخدمه فان علقت وقد
وطي وهو يعلم بالجنايه فعليه الديه ومن اصحابنا من روى عن ابي يوسف ان الوطي اختيار وهذا الماهر في وطي الثيب
وجه قولهم المشهور انه استوفى منفعه على ملكه لا توجب نقصان العين فلا يمنع الدفع كالاستخدام
وليس هذا كوطي البكر لانه اتلاف لجزء منها من طريق المشاهده لابي يوسف ان الوطي اجري مجرى اتلاف
جزء الا ترى انه اذا حصل في ملك الغير لم يخل من معنى يجب به اما عقوبه او غرم واما اذا علقت فقد تعذر
الدفع فيها بالاستيلاد فصار مختارا قال فان اجره فان الحاكم ينقض الاجاره ويقول ادفع او افده وقد اختلف
جواب هذه المسله في نسخ كتاب الديات لمحمد فقال في بعض النسخ ان الاجاره والرهن ليسا باختيار
ولكن القاضي يفسخهما ويخيره ووجه ذلك ان الاجاره تفسخ بالعذر وتعلق حق ولي الجنايه بالرقبه عذر
في الفسخ فلم يتم العقد فلا يصير به مختارا وكذلك الرهن يزول عنه يد المرتهن بغير اختياره اذا قضى الرهن
فصار كالوديعه وقال في بعض النسخ انه يكون اختيارا ووجهه ان الاجاره والرهن يتعلق بهما
استحقاق يد المولى فصار كالبيع وان اذن له في التجاره فاستدان دينا فان الحاكم يخيره ان شا فداه وان
شا دفعه بالجنايه فان اراد دفعه فليس له ذلك الا ان يرضى المجني عليه ان يقبله ويتبعه الدين بعد ولم يصر
بالاذن له في التجاره مختارا لان الاذن لا يزيل ملكه ولا يمنع دفعه فصار كاستخدامه فاذا لحقه الدين بعد تعلقت
الدين بسبب من جهه المولى فلولي الجنايه ان يمتنع من قبوله ناقصا بالدين ويلزم المولى القيمه لانه غير مختار
بالاذن فلا يلزمه الارش واذا بطل الدفع من غير اختيار وجبت القيمه هكذا ذكره محمد في الاصل وقد قيل
ان محمدا اجاب بحاصل الضمان والا فالمعتد ان يدفع الجنايه فان اتبعه الغرما فباعوه في يد المجني عليه رجع المجني
عليه بقيمته على المولى لانه استحق من يده بسبب من جهه المولى وان وطي امته وهي بكر وقد جنت فهو
اختيار اذا كان يعلم بالجنايه لانه حبس بالوطي جزا منها فكانه اختار بعضها ولو كاتب المولى العبد الجاني
ثم عجز فان كان بعد العلم بالجنايه فعليه الارش في قول ابي حنيفه وابي يوسف وان كان لا يعلم بالجنايه

فانه يقال للمولى ادفعه او افده قال ابو يوسف ليس الخصومة قبل العجز وبعد العجز سواء وهو مختلف لانه لا يقدر على دفعه بالجناية وهو يقدر على دفعه اذا عجز وقد روي عن ابي يوسف ان الكتابة اختيار وجه رواية الاصل ان الكتابة لا توجب زوال الملك والدفع فيها امر اعي لجواز ان يعجز فيمكن فيه التسليم فاذا عجز صارت الكتابة كان لم تكن ولهذا اخاصمه في حال الكتابة فقد تعذر الدفع فيقضي القاضي بالارش فاذا عجز بعد ذلك لم ينقض ذلك الحكم لابي يوسف ان الكتابة عقد يوجب زوال يد المولى عنه كالبيع ولانه لا يعود الى يده الا بسبب من جهة غيره فصار كالبيع وقد قالوا في الكتابة الفاسدة انها اختيار والبيع الفاسد ليس باختيار حتى يسلم والفرق بينهما ان عقد الكتابة الفاسدة كعقد بدل لم تعلق العين بكل واحد منهما والعقد الفاسد لا يتعلق العين به فهو كايجاب بلا قبول ولو باعه بيعا باتا ثم رد عليه بعيب بقضاء او بغير قضاء فهو مختار الدية وذلك لان البيع يوجب زوال الملك عن العبد فيتعذر الدفع ويتعين الفدا على قياسا انه مخير بين امرين فيفعل ما منع احدهما تعين الاخر ولو باعه والخيار للمشتري كان كذلك في قول ابي حنيفة وذلك لان من اصل ابي حنيفة ان خيار المشتري لا يمنع زوال ملك البايع واذا زال ملكه عن العبد صار كالبيع البات واما على قولهما فهو اظهر لان المبيع خرج من ملك البايع ودخل في ملك المشتري واما اذا كان الخيار للبايع فنقض البيع وهو يعلم او لا يعلم لم يكن مختارا وقيل له ادفعه او افده وذلك لان البيع بشرط الخيار للبايع لا يوجب زوال ملكه ولا يمنع من الدفع فلا يكون اختيارا وقد قال اصحابنا ان العرض على البيع ليس باختيار لانه لا يزيل الملك ولا يمنع الدفع وقال زفر هو اختيار لانه يدل على تبقية الملك وهذا يسقط خيار الشرط فعلى قول زفر البيع بشرط الخيار اولى ان يكون اختيارا واما اذا باعه بيعا باتا وهو لا يعلم بالجناية ولم يخاصم فيها حتى رد العبد عليه بعيب بقضاء او بخيار رؤية او بشرط فانه يقال له ادفعه او افده ولا يلزمه الارش لانه لم يصر مختارا بالبيع لعدم علمه بالجناية وانما تعذر الدفع فلما عاد على حكم الملك الاول عاد حقه فكان الخيار لمعنى الي وقد ذكر في الاصل ان التزويج لا يكون اختيارا لانه لا يمنع الدفع ولا يوجب نقصا في العين وانما هو عيب من طريق الحكم فصار كالاقرار عليه بدين وذكر في الاصل فيمن قال لعبده اذا قتلت فلانا فانت حر فقتله صار مختارا وقال زفر لا يكون مختارا وجه قولهم انه لما اضاف العتق الى حال الجناية فكانه تكلم به في تلك الحال ولو اعتقه بعد قتله صار مختارا كذلك هذا ولهذا قال اصحابنا فيمن قال لزوجته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك ان ابتدا الايلا يكون عقيب الدخول فكانه تكلم به بعد الشرط وقالوا فيمن قال لزوجته اذا مرضت فانت طالق ثلثا فمرض وقع الطلاق عليها وورثت لانه كالموقع للطلاق في حال المرض وجه قول زفر انه لم يوجد منه فعل بعد الجناية يصير به مختارا وانما عتق بقول سابق ولا حق لولي الجناية عند اليمين فلم يكن مختارا قال واذا اخبر المولى رجل واحد ليس بعدل فليس بمختار فان اخبره رجل ثقة او رجلان فاعتقه فان ابا حنيفة قال في ذلك هو مختار وقال ابو يوسف هو عندي واحد ان اخبره صبي او امراة او كافر او مسلم او فاسق او عدل فاعتقه وكان ذلك الخبر حقا فهو مختار وهو قول محمد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يكون مختارا حتى يخبره عدلان وهو قول زفر والحسن وجه قول ابي حنيفة المشهور ان المعتبر في المخبر احد شرطي الشهادة اما العدد او العدالة لان هذا الخبر اخذ شبها من الشهادة لانه يوجب الضمان وله شبه بالاخبار لان لفظ الشهادة لا يعتبر فيه فوجب ان يعطى الشبه من الاصلين فيعتبر فيه احد الشرطين دون الاخر وجه رواية الحسن ان هذا القول يتعلق به ايجاب الضمان على المولى كالشهادة وجه قولهما انه خبر في اخبار المعاملات فصار كساير الاخبار

باب جناية المدبر

قال ابو الحسن رحمه الله جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة واذا قتل المدبر رجلا خطا او جنا عليه فيما دون النفس فذلك كله على المولى فيه قيمة المدبر يكون عليه الاقل من قيمة المدبر ومن ارش جنايته لا يلزم المولى بجناية المدبر اكثر من قيمة واحدة وان كثرت الاروش وجاوزت الى مائة الف يشترك من جنا عليه المدبر اولا واخرا تقارب ما بين الجنايات او تفاوت والدليل على ان جناية المدبر على المولى ما ذكره محمد في الجنايات ان ابا عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف وقد كان ابو عبيدة امير الشام وقضاياه تظهر فيما بين الصحابة وذكر عن عمر بن عبد العزيز وابراهيم مثل ذلك ولان المولى صار مانعا من تسليمه في الجناية بالتدبير من غير اختيار فكانه دبره وهو لا يعلم بالجناية وانما الزمه الاقل لان الارش ان كان اقل فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان كان اكثر فلم يتلف المولى بالتدبير الا الرقبة وانما لزمه في جميع الجنايات قيمة واحدة لان المنع منع واحد والضمان يتعلق به فكان الجنايات اجتمعت ثم دبره قال وسوا كانت على المولى ثم نقص منه او كانت قد قبضت منه فيتضاربون في القيمة بقدر ما لكل واحد منهم من ارش جنايته لما بينت لك انهم يتضاربون في قيمة العبد الجاني لان كل واحد منهم يستحق بقدر جنايته فيضرب بذلك قال ويعتبر بقيمة المدبر يوم جنى عليه ولا تعتبر القيمة يوم التدبير فاذا قتل قتيلا خطا وقيمته يوم قتله الف ثم زادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ثم قتل اخر فان ولي الجناية الثانية ياخذ من المولى خمسمائة فضل القيمة حسب ذلك عليه من ارش جنايته ثم تقسم الباقي وهو الف على تسعة وثلثين الفا وانما اعتبر يوم الجناية لان المولى صار مانعا بالتدبير السابق من تسليمه في الحال فكانه جنا ثم دبره فيعتبر قيمته حينئذ وما زاد في القيمة

بعد الجناية لا حق لولي الجناية الاخرى فيه لانها زيادة حدثت وقد تعلق حقه بالذمة دون الرقبة فاذا ثبت هذا قلنا لما قتل قتيلا وقيمته الف ثم قتل اخر وقد زادت قيمته خمسمائة فهذه الزيادة لا حق لولي الجناية الاولى فيها فينفرد بها ولي الثانية وهي يحتسب بها من حقه فيبقى له من الدية تسعة الاف وخمسمائة وللاول دية بكمالها فاذا جعلت كل خمسمائة سهما كان للاول عشرون وللثاني تسعة عشر يقتسمون الالف على ذلك قال وكذلك لو كان المولى دفع قيمة المدبر الاول خمسمائة ثم جنى على اخر وقيمته الف فان المولى يدفع خمسمائة فضل القيمة الى الثاني ثم يتبع الثاني الاول فيما قبض فيكون بينهما على تسعة وثلثين لما قدمنا ان الزيادة لا حق للاول فيها فينفرد الثاني بها ويبقى حقهما في الجناية فيتضاربان فيها بقدر الحقوق قال ولو قتل المدبر قتيلا خطا ثم مات بعد الجناية بلا فصل لم يسقط عن المولى القيمة لانها وجبت في ذمته عقيب الجناية فبقا الرقبة وتلفها سواء وكذلك لو جنى وقيمته الف ثم عمي لم يحط عن المولى شيء للعمى وكان عليه قيمته تامة لما بينا ان القيمة وجبت في الذمة ونقصان العين لا يوثر فيها كما لا يوثر تلفها قال واذا قتل المدبر قتيلا خطا فدفع المولى القيمة الى ولي الجناية بقضا او بغير قضا ثم قتل اخر فان كان دفع القيمة بقضا فان الثاني يتبع الاول وان كان بغير قضا فان الثاني عند ابي حنيفة بالخيار ان شا ضمن الاول ما يخصه وان شا اتبع القابض بذلك فان اخذ من المولى رجع المولى على القابض بما اخذ الثاني منه وان اتبع القابض وترك المولى واخذ منه ما يخصه لم يرجع القابض المأخوذ منه على المولى بشيء وقال ابو يوسف ومحمد الدفع بقضا او بغير قضا واحد فيتبع الثاني الاول ولا سبيل له على الاول لابي حنيفة ان جنايات المدبر يستند ضمانها الى التدبير السابق الذي صار المولى به مانعا فكان الجنايات وجدت ثم دبره فتتعلق حقوق جماعتهم فان دفع المولى بقضا فقد زالت يد المولى عنها بغير اختياره فلا يلزمه ضمانها وان دفع بغير قضا فقد سلم الى الاول ما تعلق به حق الثاني فكان الثاني بالخيار في تضمين ايهما شا وهذا كما قالوا في الوصي اذا صرف التركة الى الغرما ثم ظهر غريم اخر فان كان دفع بقضا شارك الغريم الاخر الغرما بما قبضوه ولم يرجع على الوصي وان كان دفع بغير قضا كان الغريم بالخيار ان شا ضمن الوصي وان شا شارك الغرما فان اختار المولى تضمين المولى رجع المولى على ولي الجناية الاولى لانه سلم اليه ما ليس بحق له فان ضمن ولي الجناية الاولى لم يرجع على المولى بشيء لان حاصل الضمان عليه وجه قولهما ان المولى دفع الى الاول ولا حق لولي الجناية الثانية فلم يكن متعديا في الدفع فلم يلزمه ضمان قال ولو اعتق المولى المدبر وقد جنا جنايات كثيرة لم يلزمه الا قيمة واحدة وعتاقه له وغير عتاقه سوا وذلك لان الضمان متعلق بالذمة والعتق انما يوجب على المولى الضمان لانه منع به الدفع وهذا لا يوجد في المدبر قال وجناية ام الولد على المولى فهي في جميع ما ذكرت لك نظير المدبر لا نحق الحرية تعلق برقبتها كالمدبرة ولان المولى منع من تسليمها بالاستيلاد السابق من غير اختيار قال واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولم يلزمه شي عتق او لم يعتق وهذا انما نعني به جناية الخطا لانها لازمة لمولاه فاقراره على المولى لا يتعلق به حكم

باب جناية المكاتب

قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله وجناية المكاتب على نفسه دون سيده ودون العاقلة يحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارش جنايته وذلك لان اكساب المكاتب لنفسه فكانت جنايته عليه كالحر ولانه هو المانع من تسليم رقبته في الجناية بقبوله الكتابة فصار كالمولى المانع لتسليم المدبر بالتدبير فاذا لزمت جناية المدبر للمولى لزمت جناية المكاتب ولا يقال ان المولى هو المانع بعقد الكتابة كما منع بالتدبير لان نفس العقد لا يمنع الدفع اذا حصل العجز وانما يمنع البقا عليه وذلك لحق المكاتب وانما لزمه الاقل لان الارش اذا كان هو الاقل فلا حق للمولى في اكثر منه واذا كانت القيمة اقل فلم يمنع المكاتب ما زاد عليها فلا يلزمه ما لم يمنع منه قال واذا حكم الحاكم صارت دينا عليه وسقطت عن رقبته وما لم يحكم الحاكم فهي في رقبته وهذا قول اصحابنا ان جناية المكاتب تتعلق برقبته وقال زفر بذمته لنا ان الرقبة يجوز تسليمها في الجناية لو عجز المكاتب وكل رقبة يتصور امكان تسليمها تعلق الجناية بها كرقبة العبد وجه قول زفر ان رقبة المكاتب لا يصح فيها التمليك فصار كالحر والمدبر فلا تتعلق الجناية برقبته وفايدة هذا الخلاف ان المكاتب اذا عجز قبل انتقال الجناية من رقبته قيل للمولى ادفعه او افده وقال زفر يباع في الارش فعلى قولنا الجناية في الرقبة وقد امكن فيها الدفع فصارت كجناية العبد وعلى قوله الجناية في الذمة ويباع فيها اذا عجز كما يباع في الديون ويظهر الخلاف ايضا في المكاتب اذا جنا ثم جنا قبل القضا عليه بالجناية الاولى قضى عليه بقيمة واحدة لان الجناية الاولى متعلقة برقبته وكذلك الثانية فتضايق الرقبة عنهما كجنايتي العبد وعلى قول زفر يحكم في كل جناية بقيمة لانها تجب عنده في الذمة والذمة لا تتضايق واذا ثبت ان جناية المكاتب تتعلق برقبته لم تنتقل الى ذمته الا باحد معان ثلثة اما ان يحكم الحاكم عليه بارشها او يصطلحوا على الارش او يموت ويترك مالا او ولدا وذلك لان القاضي اذا قضى فقد كانت الجناية موقوفة في الحكم لجواز ان يعجز فيدفع او يعتق فيتعذر الدفع فاذا قضى القاضي بالارش فقد حكم باحد جهتي المراعاة وابطل الجهة الاخرى ولذلك اذا اصطلحوا لان الصلح يوجب البدل في الذمة فيسقل الجناية عن الرقبة واما اذا مات وترك و

فقد حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وذلك يمنع من دفع الرقبة فينتقل الحق إلى الذمة ولذلك إذا أعتق في حال الجناية
لهذه العلة وكذلك إذا ترك ولدا لأن الولد قام مقامه وتعذر دفع الرقبة بالموت. قال: وإذا جنى المكاتب جنايات
جناية بعد جناية قبل أن يحكم عليه بشيء ثم رفعوه إلى الحاكم فإن الحاكم يحكم عليه بالأقل من قيمته ومن أروش الجنايات
التي لزمته وهذا على ما قدمنا أن الجنايات تتعلق برقبته فتصادف عنها. قال: وإن جنى جناية فحكم عليه بالأقل من قيمته
ومن أرش الجناية ثم جنى جناية أخرى فإنه يحكم عليه أيضا بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية لأنه لما حكم بالأولى نقلها من
الرقبة إلى الذمة فصادفت الجناية الثانية رقبته فارغة فتعلقت بها كالأولى. قال: وينظر الحاكم إلى قيمة المكاتب
يوم جنى في كل جناية يرفع إليه فيها ولا يعتبر زيادة القيمة بعد الجناية ولا نقصانها لأن الدفع لو كان يجب عند
الجناية فاعتبرنا وقوع المنع منه في تلك الحالة على ما بيناه في المدبر. قال: وإذا أقر المكاتب بجناية خطأ لزمته وحكم
الحاكم عليه بها وذلك لأن جنايته مستحقة من كسبه وهو أحق بأكسابه فنفذ إقراره كالحر. قال: فإن لم يحكم
حتى عجز بطلت وذلك لأن الإقرار لا يلزم المولى ألا ترى أن الجناية لو ثبتت لزم المولى الدفع أو الفداء فلم يجز إقرار المكاتب
في حق غيره. قال: فإن حكم الحاكم عليه بها ثم عجز بطلت عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا تبطل وهي
دين. لأبي حنيفة أن المكاتب لم يتضمن الكتابة الإذن فيه باق على أصل حجره بدلالة القرض والكفالة
لا تتضمن الإقرار بالجناية فكان محجورا عليه في الإقرار وإنما ألزمناه ذلك لثبوت حقه في الكتابة فإذا عجز زال هذا المعنى
فبطل ما تعلق بإقراره. وجه قولهما أن الحاكم لما حكم عليه صارت الجناية دينا في ذمته فلا يبطل بعجزه كما لو أقر
بدين ثم عجز. قال: فإن أقر بجناية ولم يحكم الحاكم بها حتى أدى وعتق صارت دينا عليه حتى عتق وذلك لأن جنايته
تلزمه في أكسابه ولا يلزم المولى عنه فصار كما لو عتقه كالديون التي يقر بها وليس كذلك العبد يقر بالجناية ثم يعتق
لأن جنايته على مولاه ومن أقر بحق على غيره لم يلزمه في نفسه. وعلى هذا الخلاف إذا جنى المكاتب جناية عمد
فصالح منها فالصلح جائز في قولهم لأن ذلك يؤدي إلى بقية الكتابة ألا ترى أنه لو لم يصالح اقتص منه وبطلت
الكتابة وإذا صالح جاز صلحه لهذا المعنى. فإن أدى المال في حال الكتابة جاز لأنه يملك كسبه. فإن عجز قبل
أن يؤدي بطل المال عنه في قول أبي حنيفة لأن عقد الكتابة لم يتضمن الصلح وإنما أجازه في حقه لأنه يملك الكتابة
فإذا عجز صار الصلح في حق مولاه فلم يجز. وعلى قولهما صار المال دينا عليه بالصلح والدين يلزمه بعقوده لا يسقط
بالعجز كأثمان البياعات. ومما يلحق بهذا الباب: أيضا قالوا في المكاتب إذا قتل وقيمته
أكثر من عشرة آلاف فإنه يغرم قيمته عشرة آلاف إلا عشرة لأن المملوك لا يسوى في الجناية بالحر وكذلك أصله إذا
جني عليه. وقالوا في المكاتب إذا جنى جناية ثم مات ولم يترك وفاء فترك أقل من مال الجناية فما ترك للمولى ولا
شيء لصاحب الجناية إن كان القاضي لم يقض عليه بالجناية لأنها متعلقة برقبته عندنا فإذا مات عاجزا سقطت
كالعبد إذا جنى ثم مات. فأما إذا ترك وفاء فأصحاب الجناية أولى بما ترك لأن المكاتب إذا ترك وفاء
فهو كالحر بدلالة أنا نحكم بعتقه ولو كان حيا كان ولي الجناية أولى بما في يده من مولاه. وإن مات المكاتب
وترك مالا وعليه دين وجناية وكتابة فإن كان القاضي قد قضى بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء
لأن الجناية صارت دينا بالقضاء. وأما إذا كان القاضي لم يقض عليه بالجناية فإنه يبدأ بالدين لأن الدين ثابت في حال
الحرية والرق فكان أقوى فصاحبه أولى. ثم ينظر إلى ما بقي من تركته فإن كان فيه وفاء بالكتابة بدئ بصاحب الجناية
وإن لم يكن فيه وفاء كان ما بقي بعد الدين للمولى لأنه مات عبدا فبطلت جنايته. وقالوا في المكاتب إذا مات
وعليه دين بدئ بالدين قبل مال الكتابة. وحكي عن قتادة قال قلت لسعيد بن المسيب إن شريحا يقول إن
الأجنبي والمولى يتحاصان فقال سعيد بن المسيب أخطأ شريح وإن كان قاضيا قضاء زيد بن ثابت أولى وزيد
كان يقول يبدأ بدين الأجنبي وهذا صحيح لأن دين الأجنبي ثابت في جميع الأحوال ودين المولى ثابت في حال دون
حال فالبداية بالأقوى أولى وليس كذا قبل الموت أن المكاتب يبدأ بأي الديون شاء إن شاء بدين الأجنبي وإن
شاء بالأرش وإن شاء بمال الكتابة لأنه يؤدي من كسبه وتدبير أكسابه إليه فكان له أن يبدأ بأي ديونه شاء.
وعلى هذا قالوا في المكاتب إذا مات وترك ولدا أن ولده يبدأ بكسبه بأي الديون شاء لأنه قام مقام المكاتب
فتدبير كسبه إليه. فأما إذا مات المكاتب فالأمر في أكسابه إلى الحاكم فيبتدئ بقضاء الأولى فالأولى. وقالوا
في المكاتب إذا جنى ثم اختلف المكاتب وولي الجناية في قيمة المكاتب فقال المكاتب كانت قيمتي يوم جنيت
الجناية ألف درهم وقال الولي كانت قيمتك ألفي درهم وقت الجناية فالقول قول المكاتب في قول أبي يوسف
الآخر وهو قول محمد لأن المكاتب ينكر زيادة الضمان وولي الجناية يدعيه. وفي قول أبي يوسف الأول ينظر
إلى قيمته في الحال كما قال في المدبر ذكر هذا الخلاف محمد في كتاب الجنايات.

باب جناية المدبر [illegible] المكاتب وأم الولد

على المولى وجناية المولى عليهم. قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا جنى المدبر على مولاه
أو رقيق مولاه أو متاعه فهو هدر كله. أما جناية المدبر على المولى فلا يخلو إما أن يكون عمدا أو خطأ فإن
كانت عمدا وجب بها القصاص لأن المدبر مع مولاه كالأجنبي في جناية العمد ألا ترى أن المولى لا يملك

أن يقر عليه بجناية العمد. ولأن الله تعالى قال: وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ولم يفصل. وقد قال أصحابنا
إن المدبر إذا قتل مولاه عمدا وجب عليه أن يسعى في قيمته لأن العتق وصية والوصية لا تسلم للقاتل إلا أن فسخ العتق
بعد وقوعه لا يصح فوجب عليه قيمة نفسه. ثم الورثة بالخيار إن شاؤوا عجلوا القصاص وإن شاؤوا استوفوا
السعاية ثم قتلوه لأن كل واحد من الأمرين حق لهم. ولا يكون اختيار السعاية مسقطا للقصاص لأن السعاية
بدل عن الرق وليس بعوض عن المقتول. فأما إذا قتل المدبر مولاه خطأ فالجناية هدر. وكذلك إن كان
فيما دون النفس لأن جناية المدبر خطأ على غير المولى لازمة للمولى فإذا جنى على المولى فلو وجب الضمان لوجب
عليه ويستحيل أن يجب على المولى ضمان لنفسه. ولأن المولى يملك الإقرار على مدبره بجناية الخطأ فلا يملك
على نفسه. فإذا لم يثبت جنايته على نفسه كذلك جناية مدبره عليه إلا أنه يسعى في قيمته لأن العتق وصية
فلا يجوز أن يسلم للقاتل. وأما جنايته على عبيد مولاه فإن كانت عمدا فللمولى القصاص لما بينا أنه مع مدبره
في القصاص كالأجنبي. وقد قيل إن هذه المسألة لا رواية فيها عنهم ولكن الذي تقتضيه مذاهبهم أن أحد
العبدين إذا قتل الآخر وهما لرجل واحد ثبت للمولى القصاص. وكذلك المدبر إذا قتل عبد المولى. والمولى لا
يثبت له دين على مدبره. وأما إذا جنى المولى على مدبره فجنايته هدر لأنه على ملكه فلا يثبت عليه بإتلاف
ملكه ضمان. فأما أم الولد إذا قتلت مولاها عمدا أو خطأ فهي كالمدبرة لأنها على ملكه وإنسانها له
إلا أنه لا سعاية عليها لأن عتقها ليس بوصية. وأما المكاتب فجناية المولى عليه لازمة وجناية المكاتب
أيضا على سيده لازمة للمكاتب وهذا إنما نريد به في الخطأ لأن المكاتب في الأكساب كالأجنبي من المولى ولهذا
يضمن المولى بإتلافها فجاز أن يثبت لمولاه عليه دين بسبب الجناية ويثبت له على مولاه كذلك. فأما
جناية العمد فإن قتل المولى مكاتبه فلا قصاص لأنه على ملكه وتلزمه القيمة لأنه قصاص سقط بالشبهة.
وإن قتل المكاتب مولاه عمدا اقتص منه. قال: وجناية المولى على رقيق المكاتب وعلى ما في يده أو نفسه وجناية
المكاتب على رقيق المولى أو ماله تلزم كل واحد منهما ما جناه على صاحبه في نفسه أو ماله وهذا على ما قدمنا
أنه بعقد الكتابة صار كالأجنبي فانفرد بأكسابه فجاز أن يثبت له على مولاه دين ويثبت لمولاه عليه دين.
ومما يلحق بهذا الباب: ما قالوا في أم الولد إذا قتلت مولاها عمدا وله ابنان فعفا
أحدهما فعليها أن تسعى في نصف قيمتها للابن الذي لم يعف وذلك لأن القصاص لما سقط بالعفو انتقل نصيب
الذي لم يعف مالا بعد الموت وهي حرة في هذه الحالة فجاز أن يستحق بها دين لمولاها ولذلك لوارثه. فإن
كان للميت ابنان أحدهما من أم الولد فإن القصاص يسقط وعليها السعاية في جميع قيمتها بينهما نصفان لأن
القصاص لو ثبت لثبت للابنين ولا يجوز أن يثبت للولد على أمه قصاص. وإذا تعذر القصاص في نصيبه
سقط في نصيب شريكه. وإنما وجبت القيمة لأن القصاص سقط من طريق الحكم فانتقل مالا. فصل
قال أبو حنيفة ومحمد إذا قتل العبد مولاه عمدا وللمولى ابنان فعفا أحدهما بطل القصاص ولم يجب لأحد
الابنين على الآخر شيء لأجل الجناية. وقال أبو يوسف يقال للذي عفا إما أن تدفع نصف نصيبك
وهو ربع العبد الذي لم يعف أو تفديه بربع الدية. وجه قولهما أن أحد الابنين لما عفا انتقل نصيب
الآخر مالا ويثبت للميت ولهذا يقضي منه ديونه. والميت لا يجوز أن يثبت له على عبده دين ولذلك لا يثبت
لوارثه عليه دين بسببه لأن الوارث يقوم مقام المورث. لأبي يوسف أن الجناية صارت مالا بعد
انقسام العبد بينهما وكل واحد يصح أن يكون له في نصيب الآخر دين فوجب أن تعتبر هذه الحال ولا تعتبر الحال
المتقدمة ألا ترى أن مدبرا لو قتل مولاه عمدا فعفا أحد الابنين انتقل نصيب الآخر مالا ولا يجعل كأنه صار
مالا في ملك الموروث فكذلك هذا. والجواب أن المدبر عتق بموت المولى وملك
نفسه وكسبه وصارت الجناية مالا بعد الحرية وليس كذلك الموروث. فأما في مسألتنا فالعبد
على ملك الورثة وهم يقومون فيه مقام الموروث. وإذا ثبت لأبي يوسف أن نصيب الذي لم يعف
ينتقل مالا ثبت نصف الدية في نصف العبد نصفها في نصيبه ونصفها في نصيب شريكه فما كان في
نصيبه يسقط وما كان في نصيب شريكه ثبت ولهذا قيل للذي لم يعف ادفع نصيبك أو افده بربع الدية.

باب ضمان الراكب

قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا سار الرجل في طريق من طرق المسلمين فأوطأ دابته رجلا بيدها أو رجلها أو كدمت
أو صدمت بيدها فهو ضامن. والأصل في هذا أن المشي في الطريق بشرط السلامة فكل ما تولد من السير
مما يمكن الاحتراز منه فهو مضمون وما لا يمكن الاحتراز منه فليس بمضمون. الأصل أنه مأذون في المشي فلو
ضمن ما لا يمكن الاحتراز منه كان ذلك منعا من التصرف وما لا يمكن الاحتراز منه لا يؤدي ضمانه إلى المنع من
المشي لأنه يقدر أن يتحفظ منه. ولهذا قال أصحابنا إن ما أثارت من الغبار بالمشي أو سير الدابة لا يضمن
ما تولد منه لأنه لا يمكن الاحتراز منه في السير. وكذلك ما أثارت الدابة بسنابكها من الحصى الصغار لأنه
لا يمكن الاحتراز منه في السير. فأما الحصى الكبار فإن الراكب يضمن ما تولد منه لأن ذلك لا يكون إلا بالعنف

على الدابة في السير فإذا ثبت هذا فالراكب يمكنه الاحتراز من الوطء بالدابة ومما تصيب بيدها ورجلها إذا
وطئت وكذلك الصدم والكدم فكان ذلك مضمونا عليه. وكذلك السائق لأنه يمكنه الاحتراز وكذلك القائد
لأنه مقرب للدابة إلى الجناية والمرتدف كالراكب لأنه يتمكن من الاحتراز. قال وليس على قائد ولا سائق
كفارة لأن كل واحد منهما سبب للإتلاف والقتل بالأسباب لا يتعلق به كفارة كحفر البئر. فأما الراكب والمرتدف
فعليهما الكفارة يعني فيما وطئت الدابة لأن التلف حصل بثقلهما والقتل بالفعل به الكفارة. قال وإن نفحت الدابة
برجلها وهي تسير أو بذنبها فلا ضمان في ذلك على راكب ولا سائق ولا قائد ولا مرتدف لما روي عن النبي صلى الله عليه
أنه قال الرجل جبار وإنما يعني بذلك نفحة الرجل. ولأن الاحتراز لا يمكن عن النفحة وإنما يمكن من الإيطاء
والصدم وقد بينا أن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يضمن وكذلك ما أصابت بذنبها فهو كرجلها لأنه لا يمكن الاحتراز عنه
قال وكذلك إذا أثارت الدابة وهي تسير غبارا أو حصاة فأفسد متاع رجل أو حصاة ففقأت عين إنسان فلا ضمان
على أحد في ذلك وهذا على ما بينا. قال فإن وقف صاحب الدابة في الطريق فهو ضامن في ذلك كله
والنفح بالرجل والذنب ولمن عطب بروثها أو ببولها أو لعابها. وكذلك من أوقف دابة على باب المسجد
الأعظم أو على باب مسجد من مساجد المسلمين فهو مثل وقوفه في الطريق وذلك لأن السير بشرط
السلامة مأذون فيه والوقوف ليس بمأذون لأنه مأذون في التصرف الذي لا يضر بغيره والسير لا يضر
بالغير والوقوف يضر لأنه يمنع الانتفاع بتلك البقعة على الدوام فصار متعديا في الوقوف فضمن ما
تولد من ذلك مما يمكن الاحتراز منه ومما لا يمكن. قال فإن كان الإمام قد جعل للمسلمين عند باب
المسجد موقفا يقفون فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيما أصابت في وقوفها أو حدث منها في ذلك الموقف
لأن الإمام يملك أن يقطع الطريق إذا لم يضر بالناس فإذا جعله لموقف الدواب فكأنه أقطعه فصار
الوقوف مأذونا فيه فلم يضمن ما تولد منه كمن أوقف في ملك نفسه. قال ثم إن سار فيه أو قاد فهو
ضامن لما نصبه إذا فعل ذلك في الطريق العام المشترك وذلك لأن القائد والسائق مقرب للدابة
إلى الجناية. والإذن في الوقوف في هذا المكان لم يخرجه من أن يكون طريقا فيضمن ما يضمن في الطريق لا
ما ثبت له الإذن. وكذلك إن كان ذلك الموضع قد أذن الإمام فيه منزلة سوق الخيل والدواب فلا ضمان على
الواقف بدابته فيما كان من الدابة من نفح برجل أو ذنب أو بول أو روث أو لعاب. وكذلك إن كان راكبا
عليها واقفا فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لما بينا أنه مأذون في الوقوف فما يتولد منه ليس بمضمون.
قال وكذلك الفلاة من الأرض إذا أوقف فيها دابته أو راكبا عليها. وكذلك الطريق بمكة إذا كان وقوفه
في غير المحجة ناحية عنها وذلك لأن الفلاة لا يستضر الناس بوقوفه فيها فصار مأذونا في الوقوف
فلم يضمن ما تولد منه. فأما إن وقف في المحجة فهو كالوقوف في الطريق لأن الوقوف في المحجة
يضر بالناس فيضمن ما تولد منه. قال وإن كان سائرا في هذه المواضع التي أذن الإمام فيها
أو قائدا أو سائقا فهو ضامن لا يبطل ذلك عنه مكان الإذن. وأما السير فعلى ما كان عليه
السير مأذون فيه من جهة الله تعالى ومع ذلك يضمن ما تولد منه فكذلك إذا أذن الإمام. قال
وأما الواقف في ملكه والسائر فيه والقائد والسائق فلا ضمان في شيء من ذلك إلا فيما وطئت بيد أو رجل
وذلك لأن السائر في ملكه والقائد والواقف غير متعد في فعله فلم يضمن ما تولد. ولأنه متصرف في
ملك نفسه فلا يكون بشرط السلامة. وليس كذلك السائر في الطريق لأنه متصرف في حق غيره فجاز أن
يكون على شرط السلامة. فأما إذا أوطأ فالتلف حصل بفعله ولهذا لزمته الكفارة. ومن أتلف شيئا بفعله
لم يختلف أن يكون في ملكه أو في غير ملكه. قال وسواء كان الذي لحقته الجناية مأذونا له في دخول
الملك أو غير مأذون لأنه تلف بفعله ومن دخل بغير إذن لا يجوز إتلافه. قال وكذلك لو كان في
الملك كلب عقور فعقر من في الدار ممن أذن له في الدخول أو لم يؤذن وذلك لأن ترك الكلب في الملك
ليس بتعد فما تولد منه لا يضمن. قال وإذا انفرقت الدابة من الرجل أو انفلتت منه فما أصابت في فورها ذلك
فلا ضمان في قوله لحديث أبي هريرة أن النبي عليه السلام قال الجرح العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز
الخمس. قال مالك الجبار الهدر الذي لا دية فيه. قال محمد والعجماء هي الدابة المنفلتة وسواء
كان انفلاتها في ملك صاحبها أو في الطريق أو في ملك غيره لأنه لا صنع له في انفلاتها ولا يمكنه الاحتراز
من فعلها فلا يضمن ما تولد منه. وقد قالوا فيمن أرسل دابته فما أصابت في فورها ضمن لأنه لما أرسلها
فهو كالدافع لها وهو متعد في الإرسال فصار كالسائق. وإن انعطفت يمينا وشمالا ثم أصابت
فهو على وجهين إن لم يكن لها طريق إلا ذلك فالضمان على المرسل لأنها فيه على الإرسال وإن كان لها
طريق آخر فانعراجها باختيارها فانقطع حكم الإرسال فصارت كالمنفلتة.

ما يحدثه الرجل في الطريق مما يضمن فيه

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا احفر الرجل بئرا في طريق المسلمين أو في فنائه أو أخرج جناحا أو نصب فيه ميزابا
أو ساباطا أو وضع حجرا أو خشبة أو متاعا أو صب الماء في الطريق أو قعد ليستريح في الطريق أو ضعف فلم يصل فأصابه
أو غلبه فقعد في الطريق فعثر بشيء من ذلك عاثر فوقع فمات أو وقع على غيره فقتله أو حدث به أو بغيره من ذلك
العثور والسقوط جناية فقتل أو غيره فهو في ذلك كله ضامن. وكذلك ما وقع في البئر أو صدمه الجناح أو ما أحدث
من ذلك الطريق أو زلق بالماء الذي صبه في الطريق فهو ضامن في ذلك أجمع. وكذلك ما عطب بذلك من الدواب
فهو في ضمانه لأنه متعد فيما يحدثه في الطريق وما تولد من فعل متعد فيه فهو مضمون كما تولد من الرمي.
قال وما كان من جناية من ذلك في بني آدم فهو على العاقلة إذا بلغ القدر الذي عرفتك أن العاقلة تحمله وما لم يبلغ
ذلك فهو في ماله. وما كان من جناية على غير بني آدم فهو في ماله دون عاقلته لأن ضمان الآدمي جناية
تتحملها العاقلة وضمان غيره ضمان مال فلا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل الديون. وليس على محدث هذه الأشياء كفارة
لو حدث منها قتل وذلك لأن الكفارة تتعلق بالقتل وحافر البئر ليس بقاتل ألا ترى أنه لا يجوز أن يكون قاتلا
بالحفر ولا المقتول ولا يجوز أن يكون قاتلا بالوقوع لأنه قد يقع بعد موت الحافر ويستحيل أن يكون قاتلا بعد موته
ولأن الكفارة تجب فيما يجوز أن يقع في جنسه العمد لأنها مكفرة وذلك يجب في المأثم فما لا يتصور في جنسه
العمد لا يدخله الكفارة. قال ولا يحرم ميراثا إن كان يرث المجني عليه وذلك لما بينا أنه ليس بقاتل وحرمان
الميراث يتعلق بالقتل. ولأن حرمان الميراث ثبت على وجه العقوبة لمن تعمد القتل أو جاز أن يكون متعمدا
في الباطن وهذا المعنى لا يوجد في حفر البئر. قال محمد قال أبو حنيفة إذا كان الرجل يمشي في الطريق
وعليه شيء لابسه سيف أو طيلسان أو غيره فوقع ذلك عنه فعطب به عاطب فقتله أو وقع عليه إنسان
فأعطبه أو وقع في الطريق فعثر به عاثر فلا ضمان عليه في شيء من ذلك وذلك لأن ما يلبسه الإنسان لا يمكن
الاحتراز عنه وقد بينا أن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يضمن في الطريق. قال ولو لم يكن لابسا لذلك ولكنه
حامل له فوقع منه على إنسان فقتله أو وقع منه فعثر به عاثر فهو ضامن لديه ما هلك بذلك وهذا قول
أبي يوسف ومحمد وذلك لأن الحمل يمكن الاحتراز منه وله منه بد فما تولد منه مضمون. قال أبو الحسن
وحمله مباح إلا أنه بشرط السلامة ألا ترى أن الله عز وجل أباح الاصطياد ورمي الصيد فلو رمى صيدا فوقع
بشاة أو بإنسان ضمن وكذلك لو رمى مشركا في حال القتال فأصاب مسلما وقد فرض الله عز وجل رميه في
تلك الحال فهذا في الإباحة في الحمل. فأما اللباس فأمر عام يشترك فيه المسلمون جميعا وهم فيما نسوه
لا يتحمل أحد عنه فلهذا أبان سائر ما وصفت لك. قال محمد وإنما يجوز من ذلك ويبطل الضمان
فيما كان يلبسه الناس فإذا لبس غير ذلك مما لا يلبسونه جعلناه بمنزلة الحامل لذلك وضمناه كما ضمن الحامل
وهذا صحيح لأن ما لا يلبسه الناس لا تدعوا إليه الحاجة فيكون كالحامل فيكون بشرط السلامة. وقد قالوا
في من وضع كناسة في الطريق فعطب بها إنسان ضمن لأنه متعد في الوضع وقال محمد إن وضع ذلك في
طريق غير نافذ وهو من أهله لم يضمن لأنها بقعة مشتركة فهي كالدار المشتركة لكل واحد من الشركاء
الانتفاع بها. ومما يلحق بهذا الباب ما قال أصحابنا في أهل المسجد إذا
بنوا فيه بناء أو حفروا بئرا أو وضعوا حجرا فعطب به إنسان فلا ضمان عليهم لأن النظر في مصالح المسجد
إليهم فما فعلوه فيه فلا ضمان فيه كالوصي والأب إذا فعلوا ذلك في دار اليتيم والي الوقف إذا فعل في
الوقف. وأما إذا بنى رجل من غير أهل المسجد فيه بناء أو حفر بئرا أو علق فيه قنديلا أو وضع
حصيرا أو ألقى فيه الحصى فعطب به إنسان فهو ضامن في قول أبي حنيفة ولا ضمان عليه إلا في البناء
والحفر لأبي حنيفة أن النظر في مصالح المسجد إلى أهله وليس لغيرهم ولاية فصار كمن فعل فيه بغير إذنهم
من غيره فصار من ليس بمالك كمن وضع شيئا في دار غيره. وأنه لم يضمن في القنديل والحصير
في البناء والحفر أهل المسجد. وجه قولهما أن المسجد لجميع الناس وقد أذن المسلمون كلهم في عمارة
لقوله تعالى إنما يعمر مساجد الله من آمن بالله. وقال النبي من أسرج في مسجد فكأنما ... إلا أن أهل
المسجد اختصاصا به فصار هو وغيرهم كالمستعير ومعلوم أن المستعير أن يضع في الدار الحصير
والقنديل وليس له أن يحفر فيها ولا يبني فكذا هذا. والجواب أنه لا يمتنع أن
يكون المسجد لجماعة المسلمين ويختص تدبيره بأهله ألا ترى أن النبي عليه السلام أخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبة
وأمره الله تعالى بردها عليهم بقوله إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها والكعبة حق لجميع
المسلمين. واختص تدبيرها بهم. قال أبو حنيفة فمن جلس في مسجد لغير الصلاة لحديث
أو نوم أو ما أشبهه فعطب به إنسان فهو ضامن وقالا لا ضمان عليه لأبي حنيفة أن المسجد
إنما بني للعبادات فإذا اشتغل بغيرها صار متعديا ألا ترى أنه في الطريق لما جعل للاجتياز كان من جلس
فيه متعديا. وجه قولهما أنه لو جلس في المسجد للطاعة لم يضمن فكذلك إذا جلس
لغيره ألا ترى أن الماشي في الطريق لم يضمن إذا مشى في المعصية. وقد قال أصحابنا فيمن حفر
في سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها إنسان وإن كان الحفر بغير إذن السلطان ضمن. وكذلك
اتخذ قنطرة للعامة. وروي عن أبي يوسف أنه لا يضمن ووجه المشهور أن هذا حاجة لعامة

وتدبير امر العامة الى الامام فما فعل بغير امره كما فعل في دار الغير بغير امره . لابي يوسف ان هذا من مصالح
المسلمين والانسان مأذون في مصالحهم فصار الاذن من طريق الحكم كالاذن بالنطق ۞

باب الناخس

قال واذا كان الرجل يسير على دابته او واقفا عليها في ملكه او في طريق فنخس دابته رجل فضربت بيدها او بذنبها
او برجلها او نفرت فصدمت انسانا في فورها فان النخسه فالناخس ضامن دون الراكب اذا فعل ذلك بغير امر
الراكب وذلك لانه تعدى في النخس فضمن ما تولد منه فكانه اوقع الدابة على غيره وانما استوى ما كان بالرجل
والذنب لما روى القسم بن عبد الرحمن ان رجلا نخس دابة فصدمت رجلا فاختصموا في ذلك الى سلمان
بن ربيعة فضمن الراكب فبلغ ذلك ابن مسعود فقال الا انما ضمن الناخس الا انما ضمن الناخس الا انما ضمن
الناخس ۞ وروي عن عمر انه ضمن الناخس دون الراكب لانه كالدافع لها فضربه فعلى اي وجه عطب
بها ضمن . وانما شرط في الضمان ان يكون في فورها لانها اذا سكنت من فورها ثم ضربت فما تصيبه بعد ذلك
انما تفعله باختيارها فلا تضمنه كما يصيب قبل نخسه . قال وكذلك لو ضربت الرجل لانه دافع لها فالضرب
قال فان فعل ذلك بامر الراكب فقتلت رجلا نفحته برجلها . وان كان الراكب يسير في الطريق او واقفا
في ملكه او في موضع قد اذن فيه في الوقوف ونحوها فلا ضمان في هذا على راكب ولا سائق ولا ضارب
وذلك لانه لما ضرب بامر الراكب والراكب يملك الامر بالضرب صار ضربه كضرب الراكب ولا يضمن ما
اصابت بالرجل في هذه الاحوال . قال وان كان الراكب واقفا في بعض طريق المسلمين التي لم يؤذن في
الوقوف فيها فامر رجلا ان يضرب دابته فنفحت رجلا فقتلته فالدية عليهما نصفان نصف على الضارب
ونصف على الراكب على عاقلتيهما ولا كفارة عليهما وذلك لان ضربه لها بامر الراكب كضرب الراكب ولو
ضربها الراكب وهو واقف في هذا المكان ضمن ما يتولد من الرجل فكذلك اذا امر بالضرب . وانما شاركه
الضارب في الضمان لانه تعدى في الفعل فاشتركا في التعدي فضمنا . قال ولا كفارة عليهما لانه قتل بسبب
وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره في رجل على دابة يسير امر رجلا ان ينخس به فنخس فوطئت
انسانا فمات فالضمان عليهما . وكذلك لو نخس بغير امر الراكب فوطئت فالضمان عليهما . ولو نخس
بامره وهي سايرة فنفحت انسانا فمات فلا شيء عليهما وذلك لانه لما نخس بامره فاوطات فقد مات بالرجل
بثقل الراكب وفعل الناخس فاشتركا في الضمان لاشتراكهما في سبب القتل . واما اذا [illegible]
برجلها فضربه بامر الراكب كضرب الراكب فلا يضمن ۞ قال ولو نخس بغير امره فنفحت
انسانا وهي سايرة ضمن الناخس وكان على عاقلته كما بينا انه كالدافع لها وهو متعد في نخسه
وان كانت واقفة فنخس بامره فعلى الراكب . وان كان بغير امره فعلى الناخس وذلك لانه اذا نخس بامره
نخس فتضمن ما تعلق بالرجل ان كان بغير امره فقد تعدى في الفعل فصار كالدافع للدابة ۞ قال واذا نخس [illegible]
الدابة وعليها راكب بغير امره فوثبت به والقت الراكب فالناخس ضامن لما حدث عليه من جنايته لانه تعدى
في السبب فضمن ما تولد منه . فان لم تلقه وجمحت به فما اصابت في فورها ذلك فعلى الناخس لانه سبب
فيه على طريق التعدي . فان نفحت الناخس فقتلته كانت ديته هدرا لانه في حكم الجاني على نفسه الا ترى
انها لو نفحت غيره كان الضمان عليه . قال ولو امره بنخسها وهي تسير فوطئت انسانا فقتلته فالدية
عليهما جميعا نصفان لان الراكب والناخس كالسايق والراكب فيشتركان فيما كان من جناية الدابة فيما يحدث
منه . وقال ابن سماعة عن ابي يوسف وكذلك ان نخس بغير امر الراكب فوطئت فالضمان عليهما لانه تلف
بثقل الراكب ودفع الناخس ۞ قال ولا ضمان على الناخس حتى يعلم ان الذي اصابت كان في فورها الذي
نخسها فيه وهذا على ما قدمنا . قال فان كان للدابة سايق وقايد فنخس بغير اذن واحد منهما فنفحت
فالضمان على الناخس وحده لان الناخس كالدافع للدابة . فان كان بامر واحد منهما امره فلا ضمان عليه ولا
على واحد منهما اذا نفحت لان فعله بامرهما كفعلهما ۞

باب جناية القطار

قال ابو الحسن رحمه الله واذا قاد الرجل قطارا فما اوطاه اوله او آخره فهو ضامن له وكذلك ان صدم
انسانا فقتله لان القايد مقرب للبهيمة الى الجناية فكانه القاها على غيره . ولانه يقدر على الاحتراز
بان يذود الناس عن الطريق وما امكن الاحتراز منه ضمن . فان كان معه سايق فالضمان عليهما لان
كل واحد منهما مقرب للقطار فاشتركا في سبب الجناية . فان كان السايق في وسط القطار فما
اصاب مما خلف هذا السايق وما بين يديه من شيء فهو عليهما لان ما بين يديه هو له سايق والاول
له قايد وما خلفه هما له قايدان فيشتركان في الضمان . قال وان كان يكون احيانا وسطا واحيانا
[illegible] يتقدم وهو يسوقها مع ذلك فهو بمنزلة الاول لانه سايق لبعضها او قايد وكلا الامرين يتعلق
[illegible] الضمان ۞

وقال محمد في املاء الكيساني لو ان رجلا كان يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه ويزجر الابل فيزجره
لسوقه وعلى الابل قوم نيام في المحامل نيام او غير نيام فوطئ بعير منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة
القايد والسايق والراكبين على البعير الذي وطئ وعلى الراكبين جميعا اللذين قدام البعير الذي وطئ على عواقلهم
جميعا على عدد الرؤوس والكفارة على الراكب خاصة وذلك لان القايد والسايق مقربين الى الجناية والركاب
امام البعير كالقادة لما خلفهم والراكب على البعير حصل التلف بثقله فاشتركوا في سبب الضمان فانقسم
عليهم والكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة لان القتل بثقله وغيره سواه قاتل بسبب ۞ قال ومن كان
من الركبان خلف البعير الذي وطئ لا يزجر الابل ولا يسوقها انما على بعير منها او غير راكب فلا ضمان على واحد
منهم لانهم لم يسوقوا ولم يقودوا فصاروا كمتاع على الابل . قال واما الركبان امام البعير الواطئ فانهم
جميعا قادة للبعير الواطئ وجميع ما خلفه وهذا على انهم يفعلون فعلا في القود فاما اذا لم يكن منهم
فعل في القود فهم كالمتاع ۞ قال واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل فربط اليه بعيرا والقايد لا يعلم
فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة القايد يرجعون بها على عاقلة الرابط لان القايد قرب البعير
من الجناية وضمان الاتلاف يستوي فيه العلم والجهل فيرجع عاقلته بالضمان على عاقلة الرابط لان الرابط
تعدى في رباطه فصار هو السبب في الزامهم الضمان فكان الرجوع عليه . قال ولو كانت الابل وقوفا لا
يقاد فجاء رجل فربط اليها بعيرا والقايد لا يعلم فقادها القايد فانقاد البعير معها فوطئ البعير انسانا
فقتله فالضمان على القايد ولا يرجعون على عاقلة الرابط لان الرابط تعدى في الربط فلما قاد القايد زال
جنايته عن مكانها فزال الضمان عنه وتعلق بالقايد كمن وضع حجرا في الطريق فدحرجها آخر ثم عطب
بها انسان فالضمان على عاقلة الثاني دون الاول وليس كذلك المسالة الاولى لانه ربط البعير والابل
سايرة فلم يستقر به الجناية حتى تتغير حكمها بالانتقال فبقي التعدي ببقاء الربط . قال وان كان
القايد علم بالبعير في المسلمين جميعا انه قد ربط الى ابله فقادها على ذلك فوطئ البعير انسانا فقتله
فالدية على عاقلة القايد ولا يرجعون على الرابط لانه لما قاد بعد العلم بالربط فقد رضي بذلك فزال
الضمان عن الرابط فكانه ربط بامره ۞

باب الرجل يجني عليه جنايات مختلفة بعضها مضمون وبعضها غير مضمون ۞

قال ابو الحسن رحمه الله واذا جرح الرجل رجلا جراحة او جراحتين وجرحه
سبع فمات من ذلك فان على الرجل نصف الدية ونصفها هدر . وكذلك لو جرحه السبع جراحتين والرجل
[illegible] واحدة وذلك لان الجراحتين من رجل واحد كجناية واحدة بدلالة ان حكمهما واحد ولهذا قالوا في رجل
جرح رجلا جراحة وجرحه آخر جراحتين او عشر جراحات فمات من ذلك فالدية عليهما نصفان لان الانسان
قد يموت من جراحة واحدة ولا يموت من عشر جراحات فاحتمل ان يكون الموت من الجراحة المنفردة واحتمل
ان يكون من الجراحات الباقية فاذا ثبت هذا قلنا فقد مات من جراحتين مختلفتي الحكم [illegible]
سبع هدر وجراحة الآدمي مضمونة [illegible] الضمان فوجب على الجارح النصف وسقط ما اصاب من جراحة
السبع لانه هدر ۞ قال وكذلك لو جرحه الرجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية وخرج به
خراج واصابه حجر فجعل الجراحات التي ليس لها حكم يلزم كجراحة واحدة [illegible]
هدر والاخرى مضمونة فيلزمه نصف الدية وسقط نصفها ولا يبالي كثر عدد الهدر او قل [illegible]
وذلك لان الهدر له حكم واحد فصار كجراحات الرجل الواحد لها حكم جراحة واحدة ۞ قال
وكذلك لو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحتين [illegible] فمات من جميع ذلك [illegible] قال
فانه على كل رجل ثلث الدية ويهدر الثلث لان جراحة كل واحد من الرجلين لها حكم
الضمان والهدر من الجراحات كجراحة واحدة فكانه مات من ثلاث جنايات فتسقط الدية اثلاثا
قال فان كان لبعض الجناة جراحتان مختلفتا الاحكام قسمت ما يخصهم اذا قسمت على عدد الجناة على
احكام الجنايات وذلك كرجل امر رجلا ان يقطع يده فقطعها ثم ان المامور جرحه جراحة اخرى
بغير امره ثم جرحه رجلان آخران كل واحد منهما جراحة وعقره سبع ونهشته حية وخرج به
خراج فمات من ذلك كله فان الجناة الذين جنايتهم احكام ثلاثة [illegible]
هدر ونقسم باقي الدية على الجناة وهم ثلاثة فيكون على كل واحد منهم الثلث فما اصاب المامور
بالقطع له حكمان حكم هدر وهو القطع الذي امره به وحكم مضمون وهو الجراحة التي فعلها بغير امره
فيسقط نصف ما يخصه وهو سدس الدية [illegible]
وان اختلف حكمهما [illegible] الجناية لا حكم الجناية الواحدة
[illegible] فصار الموت من
اربع جنايات احداها هدر فيسقط ربع الدية وتلزم كل واحد من المامور والجارحين بعده ربع الدية فما
اصاب المامور [illegible] لا اختلاف في حكمها فيسقط نصف ما اصابه لانه مامور

وهو الثمن على الذي ذكر في الكتاب السدس وانما يريد به سدس ما بقي من الدية بعد اسقاط الهدر وسدس الثلثة الارباع ثمن الجميع ∴ قال ولو ان رجلا امر عشرة ان يضربوا عبده امر كل واحد منهم ان يضربه سوطا فضربه كل واحد منهم امره ثم ضربه اخر لم يامره سوطا فمات من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر ارش السوط ثم على الذي لم يؤمر جزء من احد عشر جزءا من قيمته مضروبا احد عشر سوطا وذلك لان الضارب الذي لم يؤمر قد حدث في العبد نقص بضربه والعبد ناقص بما تقدم من الضرب فوجب ان يضمن ما نقصه السوط الحادي عشر من قيمته وهو مضروب عشرة لانه لم يجن عليه الا بعد نقصانه ثم قد مات العبد من احدى عشر جراحة لان كل واحد من السياط فعل ادمي فتعلق بفعله حكم فانقسم الضمان على عددهم فما اصاب العشرة سقط لانه وقع بامر المالك وما اصاب الحادي عشر ضمنه وذلك جزء من احد عشر جزءا من قيمته مضروبا احد عشر سوطا لان العشرة الاسواط اوجبت نقصانا بفعل غيره فلا يضمن به والسوط الحادي عشر قد ضمن نقصه ابتداء فلا يضمنه ثانيا وانما لم يدخل نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما ضمان الجزء وضمان الجزء الجزء اذا تعلقا بسبب واحد لم يدخل احدهما في الاخر وليس هذا كمن انفرد بضرب العبد فمات انه يضمن القيمة دون النقصان لانه اجتمع ضمان جزء وضمان كل وتعلقا بسبب واحد فدخل احدهما في الاخر ∴ قال ولو كان المولى هو الذي ضربه عشرة اسواط بيده ثم ضربه اجنبي سوطا فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ما نقصه السوط الحادي عشر مضروبا عشرة اسواط ونصف قيمته مضروبا احد عشر سوطا لان ضرب المولى بما حصل من فعل واحد صار كجناية واحدة وان كثر عدده فكانه مات من سوطين فيسقط نصف الدية ويثبت نصفها ولا يشبه الضرب العشرة بامره كضربه بنفسه فهلا كانا سواء ∴ ولان لفظ بهم كلهم حكم واحد هو سقوط الضمان فيقال له جناية الادميين مختلفين وان استوى حكمهما لا يصيران كجناية واحدة بدلالة الجنايتين المضمونتين من اثنين لا يكونان كجناية واحدة والجنايتين من واحد تتساوي في الضمان وهو كجناية واحدة ∴ فاما ضرب الجماعة بامر المولى فهو في حق المولى كفعله في باب سقوط الضمان ∴ فاما في حق من شاركهم في الجناية فانما يعتبر عددهم لان لفعل كل واحد منهم حكما ينسب اليه وهو الضمان او المأثم ∴ قال ولو ان رجلا جرح رجلا جراحة وجرحه اخر جراحتين او اكثر من ذلك فمات فالدية عليهما نصفان اذا كان تجر احة الواحد منهما قد يقتل مثلها انما ننظر الى الجناة ولا ننظر الى عدد الجنايات لانه قد يموت من واحدة ولا يموت من عشر ويسلم من واحدة وهذا على ما بيناه

باب الرجل يامر غيره بالجناية عليه

قال ابو الحسن رحمه الله واذا قال الرجل للرجل اقتلني فقتله بسيف عمدا او خطأ لم يكن عليه دية في قول ابي حنيفة روى ذلك ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة والحسن بن زياد عن ابي حنيفة وابي يوسف ∴ وروى بشر بن الوليد وعلي بن الجعد عن ابي يوسف ان على القاتل الدية في قول ابي حنيفة وابي يوسف ∴ وكذلك روى هشام عن محمد عن ابي حنيفة ان عليه الدية ∴ وروى ابن سماعة عن محمد نفسه ان عليه الدية استحسانا والكلام في هذه المسألة يقع في سقوط القصاص فقال اصحابنا لا قصاص على القاتل وروى الحسن عن زفر ان عليه القصاص ∴ وجه قولهم ان القصاص اذا ثبت ثبت للمقتول بدلالة سقوطه بعفوه ويستحيل ان يثبت له مع امره به كما لو امر بقطع يده ∴ وجه قول زفر ان الامر بالقصاص لا يتعلق به حكم بدلالة ان المامور لا يحل له القتل فصار وجود امره وعدمه سواء ∴ ولان القصاص يثبت بعد الموت والامر لا يؤثر في اسقاط ما يجب لورثته بعد موته وليس هذا كقطع يده لان الحق يجب له فجاز ان يسقط بامره ∴ فاما ضمان الدية فوجه رواية ابن سماعة وهي اصح الروايتين ان الدية لو وجبت وجبت له بدلالة انه يقضى بها دينه وتنفذ وصاياه فاذنه في سبب وجوبها يسقطها كما لو اذن في قطع يده ∴ ولانه ضمان يجب له فوجب ان يسقط باذنه في الاتلاف كضمان المال ∴ وجه الرواية الاخرى ان الدية انما تجب بعد الموت ويستحيل ان يثبت للميت حق مبتدا بعد موته فعلم انها تثبت للورثة فاذن الميت لا يؤثر في اسقاط حقهم ∴ ولان القياس ان لا يسقط القصاص بالاذن لانه يجب بعد الموت الا ان الاذن في سببه صار شبهة في سقوطه فانتقل مالا والمال لا يسقط بالشبهة ∴ وقال ابن سماعة وهشام عن محمد اذا امر الرجل الرجل ان يقطع يده او يفقا عينه فلا شيء عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وذلك لان الضمان انما يجب له واذنه في سببه يسقط الضمان كحقه ∴ قال ولو قال اقتل عبدي او اقطع يده لم يضمن فيهما لان الضمان يثبت في الوجهين جميعا للمولى وقد اذن في الاتلاف فلا يثبت الضمان ∴ وقال هشام عن محمد اذا قال اقتل اخي وهو وارثه قال محمد كان زفر يقول اقتله به ∴ وقال ابو حنيفة استحسن ان اخذ الدية من القاتل ∴ وجه القياس انه غير مالك لدم اخيه فاذنه لا يتعلق به حكم ∴ وجه الاستحسان ان القصاص لو وجب لوجب للاخ وقد اذن في سببه فصار ذلك شبهة في سقوطه فانتقل مالا ∴ وقال علي بن الجعد عن ابي يوسف قال ابو حنيفة اذا امر الرجل رجلا ان يقتل عبده فقتله فلا شيء عليه فان امره ان يقتل ابنه ولا وارث غيره لا اب فقتل قتل به ∴ وروى الحسن

عن ابي يوسف انه قال استحسن ان اجعل عليه الدية ∴ قال ابو يوسف وهذا يخالف النفس وعبده اما ابو حنيفة فيجوز ان تكون هذه الرواية بعينها هي القياس والاستحسان ما قال ابو يوسف في وجوب الدية والفرق بين هذا وبين امره بقتل نفسه انه مالك لدمه بدلالة انه لو اقتص بما يوجب القتل قبل ان يكون اذن له فيما يملك يسقط الضمان وليس بمالك لدم ابنه فاذنه فيه لا يسقط الضمان ∴ قال ولو امره بان يشجه فشجه فلا شيء عليه وان مات منها كانت عليه الدية ∴ قال ابو الحسن رحمه الله هذا على اصل ابي حنيفة لان امره بالشجة لا يكون امرا بالنفس كما لا يكون ابراؤه من الشجة ابراء من النفس وذلك لانه اسقط الضمان في الشجة بالاذن ولم يسقط في النفس ومن اسقط ما لم يستحق له لم يسقط حقه ∴ الا ان الشجة سبب القصاص فالاذن فيها شبهة ∴ وقال ابو يوسف في رجل امر رجلا ان يقطع يد ابن له صغير فقطعها ان الاب يقتص منه لان القصاص ثبت للصغير فاذن الاب لا يسقط حق غيره ∴ وقال ابن سماعة في نوادره سمعت محمدا قال في رجل امر رجلا ان يقطع يده ففعل فمات المجروح منها قال ليس على قاطعه شيء ∴ قال ولا يشبه هذا رجل شج رجلا موضحة فعفى له عنها ولم يقل وما حدث منها فمات منها قال هذا في قول ابي حنيفة عليه الدية من قبل انه عفا عن الشجة ولم يقل وما حدث منها فلما مات علمنا انه قاتل ولم يعف عن النفس فعليه الدية ∴ قال والذي امر بقطع يده فمات من ذلك لا يشبه هذا من قبل ان قطع اليد لا شيء فيه فلم يكن في قطع اليد شيء لم يكن في النفس التي ذهبت من اليد شيء وهذا الذي ذكره ابن سماعة مخالف لما رواه ابو يوسف وبناه ابو الحسن على هذا الاصل والفرق الذي ذكره محمد صحيح لان الشجة وقعت هناك مضمونة وانما يسقط ضمانها بالعفو فاذا عفا عنها فسرت تبينا انه عفا عن غير حقه فبقي الضمان واذا امر ابتداء بالشجة فقد وقعت غير مضمونة وانما يسقط ضمانها بالعفو فاذا عفا عنها فقد وقعت غير مضمونة بدلالة انها لو استقرت لم يضمن فما يتولد منها لا يكون مضمونا ∴

باب الجناية بحفر البئر

قال ابو الحسن رحمه الله واذا احفر الرجل الحر بئرا في طريق المسلمين فوقع فيها رجل فمات او اصابته جناية فيما دون النفس بسقوطه فهو ضامن للجناية حيا كان الحافر او ميتا وذلك على عاقلته اذا كان ما لزم بالجناية خمسمائة فصاعدا ∴ فان كان اقل من ذلك فهو في ماله يؤخذ منه ان كان حيا ومن تركته ان كان ميتا وذلك لما روي عن شريح ان عمرو بن الحارث حفر بيرا عند دار اسامة فعطبت فيها بغلة فضمنه شريح وقضاياه كانت بحضرة الصحابة ولم يحك في ذلك خلاف ∴ ولانه متعد في الحفر فضمن ما تولد منه كمن تعدى في الرمي ∴ ولانه لما حفر في غير حقه صار مسببا في الاتلاف على طريق التعدي فكانه دفع الواقع فيها ∴ وقد روي عن ابي يوسف في الامالي انه قال اذا مات الواقع في البير من الوقوع ضمن في قول ابي حنيفة ∴ فان مات غما او جوعا لم يضمن وقال ابو يوسف ان مات غما ضمن وان مات جوعا لم يضمن وروي عن محمد انه يضمن في الجميع ∴ لابي حنيفة ان الجناية هي الحفر فما تولد منه مضمون وما حدث بسبب اخر لا يضمنه الحافر كما لو دفع رجل فيها رجلا والغم والجوع ليس بفعل الحافر فلم يضمنه ∴ لابي يوسف ان الغم بسبب البير فصار كالمتلف بالوقوع والجوع تأثيره الاكل وذلك لا يعود الى الحفر ∴ لمحمد ان الحافر صار مسببا في الجميع فكانه حبس رجلا حتى مات ∴ واما وجوب الضمان على العاقلة فلانه قتل بسبب فهو اضعف من قتل الخطأ فاذا وجب ضمان الخطأ على العاقلة فهذا اولى ∴ ويتحملون ما بلغ ارش شيئا مقدرا على ما بيناه وما لم يبلغ الارش المقدر في مال الحافر لانه يجري مجرى ضمان الاموال وانما استوى في ذلك حياة الحافر وموته لان الضمان يستند الى حال الحفر فكانه جنى في ذلك الوقت ثم مات ∴ قال ويجب عليه لكل جناية كانت منه بالحفر ارش الجناية لا يسقط شيء من ذلك بسقط منه ولا تشترك المجني عليهم فيما يجب لكل احد منهم وهو كله على العاقلة الا ما نقص من خمسمائة وذلك لان ما يجب بالحفر في ذمة العاقلة فالحقوق المتعلقة بالذمم لا تتضايق ∴ قال وان كان الحافر مدبرا او ام ولد فما لحق من جنايته بالحفر فهو على المولى في قيمة المدبر وفي قيمة ام الولد لا يلزمه في كل واحد منهما الا قيمة واحدة على ما بينت ذلك في جنايتهما بايديهما غير ان قيمة المدبر وام الولد يلزم المولى يوم حفرا ولا ينظر الى قيمتهما بعد ذلك ان زادت او نقصت لان حفرهما جناية وجنايتهما تلزم المولى لانه منع من تسليمهما فيها بتدبيره واستيلاده فكانه دبر بعد الجناية وهو لا يعلم ولا يجب عليه الا قيمة واحدة لان الضمان يلزمه بالمنع والمنع منع واحد وانما اعتبرت قيمتهما يوم الحفر لان الحفر هو الجناية دون الوقوع فصار كالجناية بالمباشرة فيعتبر قيمتهما عندها ∴ قال وان كان الحافر مكاتبا لزمه الجنايات دون سيده على ما بينت ذلك من جنايته بيده الا انه تعتبر ايضا قيمته يوم حفر لا يوم الجناية وذلك لان المكاتب احق باكسابه فجنايته عليه في الحفر ∴ قال وان كان الحافر عبدا فالجنايات كلها في رقبته يقال للمولى ادفعه او افده وتبيعا دون في الرقبة على حال كل واحد منهم فيها وذلك لان الحفر جناية كالمباشرة فيتعلق برقبته والرقبة يتضايق عن الحقوق فيتحاصون فيها ∴ فان اختار المولى الفداء فداه بجميع الارش لانه انما تظهر رقبته عبده بان يفا ما تعلق بها ∴ قال فان اعتقه المولى بعد

قبل الوقوع ثم لحقت الجنايات فذلك على المولى في قيمته يوم عتق فيشترك الجنايات التي كانت بعد العتق وقبله فيها
لكل واحد منها بقدر ارش جنايته لان المولى صار مانعا من تسليم الرقبة بالعتق من غير اختيار فيلزمه القيمة قال
وكذلك لو لم يعتق ولكن وقع في البئر رجل فمات فدفعه بالجناية ثم وقع في البئر آخر فانه يشارك الاول في الرقبة
المدفوعة وكذلك ما حدث من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول في رقبة العبد كل واحد منهم
بقدر جنايته وذلك لان المولى انما يلزمه الضمان في الرقبة وقد زال ملكه عنها بغير اختياره فتعلق بها حق الثاني
كما تعلق بها حق الاول ⁘ ومما يلحق بهذا الباب ما قالوا فيمن حفر بئرا
في الطريق فجاء رجل فحفر في اسفلها ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول ولا ضمان على الثاني لان الاول كالدافع والثاني
حافر فكان كرجل دفع رجلا في بئر حفرها غيره فالضمان على الدافع ⁘ قال محمد في الكتاب ينبغي في القياس
ان يضمن الاول ثم قال وبه نأخذ ولم يذكر الاستحسان وذكر في الاستحسان ان الضمان عليهما لانهما اشتركا
في الجناية ⁘ وانما ترك هذا الاستحسان لان ابتداء السبب كان من الاول فصار كمن حفر بئرا فنصب غيره فيها
سكينا فوقع فيها رجل فمات فالضمان على الحافر دون واضع السكين ⁘ ولو وسع رجل راسها فوقع فيها
انسان فالضمان عليهما نصفان وهذا موضوع على انه وسعها قليلا بمقدار ما يضع رجله في حفرها فاما اذا
وسع الذي كثيرا حتى صير وضع القدم في حفر الثاني دون الحفر الاول فالضمان على الثاني لان جناية الاول
زالت ⁘ قال ولو حفر بئرا وكبسها بحجارة او جص فجاء رجل آخر فاخرج منها الحجر والجص فوقع فيها انسان
فالضمان على الذي اخرج الحجارة ولو كان كبسها بحنطة او شعير ثم جاء رجل فاخرجها ثم وقع فيها انسان فالضمان
على الاول والفرق بينهما ان الكبس بالحجر والجص طم للبئر فيخرجها من حكم الابار وتزول الجناية وانما تصير بئرا
بفعل الثاني فصار كمن ابتدا حفرها ⁘ واما اذا كبسها بحنطة او شعير فحكم الحفر باق لان البئر لا
تطم بذلك فاذا جاء الثاني فاخرج ما فيها فهي بئر بفعل الاول فالضمان عليه ⁘ قال ولو نحى رجل حجرا
فسقط في بئر حفرها آخر فهو على وجهين ان كان الحجر وضعه انسان على الطريق فالضمان على واضع الحجر
لانه كالدافع للرجل في البئر والضمان عليه ⁘ وان كان بغير فعل احد حمله السيل فالضمان على حافر
البئر لانه لا حكم للحجر فصار كوقوعه في البئر بغير فعل احد فالضمان على حافر البئر لانه لا حكم للحجر
فصار كوقوعه في البئر بغير فعل احد فالضمان على الحافر ⁘ قال ولو سد الحافر راس البئر فجاء آخر
فنقض ذلك ثم وقع فيها انسان فالضمان على الحافر لان الاول وان غطى راسها فلم يخرج من حكم الابار فاذا فتح الثاني
راسها فالجناية بفعل الاول وانما اظهرها الثاني فالضمان على الاول ⁘ وقالوا فيمن حفر بئرا في ملك غيره فوقع
فيها انسان فقال صاحب الدار انا كنت امرته وانكر اولياء الميت فالقياس ان لا يصدق صاحب الدار لانه يبري
الحافر من ضمان وجب في الظاهر والاستحسان ان يصدق لانه لو اذن في الحال جاز اذنه فاذا اقر بما له ان
يفعله كان اقراره اولى ⁘ واذا حفر الرجل بئرا في طريق مكة في غير ممر الناس فلا ضمان على الحافر لان المفازة
موضع مباح فلكل احد ان يحفر فيه وقد ملكها الحافر عند ابي يوسف ومحمد وما حولها من الحريم وعند
ابي حنيفة لا يملك الا ان يكون حفرها باذن الامام ⁘ واذا سقط رجل في البئر فقال الحافر القى نفسه
فيها عمدا وقال ورثة الميت وقع فيها كان قول ابي يوسف ان القول قول الورثة ثم رجع فقال
القول قول الحافر وهو قول محمد وجه قوله الاول ان الانسان في العادة لا يتعمد القاء نفسه في البئر
فلم يقبل قول الحافر فيما يخالف الظاهر ⁘ ووجه قوله الثاني ان الاختلاف وقع في وجوب
الضمان فالقول قول المنكر ⁘ ولان الظاهر ان الانسان يرى البئر في الطريق كما ان الظاهر انه لا
يتعمد الوقوع فتقابل الظاهران والاصل عدم الضمان ⁘ وذكر محمد في الزيادات فيمن استاجر رجلا
ليحفر له بئرا في الطريق فوقع فيها انسان فان كانت في فناء المستاجر فالضمان عليه دون الاجير
وان لم يكن ذلك في فنائه وقد اعلم المستاجر الاجير انه ليس في فنائه فالضمان على الاجير وان
وان لم يعلمه فالضمان على المستاجر ⁘ اما اذا كان في فنائه فقد روي عن شريح انه ضمن عمرو بن الحرث
قيمة بغلة وقعت في بئر حفرها وقد كان عمرو بن الحرث احد الروسا فهو لا يحفر بئرا بنفسه وانما يستاجر
من يحفرها وقد ضمنه شريح بحضرة السلف ⁘ ولان لصاحب الدار اختصاصا بفنائها الا ترى ان عند
ابي يوسف ومحمد لا يمنع من التصرف فيه اذا لم يضر وعند ابي حنيفة اذا لم يمنع يباح له الانتفاع
فتعلق بامره فيه حكم فكانه حفر بنفسه ⁘ واما اذا لم يكن في فنائه وقد علموا انها ليست
في فنائه فامره لا يتعلق به حكم لانه لا يجوز له الانتفاع بهذا المكان فبطل ان يكون امرا بالجناية
فضمان الجناية يلزم الجاني دون الامر ⁘ واما اذا لم يعلموا ان الموضع ليس بفنائه فقد غرهم الامر
لان الانسان في العادة انما يامر بما يملك فكان الضمان عليه بحكم الغرور ⁘ قال واذا استاجر
الرجل اربعة نفر يحفرون له بئرا فوقعت عليهم من حفرهم فمات احدهم فعلى كل واحد من الثلثة
ربع الدية ويسقط الربع لانه مات بجناية نفسه وجناية اصحابه فيسقط ما اصاب فعله
وتجب ما اصاب شركاؤه ⁘ وقد روي الشعبي عن علي رضوان الله عليه انه قضى على القارصة والواقصة

والقامصة بالدية اثلاثا وذلك لان ثلث جواري كن يلعبن فركبت احديهن صاحبتها فجاءت الثالثة فقرصت
المركوبة فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فجعل علي بن ابي طالب عليه السلم على القارصة ثلث الدية وعلى
القامصة الثلث واسقط الثلث لان الواقصة اعانت على نفسها ⁘ وروي ان عشرة مدوا نخلة فسقطت على
احدهم فمات فقضى علي بن ابي طالب رضوان الله عليه على كل واحد بعشر الدية واسقط العشر لان المقتول اعان
على نفسه وهذا اذا كانت البئر في الطريق فان كانت في ملك المستاجر فينبغي ان لا يجب شي لان الفعل كان
مباحا فما تولد منه غير مضمون ⁘ واذا وقع الرجل في بئر في الطريق فتعلق باخر وتعلق الثاني بثالث
فوقعوا جميعا فماتوا فان هذا على وجهين اما ان يعرف حال موتهم وهو ان يخرجوا فيخبروا عن حال موتهم
واما ان لا يعرف حال موتهم فان عرف ذلك فان موت الاول لا يخلو من تسعة اوجه اما ان يموت بوقوعه
في البئر او لوقوع الثاني عليه او لوقوع الثالث عليه او بوقوع الثاني والثالث عليه او بوقوعه ووقوع الثاني عليه
او بوقوعه ووقوع الثالث عليه او بوقوعه ووقوع الثاني والثالث عليه فان عرف انه مات بوقوع نفسه
في البئر فالضمان على الحافر لانه مات من جنايته ⁘ وان مات بوقوع الثاني عليه فدمه هدر لانه هو
الذي جر الثاني على نفسه وان مات بوقوع الثالث عليه فديته على الثاني لان الثاني هو الذي جر الثالث
عليه ⁘ وان مات بوقوع الثاني والثالث عليه فنصف ديته هدر ونصفها على الثاني ⁘ وان مات بوقوعه
ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر والنصف هدر ⁘ وان مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه فنصفه
على الحافر ونصفه على الثاني ⁘ وان مات بوقوعه ووقوع الثاني والثالث فديته اثلاثا ثلث على الحافر وثلث
هدر وثلث على الثاني لانه مات بثلثة اسباب فتقسم ديته اثلاثا ⁘ وموت الثاني لا يخلو من ثلثة
اوجه اما ان يموت بوقوعه في البئر او بوقوع الثالث عليه او بوقوعه ووقوع الثالث عليه ⁘ فان مات بوقوعه
في البئر فديته على الاول لان الاول هو الذي جره في البئر ⁘ وان مات بوقوع الثالث عليه فديته هدر
لانه هو الذي جره على نفسه ⁘ وان مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه فديته نصفان نصفها هدر ونصفها
على الاول ⁘ فاما موت الثالث فليس له الا وجه واحد وهو وقوعه في البئر فديته على الثاني لان الثاني
هو الذي جره ⁘ وهذا اذا علم كيف حالهم فان وجدوا موتى ولا يعرف كيف كان موتهم فالقياس ان
دية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد ⁘ وفي الاستحسان
قول لم يبين محمد من قال فيقال انه قول ابي يوسف ويقال هو قول ابي حنيفة وابي يوسف ان دية
الاول اثلاثا على صاحب البئر الثلث وعلى الاوسط الثلث والثلث هدر ⁘ ودية الثاني نصفان نصف
على الاول ونصف هدر ⁘ ودية الثالث على الثاني بالاتفاق ⁘ وانما بين الخلاف في دية الاول
والثاني ⁘ وجه القياس ان دية الاول على الحافر لان وقوعه في البئر قد ظهر فموته من ذلك
[illegible] سبب آخر ⁘ وكذلك موت الثاني سبب وقوعه كان اسبق فعندنا انه مات من الوقوع ما
لم يظهر سبب آخر ⁘ ووجه الاستحسان ان هذه الاسباب الثلثة قد ظهرت وليس احد
الاسباب اولى من الآخر فوجب ان تنقسم اثلاثا فيجعل كانه مات من الاسباب كلها ويجعل الثاني كانه
مات من السببين ⁘ قال محمد في الكتاب فاذا لم يعرف من اي ذلك ماتوا ابطل نصف
ذلك واحد النصف يعني انه يجب البعض ويسقط البعض ولا يريد به النصف خاصة لان دية
الاول يسقط بها ويجب الثلثان ⁘ او يقال انه اراد بالنصف دية الثاني خاصة لانهم اتفقوا انه لا
يسقط من دية الثالث شي فعلم ان قوله يسقط النصف انصرف الى نصف هدر دون بعض يجعل على الثاني
واذا امر الرجل عبده ان يحفر بئرا في الطريق فوقع فيها انسان فان كان في فنائه فالضمان على عاقلة المولى
فكان المولى حفر لانه يملك الاذن من هذا المكان فكانه استاجر من حفره ⁘ واما اذا كان في
غير فنائه فالضمان في رقبة العبد اعلمه انه ليس في فنائه او لم يعلمه لانه لا غرور بينه وبين العبد
لانه يتلف ماله في الوجهين جميعا وفي الاخرى يحتاج الى العلم لان الغرور يثبت واذا كان كذلك
فالامر لم يتعلق به حكم فصار العبد هو الجاني فالجناية في رقبته ⁘ واذا استاجر الرجل اجيرا حرا
وعبدا محجورا عليه ومكاتبا يحفرون له بئرا فوقعت البئر عليهم فماتوا فلا ضمان على المستاجر في الحر
ولا في المكاتب ويضمن قيمة العبد لمولاه لان استيجار الحر والمكاتب ليس بجناية واستيجار العبد جناية
لانه استعمل عبد غيره بغير اذنه فصار غاصبا فاذا دفع القيمة الى المولى دفع المولى القيمة الى ورثة الحر
والى ورثة المكاتب ⁘ لان القيمة قامت مقام العبد فاذا دفع القيمة ضرب ورثة الحر بثلث الدية وورثة
المكاتب بثلث قيمة المكاتب لان كل واحد منهما هلك بثلث جنايات بجناية نفسه وجناية صاحبيه فكان
العبد استهلك ثلث الحر وثلث المكاتب فيقسم القيمة على ذلك ثم يرجع المولى على المستاجر بقيمة اخرى
فيسلم له لان المستاجر غصب عبدا فارغا فرد رقبته مشغولة فاذا استحقت بسبب كان في يده
رجع عليه بها وصار كان العبد للمستاجر لانه غرم قيمته وللمستاجر ان يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة
العبد واوليا المكاتب ياخذون ايضا من عاقلة ثلث قيمة المكاتب ثم ياخذ من تركته
قيمة

فيكون بين ورثته الحر والمستاجر يضرب فيها ورثة الحر بثلث الدية والمستاجر بثلث القيمة لان المكاتب قد استهلك ثلث كل واحد منهما

باب الحايط المايل على الطريق

قال ابو الحسن رحمه الله واذا مال حايط من دار رجل على طريق نافذ او دار رجل ولم يطالب بنقضه ولم يشهد عليه حتى سقط على رجل فقتله او على متاع فافسده او على حيوان فعطب به فلا ضمان على صاحب الحايط في شي من ذلك وهذا على وجهين ان بنى الحايط مايلا الى ملك غيره او الى الطريق فهو ضامن لما عطب بسقوطه وان لم يطالب لانه تعدى بالبنا في حق غيره الا ترى ان هوا البقعة في حكمها ولو بنى في ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بنا في هوا ملك غيره وهوا الطريق المسلمين لطريقهم فكما لا يجوز البنا في الطريق كذلك لا يجوز في هوايه واذا ثبت انه متعدي ضمن ما يتولد منه فاما اذا بناه في حقه ثم مال الحايط فقد حصل الهوا في يده بغير فعله فلا يضمن ما يتولد منه كمن القت الريح في داره ثوب قال وان تقدم اليه في هدمه واشهد عليه ثم سقط في مدة قد امكنه نقضه فيها بعد الاشهاد فهو ضامن وذلك لان حايطه في يده فاذا مال فقد حصل في حق غيره وهو الهوا في يده بغير فعله فاذا طولب بازالة اليد فلم يفعل مع الامكان ضمن كثوب القته الريح في دار انسان فطولب به فامتنع من رده مع القدرة وقد روي عن الشعبي وشريح وابرهيم وغيرهم من التابعين انهم قالوا اذا تقدم اليه في الحايط فلم يهدم وجب عليه الضمان والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم وانما يحتاج الى الاشهاد لتثبت به المطالبة وهذا كما نقول في الشفعة ان المعتبر به المطالبة وانما يشهد لتثبت المطالبة بالشهادة ولو اعترف صاحب الحايط انه طولب وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه قال وان كان لم يفرط في نقضه وذهب يطلب من يهدمه فكان في طلب ذلك حتى استاجر من يهدمه فسقط الحايط فقتل انسانا او عقر دابة او افسد متاعا فلا ضمان عليه لانه لم يتمكن من ازالة يده فلم يضمن ما يتولد كالثوب اذا القته الريح فطولب به وهو لا يقدر على رده لم يضمنه اذا هلك قال محمد والاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا فاذا فعل فقد لزمه نقضه على حال الامكان وذلك لما بينا ان المعتبر المطالبة والاشهاد يحتاج اليه لثبوتها فاذا اشهد على المطالبة حصل الغرض المقصود قال فان كانت جنايته على انسان فهو على العاقلة اذا كانت نفسا او ما دونها اذا بلغ من دية الرجل نصف عشر ديته ومن المراة عشر ديتها وما كان اقل من ذلك فهو في ماله وهذا على ما قدمنا ان العاقلة تتحمل مقدار ارش الجنين فصاعدا ولا تتحمل ما دون ذلك قال وما كان في غير بني ادم فهو في ماله لان ضمان الاموال لا تتحمله العاقلة وانما تحملت جناية الحايط لانها دون الخطا فهو اولى بالتحمل قال ومن اشهد عليه من الناس اذا كان الميلان الى الطريق ممن له المرور في الطريق فذلك اشهاد ونقدم واهل الذمة واهل الاسلام في ذلك سوا لان الطريق حق لجميع اهل الدار فمن طالب بازالة الاذى عنه فقد طالب بماله فيه فصحت مطالبته والذمي له حق في الطريق فمطالبته كمطالبة المسلم قال وان كان الميلان الى دار رجل فالاشهاد الى صاحب الدار لان ذلك حق يختص به فالمطالبة به اليه وان كان فيها ساكن فالاشهاد الى السكان لان المستاجر له حق في المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذلك يطالب بما يشغل الهوا قال ابو الحسن رحمه الله وانما يحتاج الى الاشهاد في هذا الجزا من الجحود والا فاذا تقدم اليه فيه فطولب فلم يفعل حتى سقط الحايط لزمه ما جنى عليه فيما بينه وبين الله عز وجل وهذا على ما بينا ان الضمان يتعلق بالتفريط بعد المطالبة والاشهاد تثبت به المطالبة قال واذا مال الى الطريق واشهد رجل عليه ثم استاجل الذي اشهد عليه ان يوخره او استاجل الحاكم فاجله فالتاجيل باطل لا يبرى من شي وان كان الميلان الى دار رجل فاجله صاحب الدار او ابراه منه او فعل ذلك ساكن الدار فذلك جايز ولا ضمان عليه فيما جنى الحايط والفرق بينهما ان الحايط اذا مال الى الطريق فالحق لجماعة المسلمين فاذا طالب احدهم تعلق الضمان بالحايط لحق الجماعة فاذا اجله احدهم او اجله الحاكم فقد اسقط حق نفسه وحق غيره وذلك لا يجوز واما صاحب الدار فالحق له وكذلك الساكن فاذا اجل او ابرى فقد اسقط حق نفسه فلذلك جاز قال وكذلك لو ان رجلا كان في دار رجل حجرا او حفر فيها بيرا او بنا فيها بنا وابراه صاحب الدار منه كان بريا ولا يلزمه ما عطب بشي من ذلك كان صاحب الدار او دخل عليه فكانه صاحب الدار فعل ذلك لان الضمان انما يجب لحق صاحب الدار فاذا ابراه فقد اسقط حقه فصار الفعل وقع باذنه قال ولو باع صاحب الدار الدار التي فيها الحايط المايل بعد التقدم اليه والاشهاد فسقط الحايط بعدما قبضه المشتري او بعدما ملكه لم يضمن ما جنى الحايط وذلك لانه لما باع فقد صار بحال لا يملك فيها النقض والضمان يجب عليه بترك النقض فاذا لم يتمكن منه لم يضمن وليس هذا كمن اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار والجناح فوقع على انسان ضمن البايع لان نفس الموضع جناية فزوال ملكه عنه لا يغير حاله وليس كذلك في مسئلتنا لان بنا الحايط لم يكن جناية وانما الجناية بترك النقض فاذا صار لا يملك النقض في حال الوقوع خرج فعله من ان يكون جناية

قال وكذلك من اشهد عليه ممن لا يجوز له نقضه فانه لا يضمن وان كانت الدار في يده مثل المرتهن او المستاجر او المودع فان هذا باطل لا يلزمه شي لانهم لا يملكون النقض فلا يصح مطالبتهم به فان اشهد على المالك صح وذلك لانه يقدر على نقض الدار وهدم الحايط فصار مفرطا بالترك قال واذا اشهد على الوصي او الاب في هدم حايط الصغير بجرها لزمه النقض فان لم ينقض حتى سقط الحايط فما وقع من جنايته فهي لازمة للصبي ما كان منها يلزم في مال البالغ فهو في مال الصغير وما كان على العاقلة فعلى العاقلة وذلك لان المولى يملك نقض الحايط فصار الاشهاد عليه كالاشهاد على المالك قال وان كانت الدار بين الورثة فاشهد على بعضهم ولم يشهد على جماعتهم فسقط الحايط فلا ضمان على من اشهد عليه في القياس قال محمد ولكنا نستحسن فنلزمه بقسط ما يملك منه ووجه القياس ان احد الشركا لا يملك النقض دون شركايه فلم يصر مفرطا بتركه وانما استحسنوا لانه يقدر ان يخاصم شركاه ويطالبهم بالنقض فاذا لم يفعل ذلك صار مفرطا قال واذا انكرت العاقلة ان يكون الدار ملكا لصاحبهم فاعقل عليهم قال محمد لا يضمن العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلثة اشيا على التقدم اليهم في الحايط وعلى انه مات من سقوط الحايط وعلى ان الدار له وذلك لان كون الدار في يده ظاهر في الملك والظاهر لا يستحق به حقا على الغير فلم يجب على العاقلة التحمل ولهذا قلنا انه لا يستحق بهذه الدار الشفعة حتى تقيم البينة على الملك وفي قول زفر يجب على العاقلة بظاهر اليد لان اليد دلالة على الملك كما يحكم لصاحب اليد بالشفعة فاما الشهادة على التقدم اليه فلان المطالبة هي التي تجعل الفعل جناية واما موته من السقوط فلان ذلك اذا لم يعلم الجناية فلا يجب الضمان

باب القسامة

قال ابو الحسن رحمه الله قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا ابا يوسف قال في القتيل يوجد في المحلة او في دار رجل في المصر قال ابو حنيفة قال في ذلك اذا كانت به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق فان هنا قتل وفيه القسامة على عاقلة رب الدار وعلى عاقلة اهل المحلة قال ابو الحسن يعني على عاقلة رب الدار اذا وجد في الدار وعلى عاقلة اهل المحلة اذا وجد في المحلة قال ابو يوسف في تمام الحكاية عن ابي حنيفة يقسم كل رجل منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ثم يغرمون الدية في ثلث سنين على اهل الديوان في كل سنة الثلث وقال مالك اذا كان هناك لوث استحلف الاوليا خمسين يمينا واقتص من المدعى عليه واللوث عنده ان يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه او يكون هناك عداوة ظاهرة وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاوليا وقضى لهم على المدعا عليه بالدية والاصل في وجوب القسامة حديث سهل بن ابي حثمة قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر فجا اخوه عبد الرحمن بن سهل الى رسول الله صلى الله عليه وعماه حويصة ومحيصة فذهب عبد الرحمن يتكلم عند النبي صلى الله عليه فقال الكبر الكبر فتكلم احد عميه اما حويصة واما محيصة الكبير منهما فقال يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال يبريكم يهود بخمسين يحلفون انهم لم يقتلوه فقالوا كيف نرضى بايمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما لم نره فوداه رسول الله صلى الله عليه من عنده وروى الزهري عن سعيد ان القسامة كانت في الجاهلية فاقرها رسول الله صلى الله عليه في قتيل من الانصار وجد في جب اليهود فارسل رسول الله صلى الله عليه الى اليهود فكلفهم قسامة خمسين فنكلت اليهود ان تحلف فقال للانصار احلفوا فابت الانصار ان تحلف واغرم رسول الله صلى الله عليه اليهود ديته لانه قتل بين اظهرهم وروى خصيف عن زياد بن ابي مريم قال جا رجل الى النبي صلى الله عليه فقال يا رسول الله اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا قاتلا فقال يا رسول الله ليس لي من اخي الا هذا قال بلى مايه من الابل وقد روى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس انه قال وجد قتيل بخيبر فقال رسول الله صلى الله عليه اخرجوا من هذا الدم فقالت اليهود قد كان وجد قتيل في بني اسرايل على عهد موسى عليه السلام فقضى في ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال لهم يحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية فقالوا قضيت بالناموس يعني بالوحي وقال الشعبي كانت القسامة في الجاهلية فاول من قضى بها في الاسلام عمر بن الخطاب وروي عن الحرث بن الازمع قال قتل قتيل باليمن بين حيين فكتب الى عمر بن الخطاب انه وجد لا ندري من قتله فكتب امير المومنين ان قس بين القريتين فايهما كان اقرب فالزمهم فاتوا عمر فاستحلف منهم خمسين رجلا بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا وكانوا تسعة واربعين رجلا فاخذ منهم رجلا حتى تموا خمسين فقالوا انعطى ايماننا واموالنا قال نعم فيم يبطل دم هذا وروي ان النبي صلى الله عليه كتب الى اليهود اما ان تدوا واما ان تاذنوا بحرب من الله فقد دلت هذه الاخبار على وجوب الايمان على اهل المحلة وعلى وجوب الدية عليهم ولان اهل المحلة يلزمهم نصرة محلتهم فاذا فرطوا في ذلك لزمهم الضمان ولان الظاهر ان القاتل منهم وان الانسان لا ياتي من

والقاتل منهم انما يقتل بغيظهم فصاروا كالعاقلين له ∴ فاما الذي قاله مالك والشافعي في استحلاف الاولياء فهو
مخالف للقران لان الله تعالى قال ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا ∴ وقال النبي عليه السلم لو اعطي الناس
بدعاويهم لادعى ناس دما ناس واموالهم لكن البينه على المدعي واليمين على المدعى عليه ∴ وقد روى ايوب
عن ابي رجا مولى ابي قلابه ان عمر بن عبد العزيز استشار الناس في القسامه ما شاور اهله ان نقيد بها وقالوا
قاد بها رسول الله صلى الله عليه وابو بكر وعمر والخلفا بعدهم وابو قلابه ساكت عند السرير او خلف السرير فقال عمر
ما تقول يا ابا قلابه فقال يا امير المومنين عندك روسا الاجناد واشراف العرب لو شهد رجلان من اهل حمص على رجل
من اهل دمشق انه سرق ولم يروه اكنت تقطعه قال لا قال يا امير المومنين عندك روسا الاجناد واشراف العرب
لو شهد اربعه من اهل حمص على رجل من اهل دمشق انه زنا لم يروه اكنت ترجمه قال لا قال ابو قلابه والله ما نعلم
رسول الله صلى الله عليه قتل نفسا بغير نفس الا رجلا كفر بالله بعد ايمان او زنا بعد احصان او قتل نفسا بغير نفس فحدث
ابو قلابه حديث حنين ان رسول الله صلى الله عليه وداه من عنده ∴ ولان يمين المدعي معنى لا يستحق به المال ابتدا
فلا يستحق القصاص كنفس الدعوى ∴ واما قوله عليه السلم للانصار اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فعلى
طريق الانكار عليهم لما قالوا لا نرضى بايمان اليهود بدلالة انه لو كان امر القاتل اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم
فلما اسقط النون علم انه على طريق استفهام وانكار ∴ والذي روي يحلفون وتستحقون معناه اتحلفون
كقوله تعالى تريدون عرض الدنيا يعني اتريدون وانما اعتبروا ان يكون بالقتيل اثر لانه اذا لم يكن به اثر فالظاهر انه
مات حتف انفه وليس بقتيل فلا يتعلق به ضمان ولهذا قالوا ان من وجد والدم يخرج من فمه او انفه او من
فرجه فليس بقتيل لان ذلك يكون برعاف وقي وعارض ∴ فان كان الدم يخرج من عينه او اذنه فهو قتيل لان
الظاهر ان هذا لا يكون الا بضرب حادث وانما استحلفوا بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا لان احدى اليمينين على
فعلهم فكانت على البتات والاخرى على فعل غيرهم فكانت العلم وفايده قولهم ولا علمنا له قاتلا لا يجوز ان يكون
حتى اذا عرفوا القاتل يذكروه لان قولهم لا نقبل عليه ∴ الا ترى انهم يسقطون بذلك الضمان عن انفسهم والفايده
فيه ان الحالف يجوز ان يقر على عبده فيقبل اقراره او يقر على عبد غيره من غير اهل المحله فيصدقه المولى فيسقط
الحكم عن اهل المحله وانما قال ان العدد اذا لم يكمل كررت الايمان لما روي عن عمر بن الخطاب انه وافاه تسعه
واربعون رجلا فكرر على احدهم اليمين حتى تمت الخمسون ثم قضى بالديه ∴ وروى محمد بن سيرين عن شريح ان قسامه
كانوا سته او سبعه فردد عليهم الايمان حتى حلفوا خمسين يمينا ∴ وروي عن النخعي انه قال مثل ذلك
وانما وجبت الديه على عواقلهم لان وجود القتيل بين اظهرهم دونه وجود القتل الخطا منهم واذا كان قتل
الخطا على العاقله فهذا اولى ∴ واما قوله انه على اهل الديوان فعندنا ان العقل على اهل الديوان من له
ديوان ومن لا ديوان له فالعقل على عاقلته من النسب وقال الشافعي لا يلزم اهل الديوان الا ان يكونوا من
النسب ∴ لنا ما روي عن النخعي انه قال كانت الديه على القبايل فلما وضع عمر الدواوين جعلها على اهل الدواوين
وهذه بحضرة الصحابه من غير خلاف ولا يقال كيف يقبل فعل عمر بخلاف فعل رسول الله صلى الله عليه لان الصحابه
لو علمت انه مخالف لفعله لانكروه ∴ وكيف يكون مخالفا ورسول الله صلى الله عليه قضى على العاقله ولا ديوان
ففهمت الصحابه انه قضى عليهم بالنصره فلما صارت النصره بالديوان علقوا الحكم بالمعنى الذي علقه رسول الله صلى الله عليه
ولان العاقله انما تحمل النصره واهل الديوان ينصر بعضهم بعضا فكانوا قبايلهم دفعا عن ديوانهم ∴ وقد كان الناس
في الجمل وصفين يخرج كل قبيله الى قبيلتها فوجب ان يقدم الديوان لتعلق النصره به ∴ قال ابو الحسن
والذين يحلفون خمسون رجلا يختارهم من العاقله ولي الدم لان الايمان للاوليا فلهم ان يختاروا ∴ ولان في
اختيارهم فايده وهو انهم يستحلفون من يتهمونه او انما يستحلفون صالحي العشيره الذين لا يحلفون
على الكذب فان لم يكمل العدد كررت الايمان عليهم على ما قدمنا ∴ فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان
يكرر على بعضهم فقد روي عن محمد انه قال ليس لهم ذلك لان الايمان في الاصول لا تكرر على الواحد ∴ وانما
فعلنا ذلك عند نقصان العدد للضروره فاذا تم العدد عدنا الى الاصل ∴ قال وليس يحلف فيهم صبي ولا
امراه ولا عبد وذلك لان الصبي لا يتعلق بقوله حكم واليمين قول ∴ ولانه عقد وعقوده لا يتعلق بها حكم ∴
فاما المراه والعبد فليسا من اهل النصره والايمان انما تجب على من تنصر البقعه ∴ قال ابو يوسف فان كان
مشتري الدار من غير اهل المحله وقد وجد فيها القتيل فان القسامه عليه وعلى عاقلته في ذلك المصر
وكذلك دار بالسواد او ارض بالسواد يوجد فيها القتيل وهي لرجل من المسلمين من اهل البصره او من
مواليهم وذلك لان صاحب الدار اخص بنصرة داره من اهل المحله مع اهل المحله وهو مع اهل المحله كاهل
المحله مع اهل المصر فكما لا يدخل اهل المصر مع اهل المحله كذلك لا يدخل اهل المحله مع صاحب الدار ∴ قال
وان كانت المحله فيها من قبايل شتى فان الديه والقسامه على اهل الخطه ∴ وليس على المشترين في
قول ابي حنيفه قسامه ولا ديه ∴ وقال ابو يوسف عليهم معهم وعلى السكان مع اهل الملك اما
اهل الخطه والمشترون فالقسامه على اهل الخطه عند ابي حنيفه ما بقي منهم واحد دون المشترين وقال
ابو يوسف القسامه والديه على اهل الخطه والمشترين جميعا ولم يذكر ابو الحسن قول محمد ∴

وقد ذكرنا هذا ان مذهب ابي حنيفه وجه قولها ان اهل الخطه اخص بنصرة البقعه من المشترين والحكم يتعلق
بالاخص فصار المشتري معهم كالاجنبي ∴ ولان العاقله الاصل تتعلق باهل الخطه فما بقي واحد منهم
لم ينتقل منهم كما لو الى الاب لما لم يتعذر العقل لم ينتقل الى موالي الام ما بقي من موالي الاب واحد كذلك هنا
ومن اصحابنا من قال ان ابا حنيفه بنا على ما شاهده في الكوفه ∴ وكان اهل الخطه هم الذين يدبرون
امر المحله وينصرونها دون المشترين وثنا الامر على ذلك ∴ لابي يوسف ان اهل الخطه انما يلزمهم
القسامه بالملك فهذا المعنى موجود في المشتري ولهذا لا تلزم المشتري من الاوقاف اذا لم يبق من
اهل الخطه احد ∴ ولما لو فقد اهل الخطه وكان في المحله ملاك وسكان فعند ابي حنيفه
ومحمد القسامه والديه على الملاك دون السكان ∴ وقال ابو يوسف عليهم جميعا ∴ وجه
قولهما ان الملاك احق بنصرة البقعه من السكان الا ترى ان السكان يكونون في وقت ويتنقلون في وقت
والقسامه تجب على من هو اخص بالنصره ∴ لابي يوسف ان النبي صلى الله عليه اوجب القسامه على اليهود وكانوا
سكان خيبر ∴ والجواب انما اليهود اقرهم رسول الله صلى الله عليه على املاكهم وكان ما ياخذه منهم
على وجه الخراج ∴ قال واما اهل الذمه فهم كالاحرار المسلمين يستحلفون في القسامه اذا كان القتل في
محالهم لان النبي صلى الله عليه اوجب القسامه على اهل خيبر ∴ ولان وجود القتيل في محله كما شهد الواحد منهم
القتل وهذا المعنى موجود في اهل الذمه والمسلمين ∴ وقال ابو حنيفه في القتيل يوجد في السجن لا
يعرف من قتله على بيت المال ∴ وقال ابو يوسف على اهل السجن القسامه والديه ∴ لابي حنيفه ومحمد
ان اهل السجن مقهورون فالظاهر انه لا نصره لهم فلا يتعلق بهم ما يتعلق باهل النصره ∴ ولان منفعه
السجن لجماعة المسلمين بدلالة انه وضع لاستيفاء حقوقهم ولدفع الضرر عنهم فصاروا اخص بنصرته
فكانوا اولى بالقسامه فيه ∴ لابي يوسف ان الظاهر ان القتل حصل من اهل السجن فوجب ان تكون
القسامه عليهم وهذه المسله من فروع مسله الملاك والسكان لان اهل السجن في حكم السكان في
البقعه فلا يلزمهم عند ابي حنيفه ومحمد قسامه ولا ديه ∴ وقال ابو حنيفه في السوق يوجد
فيها القتيل فعلى ارباب السوق ∴ فان كانت السوق للعامه فعلى بيت المال ∴ اما السوق فعند
ابي حنيفه ومحمد تجب على مالكها لانهم اخص بنصرتها ∴ وعند ابي يوسف تجب على سكانها ∴ فاما
اذا لم تكن مملوكه فهي كالشوارع العامه التي ثبت فيها حق جماعة المسلمين فما يوجد فيها يكون على بيت
المال ∴ قال ولو وجد في مسجد الجامع كان على بيت المال وكذلك الجسور العامه وذلك لان
الجامع والجسر لا يختص به طايفه من المسلمين بل يتعلق به حق جماعتهم فما يجب لاجله يكون في بيت
المال وليس هذا كمسجد القبايل اذا وجد فيها قتيل كان على اهل القبيله لانهم اخص بنصرة المسجد
والتصرف فيه من غيرهم فصار وجود القتيل فيه كوجوده في محلتهم ∴ وان وجد قتيل
في سفينه فعلى ارباب السفينه ∴ فان كان فيها ركاب مع اربابهم فعليهم جميعا وهذا
ظاهر على قول ابي يوسف في ايجاب القسامه والديه على الملاك والسكان جميعا ∴ واما على
اصل ابي حنيفه ومحمد ففرقا بين هذا وبين المحله لان السفينه مما ينقل ويحول فيعتبر فيها اليد
دون الملك كالدابه اذا وجد عليها قتيل ∴ قال وقال ابو حنيفه ان كان السوق في ملك
رجل فعلى عاقلة صاحب الملك وان كان للسلطان فعلى بيت المال وذلك لان المالك للسوق اخص
بنصرته فيلزمه ما يتعلق به ∴ فاما سوق السلطان فهي للمسلمين فما يتعلق بها عليهم وما
وجب على جماعة المسلمين استوفي من بيت المال ∴ قال واذا وجد القتيل في نهر جاري صغير
خاص مما يقضى فيه بالشفعه للشريك فعلى عاقلة ارباب النهر وذلك لان هذا النهر مملوك لهم
فهم اخص به من غيرهم فتعلق بهم ما يوجد فيه كالدار المملوكه والسوق المملوكه ∴
قال ابو حنيفه في الرجل يخرج من القبيله فيحمل الى اهله فيموت من تلك الجراحه ∴ فان كان
صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيله القسامه وان لم يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه ولا
قسامه ∴ وقال ابن ابي ليلى لا قسامه فيه ولا ضمان في الوجهين وبه قال ابو يوسف ∴ لابي حنيفه
ان الجراحه اذا ادت الى الموت فكان القتل حصل عقيبها بدلالة وجوب القصاص على الجارح فصار
في مسلتنا كان الموت حصل في المحله التي خرج فيها فيلزم اهلها القسامه والديه ∴ لابي يوسف
ان الذي حصل في المحله ما دون النفس وذلك لا يثبت به قسامه كمن قطعت يده في محله ولما
اذا لم يكن صاحب فراش فلا يعلم ان الموت حصل من الجراحه فلا يلزم اهل المحله حكمها ∴ قال
واذا وجد قتيل في درب من دروب الارباض فان كان في درب يجمعهم مصلى فعليهم جميعا وان
كان في درب يجمعهم مصليان او ثلثه فهو على جميع اهل الدروب وعلى جميع الربض الذي ذلك الدرب
فيه الربض بمنزلة القبيله والدرب بمنزلة الطرق من طرق القبايل ولذلك هذه الارباض هي المحال
وهي القبايل وذلك لان اهل الدرب اذا جمعهم مسجد واحد فهم احق بذلك من اهل الـ

فكانوا اولى بالقسامة كصاحب الدار واهل المحلة. واما اذا كان فيه مصليان وبلية فليس بعضهم به اخص من بعض
فصاروا كاهل المحلة الذين لا ينفردون به سواء فكانت القسامة عليهم جميعا. قال بشر عن ابي يوسف اذا كانت الدار
مفرغة مغلوقة في يد رجل فوجد قتيل فيها فعلى عاقلة رب الدار القسامة والدية في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وذلك لان نصرة الدار تجب على من هي في يده فسواء سكنها او لم يسكنها وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة لانه
يوجب على المالك دون الساكن والسكنى لا معتبر بها. فاما ابو يوسف فانما يوجب على الساكن لانه اخص
باليد. فاما اذا لم يكن فصاحب الدار اخص باليد. وذكر عمرو بن ابي عمرو عن محمد قال ابو حنيفة في القتيل اذا وجد
في المحلة مثل ما تقدم وزاد فيه ان الدية عليهم في اعطياتهم في ثلث سنين في اعطيات المقاتلة دون
اعطيات الذرية. فان لم يكونوا اهل عطاء وكانت لهم ارزاق جعلت الدية في ارزاقهم وهذا على ما قدمنا ان
الدية تجب على اهل الديوان. واما اهل الذمة فلا يدخلون في العقل لانه لا نصرة لهم ولا يوخذ من اعطياتهم
شي. وان كانوا من اهل الرزق اخذ من ارزاقهم والفرق بين العطية والرزق ان العطية هي المفروض للمقاتلة
والرزق هو الذي يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة. قال وان كانت دواوينهم على غير القبايل
فعلى الغايات والرايات وذلك لان الديوان اذا كان على القبايل فقد اجتمع في العقل القبيلة والديوان فيوخذ
الدية من ديوانهم باجماع. واما اذا لم يكن الديوان على القبايل فالمعتبر عندنا الديوان فاعتبر من يجمعهم
راية واحدة او قايد واحد او عريف واحد لانهم يتناصرون بها. قال محمد ومن ابى منهم ان يحلف حبس
وذلك لان اليمين في القسامة نفس الحق الا ترى انه يجمع بينها وبين الدية ولهذا قال الحارث بن الازمع لعمر بن
الخطاب انبذل ايماننا واموالنا اما يجزي هذه عن هذه قال لا. وروي انه قال فيم يبطل دم صاحبكم واذا
كانت اليمين نفس الحق فمن امتنع عن الحق وهو يقدر على ادايه حبس. وليس كذلك النكول في ساير
الايمان لان اليمين ليست هناك نفس الحق الا ترى ان المدعى عليه اذا لم يحلف ولم ينف وبذل المال لم يلزمه
شي فعلمت ان المال هو الحق المدعى فاذا نكل استوفي المال ولا معنى للحبس بما ليس يستحق. قال
ولا يقسم صبي ولا امراة ولا عبد ولا مدبر ولا مكاتب وهذا قد بينا وذكرنا ان اليمين قول والصبي لا قول له
والمراة ليست من اهل النصرة والعبيد والمكاتب والمدبر لا يستنصر بهم. قال ويقسم الاعمى والمحدود
في القذف لانهما يستحلفان في الحقوق ويحصل بهما النصرة فهما كغيرهما. قال واذا وجد القتيل في
سوق المسلمين او في مسجد جماعتهم فالدية على بيت المال ولا قسامة وذلك لان القسامة انما
تجب على من يختص بالنصرة وليس لهذه البقاع من يختص بنصرتها. ولان اليمين للتهمة وذلك
لا يوجد في جماعة المسلمين فاما الدية فانما تجب لان حماية تلك البقعة تلزم المسلمين فاذا
دخلوا فيها ضمنوا. قال ويوخذ من بيت المال في ثلث سنين لان من حكم الدية ان تجب موجلة
بدلالة العاقلة فاذا اخذت من غيرها كانت موجلة بدلالة ان ما يوخذ من مال المقر بجناية الخطا انما يوخذ
في ثلث سنين. وان كانت السوق لرجل خاص فالدية والقسامة عليه وعلى قومه وذلك لانه اخص بالنصرة
من المسلمين فكان اولى بالقسامة. قال محمد واذا وجد القتيل في فلاة من الارض نظر في ذلك المكان فان كان ملكا
لانسان فالقسامة على ذلك الرجل الذي يملك ذلك الموضع وعلى قبيلته وعليهم الدية. وان كان ذلك الموضع لا
مالك له فان كان موضعا يسمع فيه الصوت من مصر من الامصار فعلى اقرب القبايل الى ذلك الموضع من المصر القسامة
والدية. فان كان الموضع لا يسمع فيه الصوت وليس بملك لاحد فدمه هدر وذلك لان البقعة اذا كانت مملوكة
فمالكها اخص بها فكان اولى بالقسامة والدية واذا لم يكن مملوكة وكان الصوت يبلغ اليها من بعض القرى فعلى اقرب
القرى اليها فان كان من مصر فعلى اقرب محال المصر لما روي في قصة الحارث بن الازمع ان قتيلا وجد بين وداعة
وارحب فكتب الى عمر عامله بذلك فكتب اليه ان يقيس بين القريتين فوجد القتيل الى وداعة اقرب فقضى عليهم
بالقسامة والدية. ولان ما يبلغه الصوت من المصر في حكم التابع له. واما اذا كان لا يبلغه الصوت وليس
مملوكا لم يكن احد من الناس اخص به فلم يتعلق به حكم. ولانه لا يد لاحد على هذه البقعة. وذكر
محمد في الاصل في القتيل اذا وجد بين القريتين انه يقاس الى اقربهما لحديث ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه
امر بان يذرع بين قريتين في قتيل وجد بينهما وامر عمر بان يقاس ما بين وداعة والقرية الاخرى وهذا محمول
عندنا على انه يبلغ الصوت الى الموضع. وذكر محمد في الاصل وانما حكاه ابو الحسن رحمه الله عنه وذكره هلال
وهو الصحيح لان الصوت اذا بلغ فالغوث يلحق تلك البقعة من القرية واذا لم يبلغ الصوت لم يلحق الغوث
فلا يلزمه شي. قال وان وجد في مثل الفرات او دجلة يجري به الما فلا قسامة فيه ولا دية على احد
وذلك لان تلك البقعة لا تثبت عليها اليد فلا يجب فيها قسامة. قال فان وجد محتبسا في موضع من دجلة
او الفرات فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع من حيث يسمع الصوت القسامة والدية. وذلك لان شط الفرات
في يد من يقرب اليه الا ترى انهم يستقون منه الما ويوردون بهايمهم فصارت في ايديهم فوجبت القسامة
عليهم. وقال في القتيل يوجد في العسكر في فلاة من الارض ليس بملك احد انه وجد في خبا او فسطاط فعلى
سكان الفسطاط الدية والقسامة على عواقلهم. وان وجد خارجا من الفسطاط والخبا فعلى اقرب الاخبية

منهم القسامة والدية. وان كان القوم قد لقوا قتالا فاقتتلوا فلا دية ولا قسامة في قتيل وجد بين اظهرهم
وكذلك روى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا قسامة فيه اذا لقوا العدو ولا دية وان لم يلقوا عدوا فعلى
ارباب الارض التي العسكر فيها. فان لم يكن لها مالك فعلى عاقلة اقرب الاخبية والفساطيط وذلك لانهم
اذا لقوا عدوا فالظاهر ان العدو قتله وان المسلمين لا يقتل بعضهم بعضا فكان شهيدا. واما اذا لم يلقوا عدوا فان
كان في خيمة فصاحب الخيمة احق بها من اهل العسكر فصار كالقتيل يوجد في الدار ان القسامة على صاحبها دون
المحلة. فان كان بين الخيم فعلى جماعتهم كالقتيل يوجد في المحلة. فان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان
فيجب القسامة عند ابي حنيفة على المالك دون الساكن. قال محمد اذا وجد القتيل في سفينة فالدية
والقسامة على من في السفينة وعلى من يمدها ممن يملكها وممن لا يملكها اذا كان فيها او كان معها فعليهم القسامة
وكذلك العجلة والدابة وقد بينا ذلك وذكرنا انها تنقل وتحول فخالفت الدار. قال واذا كان القتيل مع رجل يحمله
او كان على دابة ولها قايد او سايق او راكب فعلى ايهم كان القسامة والدية. فان اجتمعوا جميعا فعليهم وذلك
لان القتيل في ايديهم فصار كوجوده في دارهم. قال عمرو سالت محمدا عن القتيل يوجد في قرية لامراة لا يكون
بها غيرها مال قال ابو حنيفة تستحلف وتردد عليها الايمان وعلى عاقلتها الدية اقرب القبايل تكون القسامة
عليهم. ولا قسامة على المراة. قلت لمحمد اقرب القبايل اليها في النسب او في الجوار قال بل في النسب.
والصبي ليس عليه قسامة ووجه قولهما ان المراة ممن تستحلف في الحقوق وقد صارت ممن يلزمها الخصومة في هذا
الموضع والمشاركة في الدية فصارت كالرجال. ولان وجود القتيل في الدار كمباشرتها القتل واذا كانت ممن تستحلف
صارت كالرجل. وليس هذا كالصبي لانه لا يستحلف في الحقوق. وليس هذا كالقتيل يوجد في المحلة لان النسا
لا يحلفون لان اهل المحلة يلزمهم لاجل النصرة والمراة لا تنصر وصاحب الدار يلزمه لانه كالمباشر وهي ممن يجوز
ان تباشر. لابي يوسف ان القسامة تجب للنصرة فلا تدخل المراة فيها كما لا تدخل مع اهل المحلة. وقد قال
اصحابنا المتاخرون ان المراة تدخل مع العاقلة في هذه المسالة في التحمل. وذكر الطحاوي ان القاتل لا يدخل في التحمل
الا ان يكون ذكرا بالغا عاقلا فعلى ما قال اذا لم يدخل عند مباشرتها فعند وجود القتيل في دارها اولى.
وكان اصحابنا ينكرون هذا القول ويقولون ان القاتل يدخل في الدية بكل حال. وذكر في المنتقى في امراة
وجد في دارها قتيل وقد انقرض قومها فابى اهلها خمسين يمينا ثم اقسم الدية على اقرب القبايل من قومها
فان جنت بعد هذه الجناية اقسم هولاء عليها الذين ضمنتهم القتل وذلك لان قومها لما انقرضوا لم يبق من يستحق
القسامة غيرهم فاما الدية فيجوز ان يستحق من بعد منها ثم يدخلون مع عاقلتها اذا لحقوا. واذا وجد
قتيل اخر فقد صاروا اهلا لعاقلتها فالقضا عليهم فيدخلون في الايمان. قال وسيل محمد عن رجل وجد
قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية قال على صاحب الارض وذلك لانه
اخص بنصرة ارضه من اهل القرية فكان اولى بالضمان. وقال محمد في قتيل وجد في دار فالقسامة
على رب الدار وعلى عاقلته لانه [illegible] وان لم يكونوا معه وعلى عاقلته من اهل المصر وعليهم الدية.
وذكر في الاصل انه القتيل اذا وجد في دار رجل فالقسامة على رب الدار وعلى قومه. وذكر
اختلاف زفر وابي يوسف ان القسامة عليه وعلى عاقلته غيبا كانوا او حضورا. وقال
ابو يوسف لا قسامة على العاقلة. وكان ابو الحسن يقول ان كانت العاقلة حاضرة في المصر دخلوا
في القسامة وان كانت غايبة فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الايمان والدية على العاقلة.
اما دخول العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا فهو قول ابي حنيفة ومحمد وظاهر قول ابي يوسف
يقتضي ان لا يدخلوا ووجه قولهما ان الحضور وان لم يكن منهم نصرة الموضع لنصرة صاحب الدار فوجب ان
يشاركوه في القسامة. ولا يلزمهم ما ذكره في التهمة [illegible] فشاركوه في الدية.
واما اذا كانوا غيبا فالمنع [illegible] لانه قد علم انهم لم يباشروا القتل ولا لحق الموضع
نصرتهم [illegible] القسامة تثبت باحد هذين المعنيين [illegible] لانه لا يتعلق
بالتهمة [illegible] عن القاتل [illegible] وجه قول زفر
انه لما لزمهم الدية فكذلك القسامة كاهل المحلة. لابي يوسف ان صاحب الدار اخص بالتهمة
فلم يشاركه في القسامة كما لا يشاركه اهل المحلة عواقلهم. وقال ابو يوسف لو ان رجلا معه
جرح به رمق حمل حتى اتي به اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف
وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن وهذا فرع على [illegible] الجراحات. ووجه
[illegible] ان الحامل قد ثبتت يده عليه [illegible] قال واذا وجد
الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا شي فيه وهو قول زفر والحسن. وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة مثله [illegible]
القسامة تثبت [illegible] لا يدخل في الدية [illegible] لورثته فكيف
كانت الدية على عواقلهم [illegible] ولا يجوز ان يقال انه اذا كان الوجوب على الورثة فكيف

تحمل العاقلة عنهم لان الدية في الحقيقة للمقتول بدلاله انه يوفى منها دينه وتنفذ وصاياه وانما علاتها ورثته بسبب اخر ومثل هذا غير ممتنع كالو وجد ابنه قتيلا في دار ابنه او وقع في بير حفرها ابنه ❊ ووجه قولهما ان الحكم يتعلق بحال الخروج والدار في تلك الحال ملك للمقتول فكانه قتل نفسه ❊ ولان وجود القتيل في الدار كمباشرة صاحبها القتل فكانه قتل نفسه ❊ وقد قالوا في المكاتب لو وجد قتيلا في دار نفسه فدمه هدر لان داره في حال ظهوره ليست للورثة وانما هي على حكم ملكه لانه يقضي مال الكتابة فصار كانه هو القاتل لنفسه وقد روي عن محمد عن ابي يوسف في رجلين في بيت ليس معهما احد ووجد احدهما مذبوحا قال اضمن الاخر الدية وقال محمد لا اضمنه وجه قول ابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه ولهذا اذا وجد قتيل في محلة كان عليهم ولم يعتبر جواز ان يكون قتل نفسه ❊ واذا كان الظاهر ان غيره قتله وليس هناك اقرب من الاخر كانت الدية عليه ❊ لمحمد انه يجوز ان يكون القتيل قتل نفسه ويجوز ان يكون الاخر قتله فلا اضمنه بالشك ❊ قال واذا وجد في دار المكاتب قتيل فهو عليه يسعى في الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل في داره كمباشرته القتل ولا يجوز ان يلزم مولاه كما لا يلزمه في مباشرته ❊ قال ولو وجد المولى في دار المكاتب قتيلا كان عليه الاقل من القيمة او الدية لان وجود المولى في داره كمباشرته لقتله ❊ قال ويكون القيمة حالة لان القيمة تلزم بالمنع من الدفع فيكون حالة كما يجب على المولى لجناية مدبره ❊ قال ولو وجد المكاتب قتيلا في دار مولاه فعلى مولاه قيمته في ثلث سنين ولا يتحمله العاقلة لان وجود المكاتب في دار السيد كمباشرته السبب القتل الا ان العاقلة لا تحمل لان المكاتب على ملكه وانما ضمن جنايته عليه بعقد عقده وذلك العقد ثابت فيما بينهما غير ثابت في حق العاقلة فصار في حقهم كالو وجد في داره عبد قن ❊ قال واذا وجد في دار عبد مأذون له في التجارة وعليه دين او لا دين عليه او غير مأذون وجد في داره قتيل فعلى عاقلة مولاه القسامة والدية ❊ وقد قالوا ان القياس في العبد المأذون يوجد في داره قتيل ان تجب القسامة على العبد ويقال لمولاه ادفعه او افده وفي الاستحسان تجب على المولى ❊ ولا تجب على العبد اما وجه القياس فلان العبد في التجارة كالحر ولو وجد قتيل في دار حر كانه هو القاتل فكذلك العبد يدفع او يفدى كما لو باشر القتل ❊ وجه الاستحسان ان العبد ليس ممن يجب عليه الجناية بالقول بدليل انه لو اقر بالجناية لم يجز اقراره والقسامة قول العبد فلا معنى لاستحلافه ❊ ولو اقر لم يقبل قوله ❊ اذا سقطت القسامة عن العبد وجبت على المولى لان الملك له ولو كان العبد عليه دين فيبتغي في قياس قول ابي حنيفة ان تجب على العبد في القياس لان المولى لا يملك ماله ❊ وفي الاستحسان تجب على المولى لان المولى وان كان لا يملك والغرما ايضا لا يملكون الدار والعبد لا مال له والمولى اقرب الناس اليه لانه يقدر على تحصيلها لنفسه والقسامة يعتبر فيها الاقرب فلما كان المولى اقرب الناس اليه كانت القسامة عليه ❊ قال ولو وجد المأذون في دار مولاه قتيلا فان كان عليه دين فان على المولى قيمته لغرمائه حالة في ماله وهذا بمنزلة استهلاكه اياه بعتق ولا تكون القيمة عليه في ثلث سنين وكذلك لو قتله عمدا فعليه قيمته حالة ❊ وكذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة ❊ وكذلك لو قتله خطا وهو لا يعلم وذلك لان العبد على ملك المولى وقتل الانسان لملكه لا يتعلق به ضمان وانما الدية هاهنا لما تعلق على العبد من الحق وهذا لا يعود الى الجناية فلم يلزم العاقلة وانما كان حالا لانه في حكم ضمان الاستهلاك الا ترى انه صار مانعا بالجناية من دفعه في الدين او تسليمه في الجناية والضمان المتعلق بالمنع يكون حالا ❊ قال محمد واذا وجد ابن الرجل او اخوه قتيلا في داره فان على عاقلته دية ابنه ودية اخيه وان كان هو وارثه وهذا على ما بينا ان وجود القتيل في الدار كمباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلته ذلك ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ❊ وقال بشر عن ابي يوسف في العبد الرهن يوجد في دار الراهن او المرتهن قتيلا فالقيمة على رب الدار دون العاقلة اما اذا وجد في دار الراهن فلانه على ملكه وانما صار مضمونا عليه بالعقد الذي عقده وذلك العقد بينه وبين المرتهن فيلزمه حكمه دون العاقلة ❊ واما اذا وجد في دار المرتهن فالقيمة على عاقلته لان ضمانه لم يتعلق بالعقد فهو كعبد غير رهن وانما قال ابو يوسف انه في ماله على اصله ان العاقلة لا تتحمل قيمة العبد ❊

ومما يلحق بهذا الباب

قال محمد في الاصل في دار بين رجلين لاحدهما الثلثان وللاخر الثلث فالدية على عاقلتهما نصفان لان النصرة لا تتبعض فكل واحد منهما تلزمه نصرة الدار كما يلزم الاخر وهذا على ما قدمنا ان الدار لو بيعت الجانبيها تساويا في الشفعة ❊ وقال اذا وجد بدن قتيل في محلة او اكثر بدنه فان القسامة واجبة وان وجد عضو من اعضايه او اقل من نصف النفس فلا قسامة فيه لان القسامة انما تجب في القتيل والعضو لا يسمى قتيلا ❊ ولانا لو اوجبنا في القسامة لاوجبنا الباقي قسامة اخرى فيودي الى ايجاب قسامتين في نفس واحدة وهذا لا يجوز وهذه المسئلة نظير ما قالوا في الصلوة على اكثر البدن اذا وجد وان وجد الاقل لم يصل عليه ❊ ذكر الطحاوي ان القاتل يدخل مع العاقلة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال الشافعي لا يدخل معهم ❊ لنا ان القياس ينفي تحمل العاقلة ويقتضي وجوب الدية على العاقلة لانه احد بدلي النفس كالقود

ولانه بدل متلف كالقيمة في المتلفات وانما اوجبنا على العاقلة مقدار ما اجمعوا عليه ❊ ولانهم تحملوا على طريق التخفيف فاذا جعل كواحد منهم لم يخرج في ذلك القدر الى تخفيفهم لا تمثله قد لزم كل واحد منهم وليس بان يخففوا عنه باولى من ان يخفف عنهم ❊ قال في الجامع الصغير فيمن باع دارا فوجد فيها قتيل ان الدية على من الدار في يديه وسوا كان فيها خيار او لم يكن وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الدية على مالك الدار وان لم يكن ثم خيار فعلى من تصير له الدار ❊ وقالا ان كان الدية على المشتري الا ان يكون للبايع الخيار فيكون الدية عليه في جميع الاحوال ❊ لابي حنيفة ان الدار ما دامت في يد البايع على حكم ملكه وهو احق باليد فيها فصار كالو قتل قبل البيع ❊ ولان ظهور القتيل في الدار بمنزلة مباشرة صاحبها لقتله والدار هاهنا على حكم ملك البايع وفي يده فكانه هو القاتل ❊ ولان هذا معنى يتعلق به الضمان فصار كجناية العبد في يد البايع قبل القبض فيكون كالعبد ❊ ولا يلزمه ضمانه للمشتري ولا يقال فيجب ان يكون للمشتري الخيار لان هذا الضمان لم يتعلق برقبة الدار وانما يجب على العاقلة فلم يكن عيبا وجناية العبد يتعلق برقبته فصارت عيبا وليس يمتنع ان يكون هذا كجناية العبد من وجه ويفارقه من وجه ❊ وجه قولهما ان الملك للمشتري وليس للبايع بد تصرف فصار كالمودع ❊ واما اذا كان ثم خيار فعلى من تصير له الدار لانها ان صارت للبايع انفسخ البيع بالخيار فصار كان لم يكن وان صارت للمشتري فقد ملكها بالعقد فكان الخيار لم يكن ❊ وانما قدر فاعتبر الملك حال الظهور وزواله بعد ذلك بالخيار او الاجازة كالبيع ❊ قال في الاصل اذا ادعى الولي القتل على رجل من اهل المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها ❊ وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة ان القسامة تسقط وعن محمد مثله ❊ قال ابو يوسف القياس ان تسقط الا انا تركناه للاثر ❊ وجه رواية الاصل انا قد علمنا ان القاتل احد اهل المحلة في الظاهر ولهذا اجبت عليهم الضمان فاذا ادعى الولي ذلك على واحد بعينه ولم يزد على ما علمناه فلا ينتفي حكم القسامة ❊ ولان هذه الدعوى لا يثبت بها القتل عليه فصار كعلمنا بان القاتل منهم ❊ وجه الرواية الاخرى ان دعواه على واحد ابرا الباقين فلم يجز استحلافهم مع ابرا الولي لهم ❊ قال واذا ادعى الولي القتل على رجل من غيرهم فقد ابراهم من القسامة والدية لان هذا المعنى لم يحكم به بظهور القتيل فصار دعوى الولي له نفيا للقتل عن اهل المحلة ❊ فان شهد اثنان من اهل المحلة بهذه الدعوى لم تقبل شهادتهما في قول ابي حنيفة وقالا تقبل ❊ لابي حنيفة ان شهادة اهل المحلة قبل الدعوى على غيرهم لا يقبل فاذا ابراهم الولي اتهم ان يكون توصل بالبراة الى تصحيح شهادتهم فلم تقبل ❊ ولان اهل المحلة صاروا خصوما في هذه الدعوى فلم تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوكيل اذا خاصم ثم عزل ❊ ولان الولي اصطنع اليهم معروفا حين اسقط عنهم القسامة والدية فاتهموا ان يكونوا قابلوه على ذلك والشهادة تسقط بالتهمة ❊ وجه قولهما ان اهل المحلة لا يدفعون عن انفسهم بهذه الشهادة مغرما ولا يجتذبون بها مغنما فوجب ان تقبل كالاجانب ❊ قال ولو ادعى الاولياء القتل على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهل المحلة عليه لم تقبل شهادتهما في قولهم لان الخصومة قائمة بعد هذه الدعوى على ما بينا فالشاهد يقطع عن نفسه الخصومة الا انه روي عن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزادون على ذلك لانهم قد اخبروا انهم عرفوا القاتل فلا تقبل قولهم فلا معنى لاستحلافهم ❊ وروي عن محمد انه قال يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا غير فلان لانهم لما اقروا بالقتل على رجل واحد صار ذلك الرجل مستثنى من اليمين فبقي حكم من سواه ❊ ومما لم يحفظه ابو الحسن من المسايل المشهورة ما قال محمد في الاصل اذا قطعت المراة يد رجل عمدا او جرحته ثم تزوجها على ذلك الجراحة او الشجة او الضربة او القطع او اليد فان برا الرجل من ذلك جاز النكاح والارش مهر لها سوا كان القطع عمدا او خطا لانه لا قصاص بين الرجال والنسا فيما دون النفس وانما الواجب المال فصار كرجل له على امراة دين فتزوجها على ذلك الدين جاز النكاح وكان الدين مهر لها في قولهم جميعا ❊ وان كانت الجراحة عمدا فمات منها فالقياس عند ابي حنيفة ان يجب عليها القصاص ويجب عليه المهر والاستحسان ان لا قصاص عليها فيلزمها الدية في مالها ولها عليه مهر مثلها فيتقاصان ويترادان الفضل فان كان القطع خطا فالدية على عاقلتها ولها عليه مهر مثلها ❊ وقال ابو يوسف ومحمد ان كانت الجراحة عمدا فكانه تزوجها على القصاص فسقط القصاص ولها عليه مهر مثلها ❊ وان كانت الجراحة خطا فكانه تزوجها على الدية فيجوز النكاح على ذلك فان كان مهر مثلها مقدار الدية يسقط عن العاقلة لان العاقلة تعقل عن القاتل ولا تعقل القاتل وان كان مهر مثلها اقل من ذلك فمقدار مهر مثلها يجوز ويسقط ذلك المقدار عن العاقلة وما زاد على ذلك ان كان الرجل ليس بصاحب فراش جاز وان كان صاحب فراش وتلك الزيادة تخرج من الثلث جاز وكانت وصية للعاقلة ❊ وان كانت لا تخرج من الثلث جاز منها مقدار الثلث وبطل الفضل وهذا فرع على اختلافهم فيمن صالح من الجراحة وقد قدمناه ولو كان تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ففي قولهم جميعا كما قال ابو يوسف ومحمد في الفصل الاول وذلك لان التزويج وقع على الامرين جميعا ❊ قال ابو حنيفة اذا قطع رجل يد رجل عمدا ثم قتله فالولي بالخيار

ان شا قطع يده ثم قتله وان شا قتله وقال ابو يوسف ومحمد يقتله ولا يقطع يده لابي حنيفة قوله تعالى وان عاقبتم
فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به :. ولانهما جنايتان يمكن المماثله بينهما فجاز للولي ان يقتص منهما كما لو كان الجاني اثنين
وجه قولهما ان ما دون النفس يسقط حكمه مع النفس اصله اذا قطع يده خطا ثم قتله :. ولان للامام ان يامره
بالقتل فلولا ان القطع ليس بواجب لم يامره الامام به لان الامام لا يشفع للخصم والجواب
اما الخطا فلان الواجب به المال وما دون النفس قبل البرا لا يستقر ما فيه من الارش فلهذا دخل في الديه
واما القصاص فتعلق به فاذا امكن استيفا المماثله فيها لم تتداخل :. واما الامام فانما يبين للولي الاولى من
الامرين فاما ان يشفع او يلزم ترك القطع فلا يجوز ه قال واذا قطع يد رجل عمدا فمات من ذلك
فللولي ان يقتله وليس له ان يقطع يده وقال الشافعي يقطع يده فان مات والا قتل لنا ان القصاص هو
المماثله فلو قطعنا يده ثم قتلناه استوفينا منه اكثر مما استوفيه وذلك لا يجوز :. ولان ما دون النفس اذا
سري الى النفس سقط حكمه كالخطا ه قال اصحابنا لا يستوفي القود الا بالسيف وقال الشافعي يقتل
القاتل بمثل ما قتل من الة :. واختلف اصحابه فيمن اوجر رجلا خمرا حتى مات فقال بعضهم يوجر الما حتى
يموت وقالوا فيمن يلوط برجل حتى مات يجعل له الة من الخشب فيفعل به كما فعل فان مات والا يقتل لنا
قوله صلى الله عليه لا قود الا بالحديد :. وقال ان احسن الناس قتله المسلمون فاذا قتلتم فاحسنوا القتله ه
ولانه تفويت روح على وجه مباح فاعتبر فيه اوحى الالات مع القدره كالذبح :. وقالوا فيمن اطعم غيره سما فمات
فان كان الميت اكله بنفسه فلا ضمان على الذي اطعمه ولكنه يعزر ويضرب فان اوجره فعليه الديه
والوجه في ذلك ما روي ان امراه اضافت النبي عليه السلم فقدمت له شاة مسمومة فاكل منها ومات من
ذلك بشر بن البرا بن معرور ولم يقتص رسول الله صلى الله عليه منها لانه اكل بنفسه :. ولانه اذا اكل بنفسه فهو
القاتل لها :. والذي قدم الطعام انما غره منه وهذا لا يتعلق به ضمان النفس :. قال اصحابنا اذا اصطدم
الفارسان فماتا فديه كل واحد منهما على عاقله الاخر وقال زفر على عاقله كل واحد منهما نصف ديه
الاخر وهو قول الشافعي وروي عن علي مثل قولنا والوجه فيه ان كل واحد منهما مات من صدم صاحبه
له فصار كمن بنا حايطا في الطريق فصدم رجلا :. ولا يجوز ان يعتد بصدم كل واحد منهما مع صدم الاخر لان
ذلك لو كان جنايه من الانسان على نفسه لم يلزم باني الحايط في الطريق جميع الديه لان الميت قد مشى اليه
قصدا منه ولذلك حافر البير يلزمه جميع الديه :. وان كان الماشي قد مشى اليها الا ان فعله غير معتد به في
الجنايه على نفسه :. وجه قول زفر ان كل واحد منهما مات بجنايتين وهو صدم صاحبه
وصدمه لصاحبه فصار كمن جرح نفسه وجرحه اجنبي :. وقد قالوا في رجلين مدا حبلا حتى انقطع
فسقط كل واحد منهما على ظهره فماتا فلا ضمان فيهما لان كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه الا ترى
انه لو غلب بفعل احدهما الاخر لجذبه على وجهه فلما سقط على قفاه علم انهما كانا في القوه في الفعل فمات
كل واحد منهما من فعل نفسه :. ولو سقطا على وجوههما فماتا فديه كل واحد منهما على عاقله الاخر
لانه مات من جذبه ه ولو سقط احدهما على ظهره والاخر على وجهه فماتا جميعا فديه الذي سقط على وجهه
على عاقله الاخر لانه مات بجذبه وديه الذي سقط على ظهره هدر لانه مات من فعل نفسه ه ولو
قطع قاطع الحبل فسقطا جميعا فماتا فالضمان على القاطع لانه سبب في اتلافهما :. وقالوا في صبي في يد
ابيه جذبه رجل من يده والاب يمسكه حتى مات فديته على جاذبه ويرثه ابوه لان الاب يمسكه
بحق والجاذب متعد في الجذب فكان الضمان عليه ه ولو تجاذب رجلان صبيا واحدهما يدعي انه ابنه
والاخر يدعي انه عبده فمات من جذبهما فعلى الذي يدعي انه عبده ديته وذلك لان المتنازعين في الصبي
اذا زعم احدهما انه ابوه فهو اولى من الذي يدعي انه عبده فصار امساكه بحق وجذب الاخر بغير
حق فضمنه ه وقالوا في رجل في يده ثوب فتشبث به رجل فجذبه صاحب الثوب من يده
فتخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان الامساك ليس باذن فيمكنه دفعه بغير جذب
فاذا حصل فقد حصل التلف بفعلهما فانقسم الضمان بينهما ه وقالوا في رجل عض ذراع رجل
فجذب ذراعه من فيه فسقطت اسنانه وذهب لحم ذراع هذا قال تهدر ديه الاسنان ويضمن
العاض ارش الذراع وذلك لان العض ضرر فله ان يدفعه عن نفسه بالجذب فما يتولد منه من سقوط
الاسنان لا يضمنه ه وقالوا في رجل جلس الى جنب رجل فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام
صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه قال يضمن نصف الشق لانه لم يكن له ان يجلس
عليه فصار بذلك متعديا وقد حصل التلف من الجلوس والجذب فانقسم الضمان ه وقال في رجل
اخذ بيد انسان فجذب الاخير من يده فانقلبت فمات قال ان كان انما اخذ بيده ليصافحه فلا شي عليه
ان كان اخذ بيده ليعصرها فاذاه فيدها ضمن ديته وذلك لانه اذا صافحه فلم يجذب يده لدفع ضرر فصار
جانيا على نفسه واذا اذاه بعصرها فانما دفع الضرر عن نفسه فان مات ضمن الممسك :. وان انكسرت
[…] الممسك لم يضمن الجاذب :. وفرق محمد بين جذب الثوب وبين جذب النفس فقال

تصادم الفارسين وما اشبهه وجاذب الثوب والجوه

348

في الثوب اذا اخذ فان الضمان ينقسم وقال في النفس انها كلها مضمونه لانه لم يجعل جذب الانسان جنايه منه على
نفسه كما لم يجعل صدمه لغيره جنايه على نفسه وجعل مده لثوبه جنايه منه على ثوبه فقسم الضمان بينهما :. قال
اصحابنا فيمن قطع اصبع رجل عمدا او قطع الاخرى من الزند فمات فالقصاص على الثاني وقال زفر عليهما وبه
قال الشافعي وجه قولهما ان الموت حصل عن سبق لجنايه الاول انه قد صار كالموبرا ثم مات :. ولان زوال الجنايه
بالقطع الثاني من زوالها بالبرء لان البرء قد ينتقض فاذا كان حالها بالبر ينقطع حكم السرايه فزوالها بالقطع اولى وجه
قول زفر ان القطع الاول اتصل بالنفس منه الم وتكامل بالقطع الثاني فصار الموت منهما فوجب القصاص
عليهما :. وقال ابو يوسف في رجلين قتل كل واحد منهما ابن صاحبه عمدا وكل واحد منهما وارث الاخر فلا قصاص
عليهما ويضمن كل واحد منهما الديه في ماله وقال زفر يقال للقاضي ابدا بايهما شئت وسلمه الى الاخر حتى
يقتله ويسقط قصاص الاخر :. وقال الحسن بن زياد يوكل كل واحد منهما وكيلا يستوفي القصاص فيقتلهما
الوكيلان معا لابي يوسف ان القصاص قد سقط في احد القاتلين لانا اذا بدانا باحدهما وقتلناه ورثه الاخر فسقط
القصاص عنه واذا سقط القصاص عن احد القاتلين بغير عينه صار شبهه في سقوطه عنهما كما لو عفا عن احدهما ولم
يعرف :. ولانا لو بدانا باحدهما او فيناه حقه واسقطنا حق الاخر :. ولا يجوز ان يثبت الحق لمستحقين فيوفي
القاضي حق احدهما ويسقط حق الاخر وجه قول زفر ان الحق ثابت لهما لم يسقط وللقاضي الخيار
في الابتدا باي الحقين شا فاذا اقتص من احدهما سقط عن الاخر القصاص حكما :. وجه قول الحسن
انه يمكن استيفا القصاص منهما بالوكاله حتى يصير كل واحد منهما مقتولا بالقرابتين معا ولا يمكن ان يكون
خروج الروح معا فيجوز ان يسبق خروج الروح في احدهما دون الاخر وذلك لا يسقط القصاص :. وقد
قالوا في رجل قطع يد رجل عمدا ثم ان المقطوعه يده قتل ابن القاطع عمدا ثم مات المقطوعه يده من القطع
فالقصاص على القاطع لولي المقطوعه يده لان المقطوع يده مات بجنايته قبل ان يحل دمه بالقصاص للقاطع
فوجب القصاص على القاطع ولم يسقط بقطع المقطوع للابن ه ذكر الطحاوي فيمن ارسل كلبا او طائرا
او دابه فاصابت في فورها انسانا فاتلفته انه لا يضمن في الطائر والكلب ويضمن في الدابه :. وكان اصحابنا
يقولون يضمن في جميع ذلك :. وقد روي عن محمد مثل ما قاله الطحاوي وعن ابي يوسف انه يضمن لابي يوسف
ان الارسال سبب في التلف فصار كحفر البير :. ولان ما اصابت في فورها فهو بسبب ارساله فصار
كالسابق :. لمحمد ان الطائر والكلب كل واحد منهما خارج من يده فما يتولد منهما انما يتولد من فعله فلا
يضمن المرسل وهذا الذي قاله موجود في الدابه المنفلته ويجوز ان نفصل فنقول ان الدابه انما تصيب
بصدمها والمرسل كالدافع لها :. فاما الكلب والطائر فانما يصيب بجرحه وذلك فعل مبتدا منه فصار
كحد ما الدابه :. فصل قال ابو حنيفه فيمن فقا عيني عبد فمولاه بالخيار ان شا سلمه الى الفاقي
واخذ قيمته وان شا امسكه ولا شي له وقال ابو يوسف ومحمد يمسكه وياخذ ما نقصه وقال
الشافعي يمسكه وياخذ جميع القيمه :. لابي حنيفه انه لو فقاهما على عبده وجب عليه ضمان القيمه
فاذا فقاهما وجب فيهما ضعف ذلك كالعين الحر :. ولا يلزم البائع اذا فقاهما العبد لانه لا يسقط جميع
الثمن لان البائع لا يلزمه ارش جنايته وانما يسقط بجنايته ما نقص المبيع :. ولا يجوز ان يكون النقصان جميع
القيمه مع بقا القيمه واذا ثبت ان الواجب فيهما جميع القيمه لم يجز ان يجتمع بقا العبد على ملكه فيجتمع
البدل والمبدل على ملك واحد :. ولا يلزم على هذا اذا اشترى عبدا بيعا فاسدا فقبضه فملكه
والثمن على ملكه لان الثمن ليس ببدل في البيع الفاسد وانما البدل القيمه وقد ملكت عليه فلم يملك
العبد فلم يجتمع البدل والمبدل في ملكه :. ولا يلزم اذا غصب مدبرا فابق منه ان المولى يملك
قيمته والمدبر على ملكه لانا قلنا فيما يصح تمليكه بالمعاوضات والمدبر لا يصح تمليكه :. ولا يلزم
الهبه على عوض اذا سلم ولم يقبض العوض انه على ملك الموهوب واجتمع على ملكه العوض والمعوض
لان الهبه بعوض لا يتعلق بها الاستحقاق فيها لان للقابض ان يرتض العوض ان لم يكن عوضا فلا يجتمع على
ملكه عوض ومعوض :. ولا يلزم مسئله ذكرها […] المادون وهي اذا اشترى عبدا بجاريه على
انه بالخيار فقبض العبد واعتقه […] واجتمع العوض والمعوض على ملكه لانه
لما اعتقه فسد البيع في الجاريه وصار العوض عن العبد القيمه :. ولا يلزم من استاجر شيئا
واسلف الاجره ان المواجر ملكها والمنافع على ملكه لان المنافع لا توجد حالا عند العقد وانما توجد وكلما
وجد منها حدث على ملك المستاجر فلا يجتمع على ملك المواجر العوض والمعوض :. ولا
يلزم على هذا اذا غصب عبدا فجنى عنده جنايه ثم رده فجنى عنده جنايه اخرى ودفعه بالجنايتين انه يرجع على الغاصب بنصف القيمه فيدفعها الى ولي الجنايه وهي عوض عن نصف الرقبه
التي لا يرجع على ملكه العوض والمعوض وذلك لان ولي الجنايه انما اخذ عوضا عن جنايته
ولا يمتنع ان يملك الرجل العوض والمعوض بغير سبب المعاوضه كما لو استوهب المبيع من البايع
والثمن من المشتري او ورثهما :. واما الكلام على الشافعي فلانها جنايه على عبد […] يجوز لنا

قطع اصبع رجل عمدا وقطع الكف بعد من الزند

اتلاف الحيوان ان الارسال

فقو عيني العبد

اجتماع البدل والمبدل في الملك

فلا يستحق بها جميع قيمته مع بقايه على ملك المالك كالثوب وجه قولهما انها جنايه على ملكه فلم يلزم شرط ضمانها تسليم الملك كالجنايه على الثوب والمدبر قال ابو حنيفه وابو يوسف اذا غصب رجل عبدا فقتل عبده فتيلا خطا فرده على مولاه فقتل عنده قتيلا خطا ودفعه المولى بالجنايتين رجع الغاصب بنصف القيمه ويدفعه الى ولي الاولى ثم يرجع به على الغاصب فيسلم له وقال محمد وزفر اذا اخذ نصف القيمه لم يدفعها الى ولي الاولى وجه قولهما ان الاول قد استحق جميع الرقبه بدلاله انه لو لم يجن دفع اليه وانما يسقط حقه عن بعضها المزاحمه وما اخذ المولى جزء من الرقبه فكان المجني عليه اولى به كما لو قتل العبد الجاني فاخذ المولى ارشه وجه قول محمد وزفر هو ان نصف القيمه الذي اخذه المولى بدل عن النصف الذي اخذه ولي الجنايه لان ذلك النصف هو المستحق بسبب كان في يد الغاصب فلم يجب ان يسلم لولي الجنايه فيستحق بجنايه واحده الرقبه والبدل عنها قال ابو حنيفه وابو يوسف اذا وطي الرجل امراه بشبهه فافضاها والبول لا يستمسك فعليه الديه ولا مهر لها وقال محمد لها المهر والديه وجه قولهما ان الديه وجبت بدلا عن البضع والمهر في حكم العوض عن جزء منه وضمان الكل والجزء اذا تعلقا بسبب واحد دخل احدهما في الاخر كالاب يستولد جاريه ابنه واما اذا استمسك البول فعليه ثلث الديه والمهر لان ضمان الجزء والجزء اذا تعلقا بسبب واحد لم يدخل احدهما في الاخر لمحمد ان المهر يجب باستيفاء المنفعه والديه تجب بالجنايه وهما امران مختلفان فلا يدخل احدهما في الاخر ولان المهر يجب بالتقاء الختانين والديه تجب بالافضا وذلك يكون بمجاوزه الموضع المعتاد فيتعلق كل واحد منهما بسبب غير السبب الاخر وانما وجبوا جميع الديه اذا لم يستمسك البول لان منفعه العضو ذهبت ففوات المنفعه كتلف العضو مثل ذهاب ضوء العين فاما اذا كان البول يستمسك فلم يتلف منافع العضو وانما هي جراحه جايفه فيجب فيها ثلث الديه واما اذا زنا بامراه مطاوعه فافضاها فلا شي عليه وكذلك اذا وطي زوجته فافضاها لان الوطي ماذون فيه في مسالتنا من جهتها فلا يضمن ما يتولد منه من التلف كالبكاره وكذلك لو وطي زوجته فماتت فلا شي عليه في قول ابي حنيفه ومحمد لانه ماذون في الوطي من جهتها فلا يضمن ما يتولد منه وقال ابو يوسف ان ماتت من وطيه فعلى عاقلته الديه وان افضاها والبول لا يستمسك فالديه في ماله وان استمسك فثلث الديه في ماله وذلك لانه ماذون في الوطي المعتاد فالموت بالافضا انما يكون لمجاوزه المعتاد وانما جعل الديه في الموت على العاقله وفي الافضا في ماله لان الافضا يكون باعتماد التجاوز والموت يكون غير مقصود بالفعل فصار في حكم الخطا وقد قالوا جميعا انه لو كسر فخذها ضمن لان هذا غير متولد من الوطي الماذون قال اصحابنا اذا ضرب الزوج امراته للنشوز ونحوه فماتت منه فهو ضامن لانه يستوفي منفعه فيه فكان على شرط السلامه واما اذا ضرب الاب او الوصي الصبي للتاديب ضمنا عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمنان لابي حنيفه ان الاب يضرب الصبي لمنفعه تعود اليه الا ترى ان في تاديب ابنه منفعه له فكان على شرط السلامه كضرب الزوجه وجه قولهما ان الاب انما يضرب الصبي لمنفعه الصبي فكان كتعزير الامام وقالوا جميعا في المعلم والاستاذ الذي يسلم الصبي اليه في صناعه اذا ضرباه بغير امر ابيه او وصيه ضمنا لانه لم يوذن لهما في الضرب واما اذا ضرب باذن الاب والوصي لم يضمنا لانهما لم يضرباه لمنفعتهما وانما هو لمنفعته فلم يضمنا قال اصحابنا في الشهود اذا شهدوا على رجل بالقتل فحكم الحاكم بشهادتهم فقتله الولي ثم رجعوا او جا المشهود عليه حيا فلا قصاص على الولي ولا على الشهود وقال الشافعي على الشهود القصاص لنا انهم صاروا سببا في الاتلاف عن الجاني كحافر البير ولانه شاركهم مباشر لا قود عليه بنفس الفعل وهو الولي فحل محل المخطي والعامد وعليهم الديه وذلك لانهم تسببوا في الاتلاف على طريق التعدي كحافر البير ولا يرجعون بذلك على الولي في قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد لهم الرجوع بما غرموا على الولي لابي حنيفه ان الشهود اوجبوا للمولى دم العمد وذلك ليس بمال ولا متقوم بدلاله انه يستوفى من الحر ولا يضمن من اتلفه فلا يتعلق به حق الغرما فلم يجز تقويمه على المشهود له في الشهود لانا نلزمه لهم ما لم يوجبوه ولان الدم لا ينتقل الى الشهود بالضمان اذ لا قيمه له فهو مثل الطلاق ولانه لا يجوز ان يستحقه غير القاتل الا ترى ان اجنبيا لو بذل المال للمولى على ان يكون الدم له لم يصح ذلك فاذا لم ينتقل اليه لم يجز ان يرجع بما ضمن على الغير لا بغير عوض فتقدم لم يوجد ذلك فلا يرجع وجه قولهما ان الدم قد انتقل مالا للثاني فكان للمولى الجناية من تضمين الشهود او تضمين القاتل فاذا ضمن الشهود كان لهم ان يرجعوا على القاتل مثل ان يكون الموجب بالشهاده المال قال اصحابنا في الاب والاجنبي اذا اشتركا في قتل الابن لا قصاص على الاجنبي وقال الشافعي عليه القصاص لنا انه شاركه في القتل من لا قود عليه بنفس الفعل فصار كالمخطي والعامد ولان خروج النفس لا يتبعض اذا اشتركا فيه فكان الاب استوفى جميع النفس لهذا لا يوجب على من شاركه المخطي لان جميع النفس مستوفاه على وجه الخطا فلا يجب على المتعمد فيها القصاص واما اذا اشتركا وهما عامدان ثم عفي عن احدهما فالمشهور ان الاخر يجب عليه القصاص لان القصاص وجب عليهما وسقط في احدهما بمعنى طارئ فلا يمنع حق الاخر كالو مات احد القاتلين وذكر في المنتقى عن ابي يوسف انه لا قصاص على واحد منهما

لان العفو لما اسقط القصاص عن احدهما فكان جميع النفس مستوفاه بفعله

تم كتاب الجنايات ولله الحمد والمنه وعلى نبيه افضل الصلوات

كتاب الحدود

قال الشيخ ايده الله الحد في اللغه عباره عن المنع ومنه سمي البواب حدادا لما يمنع به من المنع وسمي اللفظ الذي يفيد المعنى ويجمعه حدا لانه يمنع من دخول غيره فيه فلما كانت العقوبه موضوعه للمنع من الفعل المنهي عنه سميت حدا لهذا المعنى والحد في الشريعه كل عقوبه مقدره تستوفى في حق الله تعالى ولهذا لم يسم القصاص حدا وان كان عقوبه لانه يستوفى في حق الادمي والتعزير ليس بحد لانه ليس بمقدر فالحدود على ضربين ضرب منها ياتي على النفس وهو الرجم والقتل بالرده وبقطع الطريق والضرب الثاني لا ياتي على النفس وهو الجلد في الزنا وحد قاطع الطريق اذا لم يقتل وحد السارق وحد الشارب وحد القاذف فكل واحد من هذه الحدود قد افرده في الكتاب وبدا بحد الزنا وهو على ضربين حد محصن وحد غير محصن فحد المحصن الرجم وحد غير المحصن الجلد وقالت الخوارج حد الزاني الجلد بكل حال ولا رجم لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه رجم ماعز بن مالك ورجم الغامديه وروى زيد بن خالد الجهني وشبل بن معبد وابو هريره ان رجلا جا الى النبي صلى الله عليه فقال ان ابني كان عسيفا على هذا وانه زنا بامراته فافتديته بمايه شاه ثم استفتيت قوما من اهل العلم فقالوا على ابني الحد فقال النبي عليه السلام اما المايه فرد عليك واما ابنك فعليه جلد مايه واغد يا انيس على امراه هذا فان اعترفت فارجمها فاوجب عليها الرجم اذا اعترفت لانها كانت محصنه وروى عباده بن الصامت ان النبي صلى الله عليه قال خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا الثيب بالثيب جلد مايه ورجم بالحجاره والبكر بالبكر جلد مايه وتغريب عام وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال الشيخ مما انزل تعالى ايه الرجم الشيخ والشيخه اذا زنيا فارجموهما البته وسيجي قوم ينكرون الرجم ولولا ان يقال ان عمر زاد في كتاب الله لكتبتها في المصحف فدل هذا على وجوب الرجم وهذا اجماع الفقها وقال اصحاب الظاهر يجلد المحصن ثم يرجم لنا ما روي ان النبي عليه السلام رجم ماعزا ولم يجلده ولان الجلد حد بنفسه فلا يضم الى الرجم كالقطع فاما حديث عباده ان النبي صلى الله عليه قال البكر بالبكر جلد مايه وتغريب عام والثيب بالثيب الجلد والرجم فمعناه الجلد تاره والرجم تاره لان الثيب على ضربين ثيب محصن وثيب غير محصن فذكر حد الثيب في الحالين بين ذلك انه قال في قصه العسيف واغد يا انيس الى امراه هذا فان اعترفت فارجمها ولم يذكر جلدها والذي روي عن علي رضوان الله عليه انه جلد شراحه الهمدانيه ثم رجمها وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنه رسول الله صلى الله عليه فيجوز ان يكون لم يثبت احصانها فلما جلدها اقرت بالاحصان واما الثيب فحده الجلد ولا يغرب على طريق الحد فان راى الامام ان يفعل ذلك على طريق التعزير فعل وقال الشافعي يجمع بين التغريب والجلد على طريق الحد لنا قوله تعالى الزانيه والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مايه جلده وهذا بيان لجميع الاحكام فلا يجوز الزياده فيه الا بما يساويه في النقل ولان النفي حد بنفسه في قاطع الطريق فلا يضم الى الجلد على وجه الحد كالقطع واما قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مايه وتغريب عام فهذا عندنا منسوخ بالايه لانها نزلت بعده الا ترى ان حد الزنا كان في الاصل الاذى بالكلام قال الله تعالى واللذان ياتيانها منكم فاذوهما ثم نسخ ذلك بالحبس فقال تعالى واللاتي ياتين الفاحشه من نسايكم فاستشهدوا عليهن اربعه منكم فان شهدوا فامسكوهن في البيوت الى قوله او يجعل الله لهن سبيلا ولم ينقل حد ما غير القران فدل على ان هذا كان سابقا للايه فنسخ بها والذي روي انه صلى الله عليه جلد وغرب وان عمر جلد وغرب فقد روي انه قال كفى بالنفي فتنه وروي عن عمر رضي الله عنه انه نفى رجلا فلحق بالروم فقال لا انفي بعدها ابدا فدل على ان النفي كان على طريق التعزير اذ لو كان على وجه الحد لم يجز تركه لقوله تعالى ولا تاخذكم بهما رافه في دين الله ان كنتم تومنون بالله واليوم الاخر وقد روي عن ابرهيم ان عليا وعبد الله اختلفا في ام ولد تزني فاعتقها سيدها او يعتقها ثم توفي فقال علي عليه السلام تجلد مايه ولا تنفى وقال ابن مسعود رضي الله عنه تجلد وتنفى

باب صفه المحصن

قال ايده الله الاحصان عندنا على ضربين احصان يعتبر في وجوب الرجم على الزاني واحصان يعتبر في المقذوف لوجوب الحد على قاذفه فاما احصان القذف فنذكره في موضعه واما احصان الرجم فهو عباره عن سبع شرايط عند ابي حنيفه ومحمد وهي البلوغ والعقل والاسلام والحريه والنكاح الصحيح والدخول على وجه يوجب الغسل من غير انزال وهما على صفه الاحصان وروي عن ابي يوسف انه قال الاسلام ليس بشرط وهو قول الشافعي وروي عن ابي يوسف انه لا يعتبر الدخول بها وهما على صفه الاحصان وقال ان المسلم اذا وطي الكافره صار بها محصنا وروي عنه ان الوطي اذا حصل قبل الحريه ثم اعتقا صارا محصنين بالوطي المتقدم وجه هذا ان الاحصان يعبر به عن الاسلام قال الله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشه فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب يعني فعليهن نصفها على المحصنات من العذاب يعني فعليهن نصفها على الحرايد ...

اسم الاسلام والحريه قد يعبر بهما عن النكاح قال الله تعالى والمحصنات من النسا يعني ذوات الازواج فاذا ثبت هذا
قلنا يعتبر البلوغ والعقل لقوله صلى الله عليه رفع القلم عن ثلث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق ∴ ولان الحد عقوبه
والصبي والمجنون لا يستحقان العقوبه ∴ واما الحريه فلما بينا ان الاحصان اسم للحريه ∴ ولان الله تعالى قال في الاما
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فاوجب عليهن عقوبه تتبعض والرجم لا يتبعض ∴ واما النكاح فلما بينا
ان الاحصان يعبر به عن النكاح ∴ ولان النبي صلى الله عليه قال البكر بالبكر جلد مايه وتغريب عام والبكر عباره عمن لم
يتزوج فدل على ان النكاح من شرايط الاحصان وانما اعتبر الدخول لقوله عليه السلم والثيب بالثيب الجلد والرجم وهي
عباره عن الواطي والموطوه ∴ وانما اعتبرنا الوطي الذي يوجب الاغتسال من غير انزال لان الوطي الذي يصير ثيبا
هو الوطي في الفرج ∴ فاما الوطي في غير الفرج فلا تصير به ثيبا ∴ فاما الاسلام فوجهه قول ابي حنيفه
قوله عليه السلم من اشرك بالله فليس بمحصن ∴ ولان الاسلام شرط في احصان القذف مع قله شرايطه فلان يكون
شرطا في احصان الرجم مع كثره شرايطه وهو مما يمكن اعتباره اولى ولا يلزم على هذا العفه عن فعل الزنا انها
شرط في احصان القذف وليست بشرط في احصان الرجم لان ذلك لا يمكن اعتباره ∴ الا ترى انه يستحيل ان تشترط
في الزاني العفه عن فعل الزنا ∴ لابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه رجم اليهوديين ∴ ولان الرجم عقوبه
والكافر ادخل في العقوبات من المسلم ∴ واما الدخول وهما على صفه الاحصان فلان كل وطي لا يوجب الاحصان
لاحد الواطيين لا يوجب للاخر كوطي المملوكين ∴ وعلى الروايه الاخرى ان كل وطي لا يوجب الاحصان عند وجوبه
لا يوجبه في الثاني كوطي المولى ∴ لابي يوسف ان الحر المسلم اذا وطي الامه او الكافره فقد كملت شرايط الاحصان
فيه ففقد الشرايط في الموطوه لا يمنع من وجوب الحد على الواطي ∴ واما الروايه الاخرى فوجهها انه اذا وطيها وهما
كافران او مملوكان فقد تمت شرايط الاحصان الا الاسلام او الحريه فاذا وجد ذلك كملت الشرايط فلا معنى لاعتبار
شرط اخر ∴ قال فان ثبت احصان الزاني باقراره او ببينه قامت عليه فهو سوا في الرجم وذلك لان المقر غير
متهم على نفسه في اقراره والبينه غير متهمه عليه فاذا ثبت الاحصان باحدهما وجب الحد ∴ قال وان كانت
البينه شهدت انه تزوج امراه ودخل بها او جامعها او باضعها فهو محصن عند ابي حنيفه وينوب هذا عن
قوله وطيها في الفرج ∴ وقال محمد اذا قالوا دخل بها فانه لا يكون محصنا ولم يذكر قول ابي يوسف
وهو مع ابي حنيفه ∴ اما اذا قالوا جامعها فلان الجماع اسم للوطي في الفرج فاذا قالوا باضعها فالمباضعه
مفاعله من البضع وذلك لا يكون الا بالوطي في الفرج ∴ واما اذا قالوا دخل بها فوجه قول ابي حنيفه وابي يوسف
ان الدخول اذا اضيف الى النسا لم يفهم منه الا الوطي وان كان مشتركا في الاصل الا ترى ان الوطي مشترك
واذا اضيف الى النسا زال الاشتراك وقد قال الله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ∴
فالمراد به الوطي في الفرج ∴ لمحمد ان الدخول قد يعبر به عن الاجتماع ولهذا لو شهد شهود
الزنا انه دخل بها لم يقبل لما فيه من الاحتمال وهذا ليس بصحيح لانهم لو شهدوا انه جامعها او وطيها
لم يقبل في الزنا حتى يقول جامعها في الفرج او وطيها في الفرج وذلك لا يعتبر في الاحصان فدل على الفرق
بينهما ∴ قال فان لم يشهد الشهود على الدخول وكان له منها ولد فهي محصنه وهو بها محصن كفى
بالولد شاهدا وذلك لانا حكمنا بثبوت نسب الولد منه وثبوت النسب ادل على الوطي من الشهاده فاذا ثبت الاحصان
بالشهاده فبثبوت النسب اولى ∴

باب صفه الزنا

قال ابو الحسن رحمه الله الزنا ان يطا الرجل المراه في الفرج وطيا متعريا من نكاح او ملك او شبهه من احدهما ويجاوز
الختان الختان فان لم يكن على ذلك في جميع ما ذكرنا فليس بزنا ∴ وان كان الوطي محرما وفي شي مما ذكرنا من هذه الجمله
خلاف بين اصحابنا ∴ والدليل على ان الزنا هو الوطي في الفرج ان ماعزا لما اقر بالزنا عند رسول الله صلى الله عليه
استفسره حتى قال كالميل في المكحله والرشا في البير ∴ ولان الزنا في اللغه ماخوذ من الزنا وهو الضيق وذلك
لا يوجد الا في الفرج ∴ وانما اعتبر مجاوزه الختان لان المخالطه لا تكون الا بذلك وما دون المخالطه ملابسه لا تتعلق بها
احكام الوطي من الغسل وفساد الحج وكفاره رمضان ∴ ولان ما يتعلق به الحد يعتبر فيه اعلى النوع وهذا لا يوجد
في الوطي اذا لم يجاوز الختان الختان ∴ وانما اعتبرنا تعري الوطي عن العقد لان اسم الزنا ماخوذ من اللغه واهل
اللغه لا يسمون ما صدر عن عقد زنا ∴ الا ترى انهم كانوا يستحلون نكاح امراه الاب ولا يسمون ذلك زنا
واما تعريه عن الملك فلان الملك سبب الاباحه والوطي اذا وجد مع سبب الاباحه فليس بزنا ∴ واما
تعريه عن الملك فلقوله صلى الله عليه ادروا الحدود بالشبهات والشبه على ضروب فالعقد شبهه عند
ابي حنيفه حلالا كان او حراما اتفق على تحريمه او اختلف فيه علم الواطي انه محرم او جهل وهو قول زفر
وقال ابو يوسف ومحمد اذا تزوج نكاحا مجمعا على تحريمه محرما كانت المراه او غير محرم والواطي يعلم انها حرام
فليس ذلك شبهه وعليه الحد في ذلك الوطي ∴ وان كان لا يعلم فلا حد عليه وهذا كنكاح ذوات المحارم
والخامسه واخت المراه ∴ لابي حنيفه ان هذا الوطي لا يسمى زنا الا ترى ان الجاهليه كانوا يستحلون
[illegible] الاختين والخمسه وامراه الاب ولا يسمون ذلك زنا ∴ ولان الاسما لا تثبت بالشرع والحدود في الزنا

فلا يجوز ان يلحق به ما ليس من نوعه كما لا يلحق بحد السرقه المختلس والمنتهب ∴ ولان هذه الانكحه قد حلت في
شرايع من قبلنا ولم يحل الزنا في شي من الشرايع فدل على انها ليست بزنا ∴ ولان المجوس يستحلون نكاح
الامهات والبنات ولا تسميهم العرب زناه ولا اولاد الزنا ∴ وجه قولهما انه وطي مجمع على تحريمه على
التابيد في غير ملك فتعلق به الحد كالزنا ∴ ولان الشبهه تعود الى الاشتباه وهذا مما لا يشتبه ∴ واما
اذا كان لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه عندهما لان الشرعيات لا يثبت حكمها الا بالسمع فاذا لم يعلم بالتحريم لم يجب الحد
وقد روي عن سعيد بن المسيب ان رجلا تضيف اهل بيت باليمن فاصبح يحدث انه زنا بربيبه منزله فكتب فيه الى
عمر فكتب فيه ان كان يعلم ان الله حرم الزنا فاجلدوه وان كان لا يعلم فعلموه فان عاد فاجلدوه ∴ قال فان
كان النكاح مما يختلف العلما فيه مثل النكاح بغير ولي وما اشبه ذلك فلا حد فيه وان كان عنده انه محرم اذا كان
بعض الفقها يجيزه فهو شبهه ولا حد عليه وهذا كالنكاح بغير شهود لان مذهب من يسقط الحد يكون
شبهه ∴ ولانه اجتمع الموجب والمسقط فالحكم للمسقط ∴ وذكر بعد هذا العقد المتفق على تحريمه
والخلاف فيه وقد بيناه ∴ قال وقال ابو حنيفه يعزره الامام ولا يبلغ به اربعين سوطا وذلك لانه فعل
منكر في الشريعه فيجب فيه التعزير ∴ وقال في موضع اخر من الاصل اذا تزوج امه على حره او تزوج مجوسيه
او تزوج خمسا في عقده او تزوج امراه بغير شهود او امه بغير اذن مولاها فاقر عند الامام بذلك انه فعله وهو
يعلم انه عليه حرام انه يحد قال ليس في شي من هذا حد لان هذا نكاح والحد يدرا بالشبهه وهو قول ابي حنيفه
وفي الا يحد في ذات الرحم المحرم ونحوه في ذلك كله ولا يعتبر في ذلك بالنكاح وهذا انما يعود الى ذوات
المحارم والخامسه ∴ واما تزويج الامه على الحره فمختلف فيه وكذلك نكاح العبد بغير اذن مولاه ونكاح الامه
بغير اذن سيدها ليس بمحرم على التابيد وهما شرطا ان يكون الوطي محرما على التابيد ∴ والوطي بغير شهود مختلف
في تحريمه فهذه الشبهه يعود الى العقد وقد تعود الشبهه الى الملك مثل الجاريه المشتركه وجاريه الابن وجاريه
المكاتب ∴ وتاره تكون الشبهه لمعنى يعود الى الاشتباه مثل من زفت اليه غير امراته ∴ وقد تكون الشبهه في
المال مثل جاريه الزوجه وجاريه المولى اذا وطيها العبد ∴ والكلام في هذا ياتي في موضعه ∴ قال
وان كان الوطي نفسه مما يختلف فيه اهل العلم او لا يختلفون اذا كان ذلك وطيا لامراه صحيح نكاحها او كان
وطيا بملك يمين فانه لا حد عليه وذلك مثل ان يطا امراته او جاريه له وهي حايض او نفسا او صايمه في رمضان
او محرمه بحجه الاسلام او قد ظاهر منها او آلى او تزوجت ولها زوج ففرق بينهما واعتدت او لم تفرق
بينهما او وطيت بشبهه فوجب عليها العده من ذلك الوطي فوطيها زوجها الاول وهو يعلم انها
تحت زوج او قد تزوجت او هي في عده من غيره او يطا امته وهي اخته من الرضاعه او امه او غير
ذلك مما يحرمه الرضاع او يكون قد وطيها ابوه او ابنه بملك يمين او يكون عنده اخت قد وطي
اختها والاخت في ملكه فحل وطيها له او ذات رحم محرم منها فيطاها وهو يعلم ان وطيها عليه حرام
انه لا حد عليه في جميع ذلك وكذلك ان وطي امته وهي مجوسيه او مرتده او كان قد كاتبها فلا حد
عليه في ذلك وان علم بتحريم الوطي وذلك لان هذا وطي في ملك فتحريمه لا يوجب الحد كمن وطي امته
وهي مريضه او صغيره لا توطا ∴ ولان النبي صلى الله عليه اوجب في الوطي في حال الحيض الصدقه ولم يوجب
الحد والمعنى فيه انه تحريم عارض في الملك وهذا موجود في هذه المسايل ∴ قال وكذلك ان وطي
جاريه يملك بعضها كاينا ما كان البعض وذلك لانه وطي في الملك وصار كالمخطي والعامد لما كان بخروج
الروح لا يتبعض صار كان جميعها حدثت على وجه الخطا ∴ قال وكذلك ان وطي جاريه ابنه وهو يعلم ان
الوطي حرام وذلك لان مال الابن مضاف الى الاب لا تملكه قال عليه السلم انت ومالك لابيك وادنى حال
هذه الاضافه ان تفيد الشبهه ∴ وقال ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه فكلوا من كسب
اولادكم ∴ وكسب الانسان لا يجب فيه حد ∴ قال وكذلك جاريه مكاتبه لان مال المكاتب موقوف
عليه وعلى مولاه وما وقف على حكم ملك الانسان فلا حد عليه ∴ وكذلك جاريه عبده الماذون له في
التجاره وعليه دين يستغرق رقبته وما في يده او ليس عليه دين وذلك لان من اصل ابي يوسف
ومحمد ان المولى مالك لما في يده مع الدين فلا يجب الحد في ملكه ∴ فاما على قول ابي حنيفه
وان كان لا يملك الا انه مختلف في ملكه وما اختلف في الملك فيه لم يجب به حد كالنكاح المختلف فيه
قال وكذلك ان وطي الجد من قبل الاب وان علا كان بينه وبين المالك اب اقرب منه او لم يكن
فانه لا حد عليه وذلك لان الجد له ولاد فحل محل الاب قال الا انه اذا ادعى نسب الولد لم يثبت
منه نسبه ولم يحده لان ثبوت النسب انما يكون للولايه الثابته في حال الصغر في نقل الجاريه الى
فاذا بلغ لم ينفسخ حكم تلك الولايه في باب الاستيلاد والجد لا ولايه له مع الاب فلم يثبت نسب الولد
منه ∴ فان لم يكن اب اقرب منه ثبت نسب ولده وذلك لان الولايه ثابته له في هذه الحاله لثبوتها للا
قال وكذلك الرجل من الغانمين يطا جاريه من المغنم قبل القسمه بعد ان اخرجت الغنايم الى دار الاسلا
فلا حد عليه وان علم انها حرام وكذلك ان كان في دار الحرب وذلك لان الغنيمه مشتركه بين الغانمين

لان الحق يثبت فيها بالاخذ لكل واحد منهم ويستقر بالحيازه وتملك بالقسمه ولكل واحد منهم حكم الملك فلا
يجب عليه الحد قال ولا يثبت نسب الولد لانه لا تملك الغنيمه الا بالقسمه وانما يثبت له فيها حق ان تملك
وهذا المعنى لا يوجب ثبوت النسب قال والوطي في الدبر ليس بزنا عند ابي حنيفه في انثى كان او في ذكر
ولا يوجب حدا ويوجب التعزير وهو عند ابي يوسف ومحمد بمنزله الوطي في الفرج يوجب من الحد فيه ما يوجب
في الزنا لابي حنيفه ان هذا الوطي لا يسمى في اللغه زنا الا ترى انهم خصوه باسم وهذا التخصيص نعلم به
نفي الاشتراك الا ترى انهم سموا شخصا حمارا وشخصا فرسا فعلمنا بذلك ان كل واحد منهم لا يسمى باسم الاخر
وان لم ينص العرب على ذلك واذا لم يكن زنا لم يجز ان يلحق بحد الزنا كما لا يلحق به الوطي بالشبهه
ولان هذا الوطي لا يوجب المال بحال فلا يتعلق به الحد كالوطي فيما دون الفرج وجه قولهما ما روي عن
النبي صلى الله عليه انه قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وروي ان رجلا وجد باليمن ينكح كما تنكح المراه فكتب
فيه الى ابي بكر الصديق رضي الله عنه فاستشار فيه الصحابه فمنهم من قال يقتل ومنهم من قال يرمى من شاهق
الجبل ومنهم من قال يرمى عليه حايط والجواب ان هذا محمول على من فعل ذلك على وجه
الاستحلال بدلاله ايجاب القتل من غير فصل بين محصن وغيره وهذا لا يكون الا مع الاستحلال وقد
قال الشافعي ان القتل يجب بكل حال على احد قوليه وهذا قول خالف اجماع من تقدمه فلا يعتد به قال
وعليه التعزير لان القايل احد قايلين اما من اوجب الحد او من اسقط واوجب التعزير فاذا دل الدليل على سقوط الحد
ثبت التعزير بالاجماع

باب الرجل يطأ امراه ويقول ظننتها تحل لي

قال ابو الحسن رحمه الله جمله هذا الباب ان الشبهه اذا كانت في الموطوءه اسقطت الحد سوا قال ظننت انها تحل لي او قال
علمت انها حرام وان كانت الشبهه في الفعل فان قال علمت انها حرام حد وان قال ظننت انها حلال لم يحد
وذلك لان الشبهه في الموطوءه موجوده سوا علم بالتحريم او لم يعلم والشبهه في الفعل غير موجوده اذا علم
بالتحريم فاذا قال ظننت انها حلال فقد حصلت الشبهه فمنعت الحد وجمله هذا ان الشبهه في الفعل في
سبع مواطن جاريه الاب وجاريه الام وجاريه الزوجه والمطلقه ثلثا ما دامت في العده وام الولد ما
دامت تعتد منه والعبد اذا وطي جاريه مولاه والجاريه المرهونه في روايه كتاب الرهن وفي اربع مواضع لا يحد
وان قال علمت بالتحريم جاريه الابن والجاريه المبيعه اذا وطيها البايع قبل القبض والجاريه المتزوج عليها
اذا كانت في يد الزوج والمطلقه طلاقا باينا والجاريه بين شريكين قال ابو الحسن قال ابو حنيفه
وابو يوسف ومحمد اذا وطي الرجل جاريه ابنه او زوجته فعليه الحد فان قال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه
وان قال علمت انها حرام حد اما اذا ادعى شبهه فلان الابن منبسط في مال ابيه ويأكل طعامه
فيجوز ان يشتبه عليه الوطي وكذلك الزوج منبسط في مال زوجته ويستخدم امتها وينتفع
بمتاعها فيجوز ان يشتبه عليه الوطي ومن ادعى شبهه واستند دعواه الى ظاهر قبل قوله
واما ان قال علمت انها حرام فقد زال الاشتباه ولا شبهه له في الموطوءه ولا في الفعل فحد قال
ولا يثبت نسب الولد في الوجهين جميعا لانه لا شبهه له في الامه وانما شبهته في الفعل والشبهه
في الفعل تسقط الحد ولا تثبت النسب لان النسب لا يتعلق بالفعل وانما يتعلق بالمفعول فيه
قال فان حضرا جميعا حتى يقرا جميعا انهما قد علما ان ذلك عليهما حرام وذلك لان احدهما اذا ادعى شبهه
خرج فعله من ان يكون زنا بالشبهه فخرج فعل الاخر ان يكون زنا وسقط الحد عنهما قال وان وطي جاريه
اخيه او اخته او ذي محرم منه غير الولد والوالد والوالده وولد الولد حد وان قال ظننت انها تحل لي لم
يدرا عنه الحد وكذلك ان وطي جاريه ذات محرم من امراته لانه لا ينبسط له في ماله ولا شبهه في
الموطوءه والشبهه اذا لم توجد في الفعل ولا في المفعول وجب الحد قال واذا طلق الرجل امراته ثلثا
ثم وطيها وقال ظننت ان وطيها حلال لي لم يحد وان قال علمت انها علي حرام حد وذلك لان العده من احكام
الملك فيجوز ان يشتبه عليه ان حكم الملك كالملك في اسقاط الحد ومن ادعى شبهه استندت الى
ظاهر قبلت دعواه واما اذا قال علمت انها علي حرام ولا ملك له فيها ولا شبهه في الفعل فوجب الحد
ولا يجوز ان نعلل لسقوط الحد لاختلاف الناس في وقوع الطلاق الثلث لان هذه المسله لا يسوغ الاجتهاد
فيها عندنا فلا يتعلق بالخلاف فيها حكم ولهذا قالوا انه لو وطيها بعد انقضا العده حد وان قال ظننت
انها حلال ولو كان الحكم يتعلق بالخلاف لم يجب الحد قال وان كان انما طلقها واحده باينه لم يجب
عليه الحد وان قال انها علي حرام لان السلف اختلفوا في الواحده الباينه هل تزيل الملك او لا والاختلاف
في ذلك يوجب اختلافا في الفعل هل هو زنا او ليس بزنا فيمنع ذلك من وجوب الحد فان خالعها
او طلقها بعوض فينبغي ان يكون كالمطلقه ثلثا لانه لا خلاف في وقوع التحريم فلم يبق الا الشبهه التي
تعود الى الفعل وقال ابن رستم عن محمد يدرا الحد عن هولا الاربعه من وطي جاريه امه او ابيه او زوجته
او كانت رهنا عنده اذا وطي واحد منهم الامه وقال ظننت انها تحل لي فان كان عالما ضرب الحد ولم يصدق

قوله ظننت انها تحل لي وقد بينا حكم جاريه الاب والام والزوجه واما المرهونه فذكر في كتاب
الرهن اذا قال ظننت انها تحل لي لا يحد وذلك لانها محبوسه للاستيفا كالمبيعه وذكر في كتاب الحدود
انه يحد وان قال ظننت انها حلال لانه لا ملك له فيها ولا حكم ملك وانما يثبت له حق الاستيفا
فصار كالغريم اذا وطي جاريه الميت وقال محمد ان وطي جاريه ابن ابنه وابنه حي قال لا يحد ولا يثبت
النسب وذلك لان بينهما ولادا فصار كجاريه الابن ولانه لا يقتص منه بقتلها كجاريه الابن فاما
النسب فقد قدمناه قال وان وطي جاريه ابنه وقال علمت انها علي حرام لم يحد وان ادعى الولد ثبت
نسبه وكانت الجاريه ام ولد له وغرم قيمتها صدقه الابن او كذبه وذلك لانها على حكم ملكه فصار
كجاريته فلا يجب عليه الحد وان علم بتحريمها فاما ثبوت النسب فالاصل فيه ان الشبهه في الموطوءه
تسقط الحد وتثبت النسب وقد بينا ثبوت النسب واحكام الضمان فيما مضى من كتاب العتاق قال
وكذلك الجد ان كان الاب ميتا لا يحد وان قال علمت انها علي حرام لما بيناه قال واذا وطي الرجل
المراه الاجنبيه وقال ظننتها امراتي او شبهتها بامراتي او بجاريتي حد وذلك لانه لا يجوز له ان يطا بالظن
ولا بالاشتباه حتى يعرفها بكلام او يخبره مخبر انها امراته فاذا وطي بغير ذلك لم يكن معذورا فحد
وذكر عن ابرهيم انه قال لو قبل هذا ما اقيم الحد على احد قال ابو حنيفه لو ان رجلا وجد في
بيته امراه فقال ظننتها امراتي فوقع عليها كان عليه الحد وان كان اعمى ليس يدرا الحد بهذا وكذلك
قول ابي يوسف وذلك لان وجود المراه في بيته وعلى فراشه ليس بشبهه لانه قد يكون في بيته
امه واخته والاجنبيه والشبهه اذا لم تستند الى سبب ظاهر لم يعتد بها وقال ابن رستم
عن محمد في اعمى دعى امراته فقال يا فلانه فاجابته غيرها فوقع عليها قال يحد ولو اجابته فقالت انا
فلانه فوقع عليها فاذا هي غير امراته فانه لا يحد ويثبت نسبه وهي بالمراه المزفوفه اذا غير زوجها
وذلك لانها اذا اجابت ولم تقل انا فلانه لم يحل له وطيها فلم يكن ذلك شبهه واذا قالت انا فلانه فلا
يتوصل الاعمى الى معرفه امراته الا بذلك فكان ذلك شبهه ولو دعا رجل جاريه له فاجابته امراه حره
وهو لا يراها فقال ظننتها امتي قال يحد ايضا ولا يصدق وذلك لان هذا يتوصل الى معرفتها بالمشاهده
فلم يكن ذلك معذورا في وطيها بالجواب وقال الحسن بن زياد عن زفر في رجل اعمى دخل
بيته فاذا في فراشه او في حجلته امراه فوقع عليها ثم قال ظننت انها امراته يدرا عنه الحد وعليه
عقر مثلها بما استحل من فرجها وقال ابو يوسف لا يعذر بذلك وعليه الحد قال ابن سماعه
واخبرني ابن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال القياس ان يدرا عنه الحد والذي اتبع في ذلك ما روي عن
عمر رضي الله عنه في رجل كان يواعد جاريه له وكان اعمى وروى ذلك عن ابي حنيفه والوجه فيه ما
بينا ان وجودها على فراشه ليس بشبهه لجواز ان ينام على فراشه غيرها فلم يعذر وجه
قول زفر ان وجودها على فراشه ظاهر فصار كمن زفت اليه غير امراته فاما المبيعه
اذا وطيها البايع والمتزوج عليها اذا وطيها الزوج لانها على حكم ملكه بدلاله انها لو هلكت هلكت
على ملكه ولان ملك المشتري لم يتم فيها وحكم الملك ينفي الحد واما الجاريه المشتركه
فقد قدمناها واما الجاريه المستاجره والوديعه فانه يحد وان قال ظننت انها تحل لي لانه
لا شبهه له في الموطوءه ولا في الفعل فلم يسقط الحد اذا لم يستند شبهته الى ظاهر

باب الاقرار بالزنا

قال ابو الحسن رحمه الله اذا جا الرجل الى الامام فاقر بالزنا بامراه بعينها او بغير عينها لم يحده الامام حتى يقر
اربع مرات في اربع مواطن قال وجمله هذا ان الاقرار بالزنا لا يتعلق به الحد حتى يقر اربع مرات في اربع
مجالس مختلفه من مجالس المقر وقال ابن ابي ليلى يعتبر اربع مرات في مجلس واحد وقال الشافعي يقام
الحد باقراره مره واحده لنا ما روي ان ماعزا اقر عند النبي صلى الله عليه بالزنا فاعرض عنه فعاد واقر فاعرض عنه
فعاد الثالثه فاقر فاعرض عنه فعاد فاقر رابعا فقال صلى الله عليه الان اقررت اربعا فمن ولو كان الحد يجب باقراره
مره واحده لم يوخره الى الرابعه الا ترى انه قال صلى الله عليه ما ينبغي لوالي حد اتي بحد من حدود الله الا
اقامته ولو وجب الحد بالاقرار الاول لم يوخره ولا يجوز ان يقال انه ظنه مجنونا لانه كان ثاير
الراس لانه لو كان ذلك لم يتعلق الحكم بالرابعه ولعلقه بظهور حاله وقد روي ان ابا بكر قال
لماعز في الثالثه انك ان اقررت الرابعه رجمك رسول الله وهذا لا يعلم الا بالتوقيف وروي
عن ابي بريده انه قال كنا نتحدث بين يدي رسول الله صلى الله عليه ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المره الثالثه
ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وهذا يدل على انهم عرفوا ذلك من جهته ولانه سبب لثبوت
حد الزنا فاعتبر فيه العدد كالشهاده ولان حد الزنا قد اعتبر فيه من التاكيد ما لم يعتبر في غيره
من الحدود ولهذا اعتبر شهاده اربعه ولا يعتبر ذلك في شي من الحدود فجاز ان يعتبر الاقرار فيه بالعدد

على الإقرار بسائر الحقوق. فإن قيل إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة فقد اعترف بالوطء على وجه لم يوجب الحد
فوجب المهر والوطء الموجب للمهر لا يوجب الحد وهذا كما قلنا إنا لو لم يثبت السرقة بإقراره مرة لأوجبنا الضمان
بها وإيجاب الضمان ينافي القطع فلم يمكن إيجابهما بالإقرار الثاني. قيل له لما أقر بالزنا فحكم الإقرار
مراعى لأن الزنا لا يوجب المهر فلم يحكم بوجوب المهر ما دامت المراعاة في الإقرار بالزنا باقية فلذلك
أوجبناه بالتكرار. فأما السرقة فإن الإقرار بها يوجب الضمان وإنما يسقط بالقطع فلم يكن في إقراره بالسرقة
مع المراعاة ما يمنع من الحكم بالضمان. وإنما اعتبر أصحابنا أربع مرات في أربع مجالس خلاف ما قال
ابن أبي ليلى لأن ماعزا لما أقر عند النبي صلى الله عليه أعرض عنه فخرج من المسجد ثم عاد فأقر حتى أقر
أربع مرات يخرج في كل مرة. وقد روي أنه أقر خمس مرات ولا وجه يحمل عليه ذلك إلا أنه أقر مرتين في
مجلس فجعلا مرة واحدة. ولأن الإقرار إذا تكرر في مجلس واحد فهو كإقرار واحد والدليل عليه وإن أقر
بدين ثم بدين في مجلس لم يجعل كل واحد من الدينين غير الآخر. قال وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار
ويظهر له كراهة ذلك ويأمر بتنحيته عنه فإن عاد ثانية فعل به مثل ذلك فإن عاد ثالثة فعل مثل
ذلك وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال اطردوا المعترفين يعني في الزنا. وروي أن النبي عليه السلام
طرد ماعزا مرارا. ولأن النبي صلى الله عليه لقن المقر بالسرقة الرجوع فقال ما إخاله سرق. وأما إذا كان
مأمورا بتلقينه الرجوع وزجره وإظهار له كراهة الإقرار ليرجع. قال وإذا أقر الرابعة وقد فعل الإمام
ما وصفت لك نظر في حاله هل هو صحيح العقل ممن يجوز إقراره على نفسه وذلك لأن النبي صلى الله عليه
قال لماعز أبك داء أو خبل وبعث إلى قومه فسألهم عنه وهذا يدل على أن الإقرار بالزنا لا يتعلق الإقرار
بغيره باختبار حال المقر في الباطن. قال وإذا عرف صحة عقله سأله عن الزنا ما هو وكيف
زنا. وقد قال أصحابنا إنه يسأله عن الزنا فيقول ما الزنا وكيف زنيت وبمن زنيت وأين زنيت
أما المسألة عن الزنا فلأن النبي صلى الله عليه قال لماعز لعلك لمست لعلك قبلت لعلك باشرت فلما ذكر
له ماعز النون والكاف قبل إقراره. ولأن الإنسان قد يظن أن الفعل المحرم زنا وقد قال صلى الله عليه
العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان ثم يحقق ذلك الفرج فدل على أن الزنا قد يعبر
به عن غير الفعل ولهذا نسأل المقر عنه احتياطا. وأما قوله كيف زنيت فلأنه يجوز أن يكون
وطئ فيما دون الفرج أو في موضع غير الفرج فوجب أن يستفسر. وأما سؤاله عن المزني بها فلأن
النبي صلى الله عليه قال لماعز الآن أقررت أربعا فبمن. ولأنه يجوز أن يكون وطئ من لا يجب الحد بوطئها كجارية
الابن والجارية المشتركة فوجب أن يسأله القاضي ليعلم أن المزني بها ممن يتعلق بوطئها الحد.
وأما قوله أين زنيت فلأنه يجوز أن يكون زنا في دار الحرب فلا يقيم الإمام عليه الحد. وقد قالوا
إنه لا يسأله في الإقرار متى زنيت وإنما يسأل الشهود عن ذلك لأن تقادم الزنا يمنع من قبول الشهادة
ولا يمنع من قبول الإقرار. ويجوز أن يقال إنه يسأله متى زنيت لجواز أن يكون زنا في حال الصغر.
قال فإذا بين ذلك سأله أمحصن هو أو غير محصن فإن قال إنه محصن سأله عن الإحصان ما
هو فإن وصف الإحصان على شرائطه حكم بأنه محصن وأمر برجمه. وذلك لأن حد الزنا يختلف
بالمحصن وغير المحصن فوجب أن يسأل عن ذلك حتى يعلم الواجب عليه ما هو فإذا أقر بالإحصان
استفسره لأن شرائط الإحصان مختلف فيها فيجوز أن يعتقد المقر ما لا يعتقده الحاكم فلذلك يسأل عنه
فإذا بينه قبل إقراره لأنه يجوز إقراره بالزنا فكذلك يجوز إقراره بالإحصان الذي هو من شرائط الرجم. وقد
قال محمد في الأصل إن المقر إذا قال لست بمحصن فشهد عليه الشهود بالإحصان رجمه الإمام ولا يكون هذا
كالرجوع لأنه مقيم على إقراره بالزنا وقد ثبت إحصانه بالبينة فقوله لست بمحصن ليس برجوع عن الإقرار وإنما
هو إخبار عن سقوط الرجم عنه فصار كالمقر بالزنا إذا قال لا حد علي لم يكن ذلك رجوعا. وقد قالوا إذا
أقر أربع مرات في مجلس واحد للقاضي رجمه وذلك لأن ماعزا تردد إلى النبي صلى الله عليه في الإقرار والنبي عليه السلام
جالس في مكانه فدل على أن المعتبر بمجلس المقر لا بمجلس الحاكم. وقال الحسن بن زياد إنه إذا أقر
أنه زنا بامرأة غائبة أقام عليه الحد وهذا الاستحسان والقياس أن لا يقام عليه الحد حتى تحضر لأنه
يجوز أن تحضر فتدعي شبهة تسقط الحد عنه فلم يجز إقامة الحد عليه مع الشبهة. ووجه
الاستحسان أن ماعزا لما أقر بالزنا بامرأة لم يقل رسول الله صلى الله عليه قبل إحضارها وقال في قصة
العسيف واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها وهذا بعد قوله أما على ابنك جلد مائة
فدل على أن حد المقر لا يقف على اعتراف المرأة. ولأن الحد قد وجب بإقراره وجواز أن
تحضر فتدعي شبهة كجواز أن يرجع المقر أو يدعي شبهة في الثاني وجواز ذلك لا يمنع من إقامة
الحد. قال الحسن ويقيم عليه الحد إذا أقر في مجلس القاضي قبل أن يقوم أو في مجالس أو في
كل يوم أو كل شهر مرة وصح ذلك عند القاضي وقد تقادم الزنا الذي أقر به أو لم يتقادم فهو سواء
كان أتى عليه منذ زنا إلى أن أقر شهر أو أيام أقام عليه الحد وذلك لأن المعتبر اختلاف
مجالس المقر دون الحاكم. وإذا أقر في مجلس واحد للحاكم أو في مجالس مختلفة فهو سواء. ولا فرق
بين التقادم في الإقرار وغير التقادم وذلك لأن التقادم إنما يؤثر في الشهادة للتهمة ألا ترى أن الظاهر
من الشهود أنهم اختاروا الستر فلما شهدوا بعد حين فقد هيجهم أمر أوجب تهمة في شهادتهم وهذا لا
يوجد في المقر لأنه لا يتهم على نفسه فلذلك قبل إقراره وإن تقادم. وقد قال زفر إن الإقرار بالزنا
لا يقبل بعد حين لأنه أحد سببي الحد كالشهادة. وقال محمد في الإملاء رواية الكيساني قال أبو حنيفة
إذا أقر الرجل بالزنا أربع مرات في مجالس متفرقة والمجالس المتفرقة عنده أن يذهب المقر حتى لا يراه
ولا يكون معه في المجلس ثم يجيء فيقر إقرارا مستقبلا فهذا إذا أقر هكذا أربع مرات أقام عليه
الحد ما لم يرجع. وإن أقر أربع مرات في مجلس واحد فإنما هذه مرة واحدة ولا خلاف بين أصحابنا
في هذه الجملة وهذا على ما بينا. فأما الإقرار بغير الزنا فعند أبي حنيفة ومحمد يعتبر فيه مرة واحدة
وقال أبو يوسف كل ما يسقط بالرجوع فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود. وجه قولهما أنه حق
يثبت بشهادة شاهدين فثبت بإقرار مرة كالديون. لأبي يوسف أنه حد فاعتبر عدد الإقرار
فيه بعدد الشهود كحد الزنا. قال وإذا كان إقرار الزاني بالزنا عند غير الإمام أو عند من لم
يجعل إليه إقامة الحدود لم يحد بذلك الإقرار. فإن شهدت عليه الشهود أنه أقر بذلك في
أربع مواطن مختلفة فلا حد إلا بإقرار عند من يقيم الحدود وهو قولهم جميعا وذلك لأن الشهود
إذا شهدوا عليه لم يخل من أن يكون مقرا أو جاحدا فإن كان مقرا فلا معنى للشهادة مع الإقرار
وإن كان جاحدا فجحوده رجوع عن الإقرار فلا معنى للحكم به. قال فإن رجع المقر عن الإقرار
بعد الحكم أو قبله أو رجع بعد الرجم إذا كان محصنا أو جلد بعض الجلد إذا كان بكرا فإن الحد
يدرأ عنه وذلك لأن النبي صلى الله عليه لقن المقر الرجوع فقال لماعز لعلك لمست لعلك قبلت
وقال للسارق ما إخاله سرق فلو لم يقبل رجوعهما لم يكن للتلقين والرجوع معنى. وروي أن
ماعزا لما مسته حر الحجارة هرب فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه فقال هلا خليتم سبيله فجعل الهرب
الدال على الرجوع مسقطا للحد فلأن يسقطه صريح الرجوع أولى. قال
ومما يلحق بهذا الباب ما ذكره محمد في الأصل أن الذمي إذا أقر بالزنا حد
وقال مالك لا يحد. لنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا. ولأن النبي عليه السلام رجم اليهوديين. ولأنه
غير مقر على سببه وليس كذلك حد الشرب لأنا أقررناهم على سببه بعقد الأمان. وقال في العبد يقر بالزنا
أربع مرات يحد. وقال زفر لا يحد إذا كذبه المولى. وقال الطحاوي لم يوافق زفر على هذا القول
إلا عمرو بن دينار. لنا أن كل ما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فإن العبد يملكه كالطلاق وعكسه
الإقرار بالدين. ولأن العبد لا يتهم على نفسه في الحدود لما فيه ذلك من لحاق الضرر به وإذا لم يتهم نفذ
إقراره كالحر. ووجه قول زفر أن إقرار العبد يتعلق به إتلاف رقبته وهي حق المولى فإقراره
في حق المولى لا يقبل كما لا يقبل إقراره بالدين. وقالوا في الأخرس إذا أقر بالزنا أربع مرات
في كتاب كتبه أو إشارة أشار بها فإنه لا يحد لأن الإشارة قامت مقام الكلام كالكناية التي تقوم مقام
الصريح وكالشهادة على الشهادة. ولأن الأخرس أكثر أحواله أن يشير إلى وطء محرم فصار كالصحيح
إذا قال وطئت وطئا حراما. وقد قالوا في الشهود إذا شهدوا على الأخرس بالزنا لم تقبل شهادتهم لأنه
لا يسمع ما يشهدون به عليه فصار كالغائب. ولأنه يجوز أن يكون لو قدر على الكلام لادعى شبهة وعجزه
عن الكلام يمنع من ذلك فلم يجز إقامة الحد عليه مع الشبهة. وقالوا في الأعمى إذا أقر بالزنا حد
لأنه لا شبهة في إقراره فصار كالصحيح. والذي يجن ويفيق إذا أقر بالزنا في حال إفاقته فهو مثل الصحيح
وكذلك إذا شهد عليه لأنه مكلف في حال إفاقته لا شبهة في إقراره. والمجنون إذا أقر بالزنا أو شهد
عليه لم يحد لأن المجنون لا يكون منه الزنا فكأنه أقر بالمباشرة. والخصي إذا أقر أو شهد عليه حد لأن الخصي
يجامع كما يجامع غيره وإنما لا ينزل فصار كغير الخصي إذا قال وطئت ولم أنزل. والعنين إذا أقر
بالزنا حد لأن الآلة باقية ويجوز أن يكون وطئ.

باب كيف يقام الحد

قال أبو حنيفة وزفر ومحمد إذا شهد الشهود على الرجل بالزنا وهو محصن فإن الإمام يأمر الشهود
أن يرجموا فإذا رجموا رجم الإمام بعدهم ثم الناس. وقال الشافعي بداية الشهود بالرجم ليس بشرط
لنا ما روي أن شراحة الهمدانية لما أقرت عند علي رضوان الله عليه بالزنا خطب فقال الرجم رجمان رجم
سر ورجم إعلان فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها. ورجم السر أن يشهد الشهود فيرجمها
الشهود ثم الإمام ثم الناس. ولأن بداية الشهود فيها ضرب من الاحتياط ألا ترى أنهم إن كانوا

جاز أن يستعظموا حرمة النفس ويرجعوا عن الشهادة والرجم قد اعتبر فيه الاحتياط . قال ولا ينبغي ان يربط
المرجوم ويمسك ولا يحفر له اذا كان رجلا ولكنه يقام قايما فينصب للناس ثم يرجم . وان كانت امراه فان
شا حفر وان شا لم يحفر كل ذلك حسن . هكذا في الاصل وذلك لان الربط والامساك زياده لا يحتاج اليه في
اقامه الحد فصار كالضرب والقيد . فاما الحفر فقد امر رسول الله صلى الله عليه برجم ماعز ولم يحفر له الا ترى انه
هرب ولو كان حفر له لم يستطع ان يهرب . واما المراه فيجوز ان يحفر لها لان النبي صلى الله عليه حفر للجهنيه
وروي انه حفر للغامديه حفره الى ثندوتها واخذ حصاه مثل الحمصه فرماها بها . وقال ارموا واتقوا الوجه
فلما طفت اخرجها وصلى عليها ثم قال لقد تابت توبة لو قسمت على اهل الحجاز لوسعتهم . ولانه استر لها
ولان ترك الحفر جايز لانها مستوره بثيابها . قال فان امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او
مات بعضهم او عمي او خرس او جن او غاب او ارتد او قذف فضرب الحد لم يرجم المشهود عليه في قول
ابي حنيفه وهي روايه محمد عن ابي يوسف . وروي ابن سماعه عن محمد بن شجاع عن الحسن عن ابي يوسف في
الشهود اذا امتنعوا او امتنع بعضهم او غابوا رجم الامام ثم الناس لابي حنيفه ومحمد ان بدايه الشهود
شرط فاذا امتنعوا من غير عذر صار ذلك شبهه لجواز ان يكونوا عرفوا ان الحد ليس مستحق فلم يجز اقامه
الحد مع الشبهه . واما اذا ماتوا فيجوز ان يكون لو كانوا احيا لامتنعوا من الرجم فسقط الحد فلم
يجز استيفاوه مع التجويز . لابي يوسف انه حد ولا يشترط فيه مباشره الشهود للاستيفا كالجلد
والجواب انّ الجلد لا يحسنه كل الناس فلو اوقفناه على فعل الشهود لسقط والرجم يحسنه
كل احد فلم يكن في تعليقه بالشهود ابطاله . وقال عمرو عن محمد اذا جنوا او ارتدوا او ضربوا حد
القذف سقطت شهادتهم لان الطارئ على الحدود قبل الاستيفا بمنزله الموجود في الابتدا الا ترى ان
رجوع المقر فصار كانهم شهدوا على هذه الصفه فلم يثبت الحد بشهادتهم . ولان الحدود يؤثر فيها
الشبهه فلو اعتبرنا فيها حال الشهاده ولم نوقفها على الاستيفا لسوينا بين الحدود والاموال وهذا
لا يصح . وقال عمرو عن محمد في اربعه شهدوا على رجل بالزنا وهم مقطوعوا الايدي او مرضى لا يستطيعون
ان يرموا فان الامام يرمي ثم يامر الناس ان يرموا . وقال ابن سماعه عن ابي يوسف اذا اصاب الشهود
مرض لم يقدروا معه على الرجم من اجل ذلك فانه يرجم في قوله وقول ابي حنيفه وذلك لان
الامتناع اذا كان لعذر ظاهر زالت التهمه فلم يجب ان يشترط فعلهم مع التعذر وليس كذلك
الموت لانه يجوز ان يكون لو عرض عليهم الرمي امتنعوا منه فلذلك كان شبهه . ولا باس لكل
من رمى من الناس ان يتعمد مقتله الا ان يكون في القوم ذو رحم محرم من المرجوم فانه لا يستحب
له ان يتعمد مقتله ويولي ذلك غيره لما روي ان حنظله بن ابي عامر استاذن رسول الله صلى الله عليه
في قتل ابيه وكان كافرا فمنعه من ذلك وقال دعه يقتله غيرك . ولانه مامور بصله رحمه
فلم يجز ان يتعمد قتله لما في ذلك من قطع الرحم من غير حاجه . قال واذا كان المشهود عليه
غير محصن فان بشرا قال عن ابي يوسف حدثنا ابو حنيفه عن حماد عن ابرهيم قال يضرب الزاني والشارب
في ازار والقاذف وعليه ثيابه الا ان يكون عليه فرو او حشو . وقال ابو حنيفه ويضرب
في التعزير بازار . وروى ابو يوسف عن مطرف عن الشعبي قال يضرب القاذف في ثيابه
الا ان يكون عليه فرو او حشو فينزع . قال ولا يصل في هذا الى التعزير عندنا اشد الضرب
ثم الجلد في الزنا ثم في الشرب ثم في القذف . فاما التعزير فالمقصود به الزجر ولا يمكن
الزياده في عدده فلا بد من الزياده في صفته . واما الزنا فلقوله تعالى ولا تاخذكم بهما رافه في دين الله
واما الشرب فلانه يتعلق بسبب متيقن والقذف يتعلق بسبب غير متيقن فكان اخف منه
فاذا ثبت هذا قالوا يجرد في التعزير وحد الزنا لان ذلك ابلغ في وصول الالم اليه والمعتبر
فيه وصول الالم . فاما حد الشرب فيجرد في الروايه المشهوره . وروى ابن رستم عن محمد
ان الشارب لا يجرد لنا ان حد الشرب يتعلق بسبب متيقن كحد الزنا . لمحمد ان حد
الشارب كان في زمن رسول الله صلى الله عليه بالجريد والنعال ثم نقل الى السوط في زمن عمر
ولهذا قال علي رضوان الله عليه ما من رجل اقمت عليه حدا من حدود الله فمات فاجد
في نفسي ان اديه الا شارب الخمر فانه شي فعلناه برايناً واذا خف حكمه حل محل القذف الا انه
ينزع في حد القذف الحشو والفرو وذلك لانه يمنع من وصول الالم اليه . والمقصود
من الحد الالم . فاما المراه فلا ينزع عنها ثيابها في سائر الحدود الا الحشو والفرو
لان بدنها عوره فحل محل عوره الرجل فلا يجوز كشفها . وقال ابو حنيفه الحد في الاعضا
كلها ما خلا الفرج والوجه والراس . وقال ابو يوسف يتقي الوجه والفرج والبطن والصدر .

خامس واربعون
بعض الحدود

ويضرب الراس والكفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين وذلك لان في تفريق الضرب
تخفيفا على المضروب واذا جمع في مكان واحد لم يؤمن ان يؤدي الى التلف وهذا غير مستحق بالحد
ولهذا امر رسول الله صلى الله عليه ان يحسم السارق لما قطعه حتى لا يؤدي الى التلف الذي ليس بمستحق
ولانه يجب ان يدخل الالم على كل عضو كما وصلت اليه اللذه . الا انه يتقي الاعضا التي لا يؤمن منها التلف
او تلف ما ليس بمستحق فالراس مقتله والوجه مكان البصر والشم والمذاكير مقتل والصدر والبطن
مقتل فينبغي ان يتقي ذلك . وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال للجلاد اتق الراس والوجه . لابي يوسف
ان الراس اذا ضرب سوطا او سوطين يخشى منه التلف فصار كساير الاعضا . قال ولا يفرق التعزير
على الاعضا لما بينا ان المقصود منه زياده الالم فكان جمعه اولى من تفريقه . وقال ابو حنيفه لا يبلغ
في التعزير الحر والعبد والمراه اربعين سوطا . وقال ابو يوسف وكان ابن ابي ليلى يضرب في التعزير
خمسه وسبعين ولا احفظ عنه تعزير العبد . قال بشر وقال ابو يوسف في التعزير على قدر عظم
الجرم وصغره وعلى قدر ما يرى الحاكم من احتمال المضروب فما بينه وبين اقل من ثمانين . وجه قولهما
قوله صلى الله عليه من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين . والاربعين حد في العبد فلا يبلغ اليها في
التعزير . ولانه حد بنفسه فلا يستوفى على وجه التعزير كالقطع . لابي يوسف ما روي عن علي
رضوان الله عليه انه قال في التعزير خمسه وسبعين قال ابو يوسف فقلدته في نقصان الخمس واعتبرت
ادنى الحدود . وقد روي عنه انه قال اقرب كل نوع من بابه واقرب التعزير في اللمس والقبله
من حد الزنا والقذف يعني الزنا من حد القذف ليكون الحاق كل نوع ببابه . قال ابو يوسف
قال ابو حنيفه تضرب المراه الحد وهي قاعده ولا ينزع عن المراه شي من ثيابها . قال ابو يوسف
وان لبست ما يلبس الناس ينزع عنها تلك الفضول وانما ضربت قاعده لان ذلك استر لها فاما
فضول اللباس التي لم تجر العاده بها فانها تمنع من وصول الالم فصارت كالحشو . قال ولا يقام حد في مسجد عند
اصحابنا جميعا لحديث حكيم بن حزام قال نهى رسول الله صلى الله عليه ان يستقاد في المساجد او ينشد فيها الاشعار او يقام
فيها الحدود . وروى طاوس عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه لا تقام الحدود في المساجد لانه لا يؤمن ان ينفصل
من المحدود نجاسه . وقد قال صلى الله عليه جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم . ولان الصبي لا يؤمن منه تلويث
المسجد . فاذا ثبت انه لا يقام الحد في المسجد جاز للامام ان يخرج المحدود الى باب المسجد فيامر بجلده وهو
يشاهده لان ذلك اقامة حد في غير المسجد وان شا بعث امينا وامره ان يقيم الحد لان النبي صلى الله عليه قال واغد
يا انيس الى امراه هذا فان اعترفت فارجمها . قال ولا يقام على مريض حتى يبرا وذلك لانا لو ضربناه لم نامن ان يؤدي
ضربه الى التلف وذلك غير مستحق بالجلد ولهذا لا يجلد في الحر الشديد والبرد الشديد ولذلك لا يقام الحد على
حامل حتى تضع لانه يؤدي الى اتلاف حملها وذلك غير مستحق . ولا نفسا حتى تتعالى من نفاسها وذلك لان
النفاس مرض فهو كساير الامراض . وروي ان الغامديه لما اقرت بالزنا وهي حامل قال لها النبي صلى الله عليه اذهبي حتى
تضعي . وقد روي ان النبي عليه السلام اراد ان يحد امه فراى منها اثار الدم فرجع ولم يحدها . وذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه
فلم ينكره عليه . قالوا ويحد الحايض في حال حيضها لان الحيض ليس بمرض فهي كالصحيحه . فاما حد الزنا
فيقام في كل حال الا على الحامل لان المقصود منه التلف فلا معنى لتخصيص الاحوال . فاما الحامل فلا ترجم لان
اتلاف ولدها غير مستحق . وروي ان عمر رضي الله عنه هم برجم حامل فقال له علي ان يكن لك عليها سبيل
فلا سبيل لك على ما في بطنها . والذي روي ان النبي صلى الله عليه حد مريضا بعثكال فيجوز ان يكون مريضا
ايس من صحته فطهره باقامه الحد عليه على هذه الصفه لانه يالم بها كما يالم الصحيح بالسوط . وقال
الحسن عن ابي حنيفه في القاذف ينزع عنه الفرو والحشو وان كان عليه قميص او قميصان او جبه مبطنه ضرب
عليها وذلك لان هذا هو اللبس المعتاد . قال ويلقى عنه الردا لان ذلك يلتف على السوط فيمنع من الضرب
قال وينبغي للقاضي ان يامر الجلاد ان لا يضرب بسوط له ثمره ويامر بثمرته فتقطع لان الثمره اذا ضرب بها
صار كل ضربه ضربتين وهذا لا يجوز . قال وينبغي ان يقيم الحدود رجل يعقل ويبصر كيف يضرب ويامره ان
يضرب ضربا بين الضربين ليس بالضرب المبرح ولا بالضرب الذي لا يوجد له مس وذلك لان من لا يبصر
الضرب يقتل بضربه والقتل ليس بمستحق . وانما الضرب الوسط لان النبي صلى الله عليه امر الجلاد ان لا يبين ابطه
ولان الضرب المبرح يؤدي الى التلف والخفيف لا يولم فاعتبر الوسط . وقال في المحدود في المرجوم
ان الناس يتعمدون مقتله لان المقصود برجمه القتل فما كان اسرع كان اولى . وروي ان عليا رضوان الله عليه
لما رجم الغامديه اعتمد اصل اذنها بالرمي . قال واذا قتله دفعه الى اهله فيغسلونه ويكفنونه
ويصلون عليه ويدفنونه لما روي ان النبي عليه السلم قال في ماعز اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم رواه
محمد في الاصل . وروي عن النبي صلى الله عليه انه قال لقد تاب توبه لو تابها صاحب كبيره لغفر له وقد
رايته ينغمس في انهار الجنه . وروي ان بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه قال في ماعز لم تدعه نفسه
حتى جا واعترف بالزنا وقتل كما قتل الكلب فسكت النبي صلى الله عليه حتى مروا بالموضع فيه حمار ميت شايل الرجل

فقال النبي صلى الله عليه وسلم أنزلا وكلا فقالا لا يا رسول الله إنه ميت فقال صلى الله عليه وسلم ما نلنا ولنا من أجليكما أعظم من هذا. قال
ولو ثبت على الزنا ورجع عن الإحصان قبل ذلك منه ولم يرجمه وجلده مائة لأنه إذا قبل رجوعه عن الجميع فقبوله عن
البعض أولى.

باب الإقرار بالزنا والمزني به منكر

قال محمد في الأصل في رجل أقر بالزنا بامرأة غائبة إن القياس أن لا يحد ولم أدع القياس للأثر الذي بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ماعز بن مالك. ووجه القياس أن المرأة لو حضرت جاز أن تدعي شبهة تسقط الحد عن المقر فلم يجز استيفاء
الحد منه مع تجويز الشبهة. ووجه الاستحسان ما روي أن ماعزا أقر عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا فأمر برجمه
ولم يحضر المزني بها. وقال في قصة العسيف أما على ابنك فجلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة
هذا فإن اعترفت فارجمها. فأوجب الحد على الزاني باعترافه قبل أن يعلم أن المزني بها معترفة بالزنا.
قال ولو جاءت المرأة تطلب مهرها وقالت هو زوجي فقال هو كذبت ولقد زنيت بها فهذا بعدما تحقق الزنا
فلا مهر عليها ولو كان هذا قبل الحد درئ عنه الحد. وكان عليه المهر للمرأة وذلك لأن الإمام لما حده فقد
حكم بكون الوطء زنا فلا تصدق المرأة بدعواها في إبطال الحكم. ولأن هذا الوطء قد استوفي به الحد
والمهر والحد لا يجتمعان بوطء واحد. وأما إذا ادعت الزوجية قبل الحد سقط الحد وذلك لأنها يجوز
أن تصدق في دعواها فلم يجز إيجاب الحد قبل إقامة البينة على النكاح. ولا يجوز أن يحده إذا لم تقم البينة
لأن وجوب الحد لا يقف على انقطاع الخصومة وإذا ثبت أن الحد قد سقط والوطء في ملك الغير لا يخلو
من حد أو مهر وإذا أسقط الحد بالشبهة بقي المهر. قال ولو لم تقل هو زوجي ولكن قالت كذب ما زنا بي
ولا أعرفه فلا حد عليه في قول أبي حنيفة وقال زفر وأبو يوسف ومحمد يحد الرجل وعلى هذا الخلاف
إذا أقرت المرأة بالزنا أربع مرات في مواطن فقال الرجل كذبت ما زنيت بها ولا أعرفها درئ الحد عنها في
قول أبي حنيفة ذكر هذا الفصل في بعض نسخ الأصل. وذكره أبو الحسن. وجه قول أبي حنيفة أن الزنا
لا يجوز أن ينفرد به أحدهما لاستحالة أن يزني بغير مزني بها فإذا أنكرت الفعل لم يصدق عليها تخرج
من أن يكون زنا لعدم المفعول به. ولأنه لا يخلو إما أن نجعله زانيا بها أو بغيرها ولا يجوز أن نحكم
بزناها مع إنكارها ولا يجوز أن نجعله زانيا بغيرها لأن هذا خلاف ما أقر به فلم يبق إلا إسقاط الزنا
وليس كذلك إذا أقر أنه زنى بغائبة لأن القياس يمنع من إيجاب الحد لعدم ثبوت الزنا في حقها. وإنما
تركنا القياس للأثر. ولا يلزم إذا أقر أنه زنى بها فسكتت لأن السكوت لا يبطل حكم الإقرار. والتكذيب
يبطله ألا ترى أن من أقر لغيره بحق فكذبه بطل إقراره ولو سكت لم يبطل الإقرار وكان له حق التصديق في الثاني.
وجه قولهم ما روي في حديث سهل بن سعد أن رجلا أقر عند النبي صلى الله عليه وسلم أنه زنا بامرأة فأنكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولأن سقوط الحد عن أحد الواطئين لا يوجب سقوطه عن الآخر كمن زنا بمجنونة. والجواب أن يكون أنكرت وطالبت
بحد القذف فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم لها. وأما وطء الصغيرة والمجنونة فلم يبطل حكم الوطء في حقها فلذلك
وجب الحد على الواطئ وفي مسألتنا أبطل حكم الوطء في جنبتها فلم يصدق عليها ولم يمكن إثباته في حقه. وقال
محمد في الحدود حاكيا عن أبي حنيفة إذا أقر الرجل أنه زنا بامرأة في أربعة مواطن متفرقة فقالت المرأة
زنى بي مستكرهة قال أما هذا فإني أحد فيه الرجل ولا أحد فيه المرأة. وذلك لأن الوطء لم يسقط في حقها
وإنما اعترفت بوطء لا حد عليها فيه وسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع. قال
وإذا أقر الرجل أنه زنا بمجنونة أو صبية مثلها يجامع فعليه الحد وذلك لأن الوطء لم يحكم بعدمه في
حقها وإنما سقط الحد لمعنى فيها وسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع. قال وإن كان
المقر امرأة أنها زنت بمجنون أو صبي مثله يجامع فلا حد عليها وقال الشافعي عليها الحد لنا أن فعل
الواطئ هو المتبوع وفعل المرأة تبع بدلالة أن الواطئ ينفرد بالفعل والموطوءة لا تنفرد وإذا أسقط الحد عن
المتبوع لم يجز إيجابه في التبع. ولأن فعل الواطئ لم يكمله بالزنى فلم يجز إيجاب الحد على الموطوءة
كما لو ادعى شبهة. قال ولو أن حربيا مستأمنا في دار الإسلام أقرت امرأة مسلمة أنها زنت به
حدت المرأة في قول أبي حنيفة وقال محمد لا تحد المرأة مثل الصبي تقر بالزنا بالمجنون. لأبي حنيفة
أن فعل المستأمن زنا وإنما لا يحد لأنا أعطيناه الأمان على أن لا نأخذه بأحكامنا في حقوق الله تعالى وفعل
الواطئ إذا كان زنا فتعذر فيه الوطء لم يسقط عن المرأة كما لو مات أو هرب. وأما على أصل أبي يوسف فالحربي
يحد كما يحد المسلم فإقرارها بوطئه يوجب الحد عليها. وأما محمد فقال إن فعل الواطئ متبوع وقد
سقط الحد فيه فسقطت عنها كوطء الصبي والمجنون. قال ولو أقر مسلم أنه زنا بحربية مستأمنة
في دار الإسلام حد المسلم في قولهم جميعا. أما على أصل أبي حنيفة فلأن الحد وجب عليهما وإنما
تعذر في المرأة بالأمان فهو كتعذره بموتها. وأما على أصل محمد فسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه
عن المتبوع كالعاقل يزني بالمجنونة. وأما أبو يوسف فيوجب الحد عليهما جميعا والمستأمنة عنده
كالمسلمة في الحد. قال وإذا أقر الرجل أنه زنى بخرساء أو امرأة أنها زنت بأخرس فلا حد على المقر
في قولهم وذلك لأن الأخرس يجوز أن يكون عنده شبهة لو قدر على الكلام لبينها فلم يجز إيجاب الحد على
المقر مع الشبهة. وليس كذلك الغائبة لأنه ليس هناك سبب ظاهر مانع من ذكر الشبهة فلذلك لم
يسقط الحد عن المقر. قال في الأصل قال أبو حنيفة إذا زنا الرجل بمستكرهة أو بمجنونة أو صبية
مثلها يجامع أقيمت عليه الحد ولذلك إن زنا مجنون بامرأة يزنا بها لا يجب عليها الحد من غير شبهة وذلك
لما بينا أن فعل الرجل هو المتبوع فسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه عنه. قال وكل رجل زنا بامرأة
لا يجب الحد للشبهة مثل الخرساء والمرأة التي تقول تزوجني فلا حد عليه ولا عليها وذلك لأن الشبهة
إذا دخلت في الفعل من أحد الجنبين خرج من أن يكون زنا فلا يتعلق به حد. قال وكل امرأة زنى بها
فإن كانت ممن يجب الحد عليها فعليه وعليها الحد إذا كانت مطاوعة فإن كانت لا يجب عليها الحد ولا عليه وقد
بينا هذا. قال وكل ما درأت فيه الحد عن الرجل والمرأة أوجبت فيه المهر وذلك لقوله عليه السلام
أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها مهر مثلها بما استحل من فرجها فأوجب بالنكاح الفاسد
المهر وأسقط الحد.

باب الشهادة على الزنا

قال أبو الحسن رحمه الله ولا يقبل على الزنا أقل من أربعة شهداء وبذلك نزل القرآن وأجمعت عليه الأمة قال الله تعالى
واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولو ثبت الزنا بشهادة أقل من أربعة لم يكن
لشرطهم معنى وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وهذا يدل على أن
القاذف إذا شهد له أقل من أربعة حد. وقال النبي عليه السلام لهلال بن أمية لما قذف امرأته ائتني بأربعة يشهدون
وإلا فحد في ظهرك. ولا خلاف في ذلك. قال وإذا شهد على الزنا أقل من أربعة لم يجز شهادتهم على المشهود
عليه وهم قذفة يحدون جميعا حد القذف إذا طلب ذلك المشهود عليه وقال الشافعي إذا جاءوا مجيء الشهادة
لم يحدوا. لنا إجماع الصحابة وهو ما روي أن أبا بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الحارث شهدوا على المغيرة بالزنا
عند عمر بن الخطاب ثم قام زياد وكان الرابع فقال رأيت أقداما بادية ونفسا عاليا وأمرا منكرا ولا أعلم ما
وراء ذلك فقال عمر بن الخطاب الحمد لله الذي لم يفضح رجلا من أصحاب رسول الله وحد الثلاثة وذلك بحضرة
الصحابة من غير خلاف. ولأن المعنى المانع من قبول شهادتهم نقصان العدد وهو مقطوع به فصار كزوال لفظ
الشهادة. ولأنا لو لم نحد من جاء مجيء الشهود لسقط حد القذف لأن كل قاذف يخرج قذفه مخرج الشهادة
فيسقط بذلك الحد عن نفسه وهذا لا يجوز. قال وكذلك إن جاء الأربعة متفرقين يشهدون على الزنا واحد
بعد واحد لم يقبل شهادتهم وهم قذفة يحد كل واحد حد القذف ما كان عددهم. وذلك لأن كمال العدد
لو اعتد به في مجلسين لم يعجل عمر رضي الله عنه بحد الثلاثة ولسألهم هل معهم من يشهد بدل زياد فلما حدهم في
الحال ولم ينتظر كمال العدد دل على أن من شهد في مجلس ثان لا يعتد بشهادته. ولأنهم إذا حضروا وعددهم
ناقص صاروا قذفة على ما قدمنا ولزمهم الحد للمشهود عليه فلم يجز الحكم عليه بشهادتهم بعد ذلك. وأما
إذا حضروا في مجلس واحد وجلسوا مجلس الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد واحد فشهد وا قبلت شهادتهم
لأنه لا يمكن أداء الشهادة دفعة واحدة لأن القاضي لا يفهم عنهم وإنما يشهد واحد بعد الآخر فلم يوجد في
الشهادة ما يقتضي كونها قذفا. وقد روي أن عمر سمع الشهادة على هذا الوجه وذلك لأنه أجلس المغيرة فلما
شهد عليه واحد قال له ذهب ربعك فلما شهد الثاني قال له ذهب نصفك فلما شهد الثالث قال له ذهب
ثلاثة أرباعك فلما قام زياد قال له قم يا سلح العقاب فهذا يدل على أن الشهادة تقبل إذا اجتمع الشهود
في مجلس واحد وإن فرقوا الشهادة. وقال ابن رستم عن محمد في الشهود على الزنا إذا جاءوا
فرادى قال إذا كانوا قعودا في موضع الشهود فجاء واحد بعد واحد فهو لا حد عليهم. والشهادة
جائزة وإن كانوا خارجين من المسجد فهو لا يضربون الحد ولو كانوا مثل ربيعة ومضر. وقال محمد في
الأصل إن الشهود إذا جاءوا متفرقين واحد بعد واحد أن شهادتهم لا تجوز وأحدهم جميعا. وإن كانوا
في مقعد واحد فلما قاموا إلى القاضي واحد بعد واحد فإن هؤلاء تجوز شهادتهم وهذا على ما قدمنا أن الشهود
لا يمكنهم أداء الشهادة دفعة واحدة فلا بد من هذا التفريق فلا يقدح في الشهادة. وأما إذا كانوا
خارج المسجد فهذا التفريق لا تدعو الحاجة إليه فصار من جهتهم فإذا فعلوا لم تقبل شهادتهم. قال
وإذا شهد الشهود على رجل بالزنا بعد تقادم العهد لم يجز شهادتهم عند أصحابنا جميعا وقال الشافعي
تقبل شهادتهم. لنا ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا عند
حضرته فإنما هم شهود ضغن لا تقبل شهادتهم. ولأن الشاهد مخير بين إقامة الشهادة وبين اختيار
الستر وهو مندوب إلى الستر فإذا أخر الشهادة من غير عذر فالظاهر أنه اختار الستر فلما عاد
فشهد اتهم في شهادته لأنه لم يترك ما اختاره من الندب إلا لأمر هيجه على ذلك والشهادة تسقط
بالتهمة. وليس كذلك المقر بالحد بعد حين لأن المقر لا يلحقه تهمة فيما يقر به على نفسه فلذلك
قبل إقراره. ولهذا قال أصحابنا إن المشهود عليه إذا كان في موضع ليس فيه حاكم فحمل إلى بلد الإمام

جازت الشهادة وان تاخرت لان هذا عذر في التاخير فالظاهر انهم تركوا الشهادة للعذر ولهذا اسمع عمر الشهادة على المغيرة مع تاخرها لانه كان امير البصرة فلم يكن هناك من يشهد عنده فكتب عمر اليه سلم ما قبلك الى ابي موسى والحق بي فلذلك قبلت الشهادة مع التاخر قال وكان ابو حنيفة لا يوقت في التقادم شيئا قال فحملني على ابو يوسف جهدنا بابي حنيفة ان يوقت في التقادم شيئا فابى وقال ابو يوسف ومحمد اذا شهدوا بعد مضي شهر من وقت ما عاينوا فهو تقادم لا يجوز شهادتهم وحكى الحسن بن زياد ومحمد عن ابي حنيفة انهم اذا شهدوا بعد سنة لم يجز شهادتهم وجه قول ابي حنيفة ان التقادم يختلف باختلاف الاحوال والاعذار فوقف ذلك على اجتهاد الحاكم فيما يعد تفريطا وما لا يعد فلذلك لم يتقدر كما لا يتقدر قيم المتلفات والذي رواه الحسن عن ابي حنيفة لا ينافي هذا لانه جعل السنة تقادما ولم يمنع ما دونها والكلام في المقدار الذي يختص الحكم به وجه قولهما ان الشهر في حكم البعيد وما دونه في حكم القريب ولهذا يجعل اجلا في الديون فوجب ان يتقدر التاخير به اذا لم يكن هناك عذر ظاهر قال وحكى الحسن انهم اذا شهدوا على زنا متقادم انهم يضربون الحد قال ابو الحسن لم اره عن غيره والظاهر انه لا حد عليهم لان الشهادة كاملة العدد وانما سقط الحد عن المشهود عليه للشبهة فلا يكون ذلك سببا في ايجاب الحد على الشهود ولان التهمة في تاخير الشهادة ليس باكثر من فسق الشهود ولو شهد الفساق بالزنا لم يجب عليهم الحد فالعدول اذا اتهموا اولى وجه رواية الحسن انهم لما اختاروا الستر خرج قولهم عن ان يكون شهادة فبقي ان يكون قذفا فتعلق به وجوب الحد قال واذا شهدوا انه زنا بامراة لا يعرفها الشهود لم تجز شهادتهم ولم يحد المشهود عليه قال رحمه الله وجملة هذا الباب ان الشهود اذا شهدوا بالزنا سالهم القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو فان وصفوا الزنا فقالوا رايناه وطيها في الفرج كما يولج الميل في المكحلة سالهم القاضي متى زنا واين زنا وبمن زنا فاذا بينوا ذلك وجب الحد وانما يسالهم عن الزنا وكيفيته لان ما دون الزنا يسمى باسم الزنا على وجه المجاز ولهذا قال على عليه السلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان ثم يحقق ذلك الفرج فلا يؤمن ان يسمي الشهود مقدمات الزنا ولهذا سالهم متى زنا لانه يجوز ان يكون زنا في وقت متقادم وقد بينا ان التقادم من غير عذر يمنع قبول الشهادة وسالهم اين زنا لجواز ان يكون زنا في دار الحرب والمسلم اذا زنا في دار الحرب ثم خرج الينا لم يقم عليه الحد لانه لم يكن للامام يد عليه عند وجوب الحد فصار ذلك شبهة فيه وسالهم بمن زنا لانهم اذا لم يعرفوا المزني بها جاز ان تكون زوجته او جاريته ولا يجب الحد بوطيها فاذا قالوا لا نعرفها صار ذلك شبهة منعت من قبول الشهادة واذا صحت الشهادة سال الحاكم المشهود عليه امحصن هو ام لا لان النبي صلى الله عليه سال ماعزا عن الاحصان فاقر به فرجمه وانما وجبت المسالة لان الحد يختلف على ما قدمنا ان الواجب في حد البكر الجلد وفي الثيب الرجم فوجب على القاضي ان يسال عن ذلك ليعلم مقدار الحد الواجب فان اقر بالاحصان عند الحاكم او شهد الشهود على احصانه ساله الحاكم عن الاحصان ما هو فاذا وصف الاحصان الذي يثبت لك امر برجمه وان كان احصانه ثبت بشهود سال الحاكم الشهود عن الاحصان ما هو فاذا اثبتوه امر برجمه وانما ابتدا بمسالته لانه يجوز ان يقر فيستغني باقراره عن البينة فاذا اقر قبل اقراره لان النبي صلى الله عليه قبل اقرار ماعز بالاحصان ولانه غير متهم على نفسه وانما يساله القاضي عن تفسير الاحصان ويسال الشهود عن ذلك لان شرايط الاحصان مختلف فيها فلا يؤمن ان يعتقد المقر او الشهود في الاحصان ما لا يعتقده الحاكم فوجب ان يسالهم عن تفسيره قال والشهادة على الاحصان مثل الشهادة على الاموال يثبت بشاهدين وبرجل وامراتين وبالشهادة على الشهادة وقال زفر لا يثبت الاحصان بشهادة النساء وجه قولهم ان الاحصان هو النكاح والبلوغ والعقل والاسلام والدخول وهذه المعاني تثبت بشهادة الرجال والنساء عند الانفراد فكذلك عند الاجتماع ولان الاحصان سبب في الرجم والاسباب يثبت بما يثبت به مسبباتها بدلالة ان الولادة تثبت بشهادة النساء وان لم يثبت بها النسب وجه قول زفر ان الشهادة يثبت بها القتل وشهادة النساء لا تقبل في القتل والجواب ان القتل يثبت بالزنا واما الاحصان فانما هو سبب فيه فلو وجب اعتبار الذكورية كما وجبت في الزنا لوجب اعتبار العدد الذي يثبت به الزنا وهذا لا يصح قال واذا تعمدوا النظر الى الزاني حتى اثبتوا الايلاج على الصفة التي يكون ذلك لهم ان يفعلوه وان وقع ذلك على مفاجاة جاز وذلك لانه لا يمكن اقامة الحد بشهادة الا باعتماد النظر حتى يتبين لهم الفعل والشهادة معنى جائز فجاز ما لا يتوصل اليه الا به كما يجوز للقابلة تعمد النظر الى الفرج لاقامة الشهادة على الولادة وكما جاز للطبيب تعمد النظر الى الفرج اذا احتاج الى مداواته

باب رجوع الشهود وما في معناه

قال رحمه الله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عدول فقضى عليه الحاكم بالحد او لم يقض ثم رجع احدهم

وقد ضرب المحصن الحد او لم يضرب فان ابا حنيفة وابا يوسف قالا يضرب الشهود جميعا من رجع ومن لم يرجع حد القذف الا ان يكون الرجوع بعد ما كمل الحد فيحد الراجع وحده وقال زفر اذا رجع واحد منهم بعد ما شهدوا فلا حد الا على الذي يرجع قال رحمه الله وجملة هذا ان الرجوع لا يخلو اما ان يكون قبل الحكم او بعد الحكم قبل الاستيفا او بعد الحكم والاستيفا فاذا رجع احدهم قبل ان يحكم به حدوا اجمعا عند اصحابنا وقال زفر يحد الراجع وحده وجه قولهم ان الطاري على الشهادة قبل الحكم بها كالموجود في الابتدا الدليل عليه عمى الشهود وردتهم ومعلوم انه لو شهد في الابتدا اقل من اربعة حدوا كذلك اذا صار كذلك قبل الحكم ولان الطاري قبل الحكم في الاموال كالموجود في الابتدا ففي الحدود اولى وجه قول زفر ان عدد الشهود لما تم عند الاداء صحت شهادتهم فالراجع يصدق على نفسه في ايجاب الحد ولا يصدق عليهم واما اذا رجع احدهم بعد الحكم قبل الاستيفا قال ابو حنيفة وابو يوسف يحدون جميعا قال محمد يحد الراجع خاصة وجه قولهما ان الطاري على الشهادة في الحدود بعد الحكم قبل الاستيفا كالموجود في الابتدا بدلالة ردة الشهود وقد بينا ان رجوع احدهم قبل الحكم يوجب الحد عليهم فكذلك رجوعه بعده وجه قول محمد ان الشهادة قد صحت بحكم الحاكم ولم يصدق الراجع على ابطال الشهادة بعد صحتها فكانه رجع بعد الاستيفا ليس كذلك رجوعه قبل الحكم لان صحة الشهادة موقوف على الحكم بها فلم يكن رجوعه ابطالا للشهادة التي صحت فاما اذا رجع احدهم بعد استيفا الحد فلا يخلو اما ان يكون الحد الجلد او الرجم فان كان الجلد ثم رجع احدهم فعليه الحد خاصة في قولهم وذلك لان الطاري على الشهادة بعد استيفا ما وجب بها لا يتعلق به حكم فلم يقدح رجوع الراجع في الشهادة وانما اعترف على نفسه بالقذف فوجب عليه الحد خاصة قال ابو حنيفة لا ضمان على الراجع من ارش السياط وكذلك ان مات من الجلد وقال ابو يوسف ومحمد يضمن وجه قول ابي حنيفة ان الاثر والموت ليس بموجب الشهادة بدلالة ان الجلاد قد يجلده فيبقى لجلده اثر وقد لا يبقى وقد يموت المجلود وقد لا يموت فلو كان ذلك من موجب الشهادة لم ينفك عنها كزوال الجلدات وكالموت في الرجم وما لم يوجبه الشاهد بشهادته لم يلزمه ضمانه ولانه لا يخلو ان يجب الضمان في بيت المال او على الشاهد او على الجلاد ولا يجوز ايجابه في بيت المال لان الاثر ليس من موجب الحكم الا ترى انه ينفك عن الحكم وما لم يوجبه الحاكم لا يجوز ان يتعلق ببيت المال ولا يجوز ان يضمن الشاهد لما قدمنا ولا يجوز ان يضمن الجلاد لانه ماذون في الفعل عن طريق الحكم لا على وجه البدل ولم يتعمد مجاوزة ما امر به فصار كمن يستعين به في دق ثوب فيتخرق فلم يبق الا سقوط الضمان وجه قولهما ان الاثر من موجب الضرب والضرب حصل بمقتضى الشهادة فكان الشاهد هو الموجب له فوجب عليه ضمانه واذا ثبت هذا لزم الراجع ربع ارش الضرب لان ذلك هو الموجب بشهادته وان مات المضروب وجب عليه ربع الدية وسقط ارش الضرب لانه ضمان جناية فيدخل في ضمان النفس واما اذا كان الحد الرجم فمات المرجوم ثم رجع احد الشهود فعلى الراجع الحد عند اصحابنا وقال زفر لا حد عليه وجه قولهم ان الراجع صار قاذفا عند رجوعه بالشهادة السابقة ولم يحض فاذا قابل الشهادة بدلالة انا لو جعلناه قاذفا في الحال وجب ان نجعله قاذفا على بقية الشهود الحد كما لو شهد ثلاثة مع القاذف فلما لم يجب الحد عليهم بالاتفاق دل على انا جعلناه في الحال بالقول السابق ومن قذف ميتا وجب عليه الحد ولا يقال لو جعلناه في الحال لم يجب عليه الحد لانه قذف من حكم الامام بزناه فصار كما لو قذفه غير الشاهد وذلك لان غير الشاهد اذا قذف لم يقدح قذفه في الشهادة وبقيت على حالها فسقط الحد عنه بقذفه من حكم بزناه فاما الشاهد ففي زعمه انه كذب في شهادته وان المشهود عليه على احصانه فقبل قوله على نفسه ولا يقال لو كان هذا هكذا لوجب انه اذا قذف المرجوم اجنبي ثم قال كذبت عليه في قذفي وهو محصن حد وذلك لان الاجنبي اذا قذفه والمكذب نفسه لم يقدح ذلك في زعمه في الشهادة الموجبة لابطال احصانه هذا الشاهد ان الشهادة المبطلة للاحصان قد بطلت فلذلك صدق في حق نفسه وجه قول زفر ان الشاهد برجوعه معترف باحصان المقذوف ولا يجوز ان يجعل وصفه له بالعفة قذفا فلم يبق الا ان يكون قاذفا بالشهادة ومن قذف حيا ثم مات سقط الحد على اصلنا ان الحد لا يورث قال فان كان الشهود خمسة فضرب الحد بشهادتهم ثم رجع واحد لم يكن عليه شي وامضى الحد على المشهود عليه بشهادة من بقي وذلك لان الباقي على الشهادة اذا كان ممن تثبت شهادته لم يجب على الراجع برجوعه شي لان ما شهد به مستحق بشهادة غيره فان رجع اخر ضمن الراجعان ما كان يضمنه الواحد اذا كانوا اربعة فيضمنان ربع الدية ان كان مات وان لم يمت ضمنا ربع الارش في قول ابي يوسف ومحمد ولا يضمنان في قول ابي حنيفة ارش الضرب وذلك لان المعتبر عند الرجوع بالباقي على الشهادة من ثبت بشهادته الحق لم يجب على الراجع ضمان وقد بقي على الشهادة في مسالتنا من ثبت بشهادته ثلثة ارباع الحق فصار الربع تالفا بشهادة الراجعين فكان عليهما ضمانه ولا يقال ان الاول لما رجع لم يجب عليه برجوعه ضمان فكيف يجب عليه الضمان برجوع غيره وذلك لان هذا المعنى لو صح لكان خمسة اذا رجعوا معا لم يجب على واحد منهم ضمان لان في جهة كل واحد ان يقول لو انفردت برجوعي لم يجب على ضمان فلا يجب علي برجوع غيري فلما وجب عليهم الضمان

دل على بطلان هذا السوال ❊ قال ولو شهد اربعة على رجل بالزنا فسمع الحاكم ولم يعرف عدالة الشهود فزكوا ولم يزك واحد منهم فلا حد على احد منهم ∴ وكذلك ان كانوا فساقا او عميانا وذلك لان الزنا يشهد به اربعة من اهل الشهادة وانما لم يثبت الحد بشهادتهم للتهمة وما كان سببا في اسقاط الحد عن واحد لم يكن سببا لايجاب الحد على غيره ❊ قال ولو كانوا اربعة فشهد ثلثة منهم عليه بالزنا وشهد الرابع على شهادة غيره فانه يحد الثلثة الذين شهدوا على شهادة انفسهم قال ولا يحد الذي شهد على شهادة غيره ولا يحد المشهود عليه ❊ وذلك لان الشهادة على الشهادة لا تقبل في الحد لانها قائمة مقام الغير كشهادة النساء واذا سقطت شهادة الشاهد على شهادة غيره بقي الشهود ثلثة فوجب عليهم الحد ولا حد على الرابع ∴ وكذلك لو شهد اربعة على شهادة اربعة لان الشاهد على شهادة غيره حاكي للقذف عن غيره والحاكي للقذف لا يجب عليه الحد ❊ قال وان كان في الشهود وقد شهدوا بشهادة انفسهم عبد او مكاتب او مدبر او صبي او اعمى او محدود في قذف حدوا جميعا وذلك لان المانع من قبول شهادتهم ثبت من طريق الحكم فصار كنقصان العدد ونزل لفظ الشهادة ❊ قال فان علم ذلك بعد ان اقيم على المشهود عليه الحد وهو جلد او رجم فان كان رجما لم يحد وا والدية على الحاكم في بيت المال ∴ وان كان الحد جلدا ضربوا الحد اذا طلب ذلك المشهود عليه ∴ ولا يلزم الشهود شيء من ارش الضرب في قول ابي حنيفة ويكون ذلك على الامام في بيت المال على قول ابي يوسف ومحمد وذلك لانه لما رجم بشهادتهم فقد حكمنا انهم قذفة عند الشهادة ومن قذف حيا ثم مات سقط الحد عنه لان الحد لا يورث على ما سنبينه ❊ وان كان الحد جلدا حدوا حد القذف لان المقذوف باق فكان له المطالبة بالحد ∴ فاما ارش الضرب والدية فلا ضمان فيها عند ابي حنيفة على ما قدمنا ان الجرح والموت غير موجب بالشهادة ولا بالحكم وعلى قولهما يجب في بيت المال لانه غلط من الامام في حكمه بشهادة من ليس من اهل الشهادة والامام لا يجوز له ان يلزمه ضمان فيما يتصرف فيه للمسلمين اذ لو لزمه ضمان لم ينفذ حكمه كخوفه على نفسه واذا سقط الضمان عنه وجب على من وقع التصرف له ∴ وما وجب على المسلمين كان في بيت مالهم ❊ ولهذا قالوا ان الامام لو حكم بالقصاص بشهادة عبيد او بمال ثم بان له ذلك وجب الضمان على المقضي له ولا يجب في بيت المال لان الحكم وقف لحق المدعي فكان الضمان عليه وفي مسئلتنا وقع لحق المسلمين فكان الضمان عليهم ∴ قال وان كان المشهود عليه امراة واحد الشهود زوجها فلم يزك واحد الثلثة ولا غير الزوج والمراة وذلك لان الزوج اذا لم يثبت زنا امراته كان موجب قذفه اللعان واذا وجب عليه اللعان خرج من ان يكون شاهدا وصار مدعيا فنقص عدد الشهود عن اربعة فوجب عليهم الحد ❊ قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا بهذه المراة فشهد اثنان انها طاوعته وشهد الآخران انه استكرهها فلا حد على الرجل ولا على المراة في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد يحد الرجل وحده ولا حد على الشهود في قولهم وجه قولهما ان كل واحد من الفريقين يشهد بفعل غير الفعل الذي شهد به الفريق الآخر الا ترى ان شهود الاكراه شهدوا بفعل ينتقل حكمه الى غير الفاعل وشهود الطوع شهدوا بفعل لا ينتقل حكمه الى غير الفاعل واذا اختلف الفعلان لم تقبل الشهادة كما لو شهد كل فريق بزنا في بيت واحد ❊ ولان كل شهادة لم يستوف الحد بها من احد الواطئين لاختلافهما لم يستوف من الآخر كالشهادة على الزنا في بيتين ❊ واحتج الطحاوي ان شاهدي الطوع قذفا المراة وانما سقط الحد عنهما بشهادة الشاهدين انها وطئت مكرهة ∴ واذا صار خصمين في هذه الشهادة احتاجا الى بينة فلم يجز ان يحكم بشهادتهما فيما صار خصوما فيه وجه قولهما انهم اتفقوا في الرجل على فعل واحد وانما اختلفوا في المراة فوجب الحد على من اتفقوا على زناه وسقط عمن اختلفوا في حاله كما لو شهد شاهدان انه زنا بها وهي مجنونة وشاهدان انه زنا بها وهي عاقلة ∴ وانما لم يجب الحد على الشهود لانهم اتفقوا على الشهادة على وطء امراة واحدة فصار كالشهادة على الزنا في بيت ❊ ولان شاهدي الاكراه شهدا انها وطئت وطئا يسقط الحد عن قاذفها فلا يجب على شاهدي الطوع ∴ قال ولو شهد ثلثة انه زنا بها مطاوعة وواحد انه استكرهها لم يحد واحد من الشهود في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد يحد الثلثة لابي حنيفة انهم اتفقوا على وطء امراة واحدة وانما اختلفوا في الفعل فصار كالشهادة بالوطء في بيتين ❊ ولانهم لما اتفقوا على الشهادة وسقط الحد عن المشهود عليه للشبهة لم يجز ايجاب الحد بذلك على الشاهد ∴ وجه قولهما ان الثلثة شهدوا بالطوع ولم يثبت وطيها وطيا حراما الا بشهادة واحد وذلك لا يعتبر به في ابطال الاحصان فبقي احصانها على حاله فوجب على الثلثة الحد ولهذا المعنى لم نحكم بوجوب الحد على الواطي لانهم صاروا خصوما في هذه الشهادة حتى وجب عليهم الحد بوطيها فلم يجز الحكم بشهادتهم ❊ قال وقد روي ان ابي مالك عن ابي يوسف اذا شهد ثلثة بالاكراه وواحد بالطوع لم يحد الواحد ∴ وذلك لان احصانها بطل بشهادة ثلثة انها وطئت وطيا حراما فلم يجب على شاهد الطوع الحد بقذفه ❊ والكلام في هذه الفصول على هذه الرواية ان الشهود اذا شهدوا على المراة انها وطئت مكرهة سقط الحد عن قاذفها لانه وطء محرم في غير ملك وانما سقط الحد فيه بالشبهة فابطل الاحصان ❊ وقد روي ابو يوسف ان من زنا بها مكرهة لم يسقط الحد عن قاذفها وعلى هذه الرواية انه عنه يجب الحد على شهود الطوع وان كان شهود الاكراه اثنين فصاعدا ❊

قال واذا شهد شاهدان انه زنا بها في مكان كذا وكذا وشهد الآخران على مكان آخر والمكانان لا يجوز ان تقع فيهما فعل واحد فلا حد على المشهود عليه ولا على الشهود في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد والحسن بن زياد وقال زفر يحد الشهود وكذلك الاختلاف في الاوقات ∴ وجه قولهما ان الاربعة اتفقوا على الشهادة بالزنا بامراة واحدة وانما سقط عن المشهود عليه بالشبهة فلم يجز ايجاب الحد بذلك على الشهود ∴ وجه قول زفر ان كل واحد من الفريقين يشهد بفعل غير الفعل الذي شهد به الفريق الآخر وكل واحد من الفعلين لا يثبت باقل من اربعة والشهود بالزنا اذا نقص عددهم عن اربعة حدوا ❊ قال ولو شهد اربعة على رجل بالزنا في بيت واحد فقال اثنان في هذه الزاوية وقال آخران في هذه الزاوية الاخرى فانه يحد المشهود عليه اذا كان متقاربا يجوز ان يقرب احد الفريقين الى احدهما لانها اقرب اليه عندهما ويقربه الآخران الى الاخرى لانه عندهما اقرب الى هذه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وهو استحسان والقياس ان لا حد على المشهود عليه وما حكيناه من العلة فليس بمنصوص عنهم ولكنه موضوع على هذا عندي ∴ وقال زفر يحد الشهود ولا يحد الرجل اما وجه القياس فلان كل واحد من الفريقين شهدوا بالزنا في مكان غير المكان الذي شهد به الآخر فصار كالشهادة بالزنا في بيتين ∴ وجه الاستحسان ان الشهود عدول فما امكن حمل امرهم على الصحة كان ذلك اولى من حمل امرهم على الفساد والبيت الصغير يجوز ان يقرب الشهود موضع الفاعل من احد زواياه ويقربه الآخرون الى زاوية اخرى فلا يتبين ذلك الاختلاف في الشهادة فوجب الحد بها ذكره شيخنا ابو الحسن ❊ ومن اصحابنا من قال ان البيت الصغير قد يبتدئ الفعل في بعض جوانبه وينتهي الفاعل بالحركة الى جانب آخر فيكون الفعل فعلا واحدا وان اختلف مكان الفاعل فلذلك وجب الحد وهذا الاستحسان عند ثابت في تصحيح الشهادة واذا ثبت بالاستحسان وجب الحد بالنص لانا اذا لم نوجب الحد بالقياس فاولى ان لا نوجبه بالاستحسان ∴ وجه قول زفر ان كل واحد منهم شهد بفعل غير الفعل الذي شهد به الآخر فصار كالشهادة بالفعل في بيتين وانما اوجب زفر على الحد على اصله ان اختلاف الفعل يوجب الحد على الشهود كما بيناه في البيتين ❊ قال واذا زكى الشهود ثم زعموا انهم احرار فرجم بشهادتهم ثم وجد بعض الشهود عبيدا فلا باس على المزكين عند ابي حنيفة اذا قال المزكون على شهادتهم انهم احرار لم يقض على المزكين بشيء ∴ وان رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليهم ∴ وجه قول محمد ان المزكين جعلوا شهادة الشهود شهادة الا ترى انها كانت موجودة قبل التزكية ولا يتعلق بها حكم وانما تعلق بها بالتزكية واذا كانوا هم الذين جعلوا اشهادهم شهادة وجب عليهم الضمان كالشهود اذا رجعوا لما كان كل واحد منهم جعل شهادة الباقين شهادة وجب عليهم الضمان عند رجوعهم وليس كذلك شهود الاحصان اذا رجعوا لانهم لم يجعلوا شهادة شهود الزنا الا ترى انها كانت موجودة فالحكم يتعلق بها فلذلك لم يجب عليهم ضمان كشهود الاحصان ❊ واما اذا ثبت المزكون على التزكية فلم يجب عليهم الضمان لانهم لم يتعرضوا لما يوجب الضمان عليهم فلذلك لم يلزمهم شيء ∴ ولا يضمن الشهود لانا لا نتبين كذبهم لجواز ان يكونوا صدقوا فان كانوا عبيدا فالضمان انما يجب عليهم باتلاف المشهود عليه بغير حق ❊ قال فان كان المزكون انما قالوا انهم عدول ثم وجدوا عبيدا فلا ضمان عليهم لان الرق والعدالة لا يتنافيان فلم يخبروا بما يتبين خلافه ❊ قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فادعى المشهود عليه ان احد الشهود عبد فالقول قوله حتى يقيم المشهود بينة انه حر لان الناس احرار في كل شيء الا في اربعة خصال الشهادة والقصاص والعقل والحدود وذلك لان الحرية ثابتة من طريق الظاهر والظاهر يدفع به دعوى المدعي ولا يستحق به على الغير ولو حكمنا بالحرية في الشهود لاستحققنا به على المشهود عليه الحد بظاهر حريتهم وهذا لا يجوز ∴ واما القصاص فهو اذا قطع رجل يد رجل وزعم القاطع ان المقطوع عبد لم يقتص منه حتى يقيم البينة على حريته لان الحرية ظاهرة ولا يستحق بها القصاص على القاطع ❊ واما العقل فاذا قتل الرجل رجلا خطا فزعم عاقلته انه عبد لا يلزمهم حمل العقل منه والقول قولهم حتى تثبت حريته لان ظاهر الحرية لا يستحق به العقل عليهم ❊ واما الحدود فاذا قال من وجب عليه الحد اني عبد لم يضرب حتى يشهد الشهود بحريته لان الاستحقاق عليه لا يثبت بظاهر الحرية ❊

باب الحد يدخله الشبهة بعد وجوبه

قال ابن سماعة وعلي بن الجعد في الاملاء عن ابي يوسف ورواه ايضا ابن سماعة في نوادره في الاستحسان عن ابي يوسف قال في رجل فجر بامراة ثم تزوجها ان ابا حنيفة قال لا حد عليه وقال ابو يوسف عليه الحد وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره في الرجل يزني بامة ثم يشتريها او يزني بحرة ثم يتزوجها قال عليه الحد في ذلك كله في قول ابي حنيفة ومحمد ∴ ولان الشهود اذا قالوا نشهد انه زنا بها فالزنا على وجه واحد لا نبالي اشتراها او لم يشترها او تزوجها او لم يتزوجها ❊ قال فان اشترى السارق المتاع من صاحبه قبل القطع او وهبه له او تصدق به عليه وصار المتاع لا خصم له ان لا اقطع السارق حتى يحضر المسروق منه فيدعي المتاع فان الحد وقال ابو يوسف لا احده في الحرة ولا الامة تقول لان الفرج قد حل فلا احد في شيء قد حل له ❊ قال ابو الحسن رحمه الله ورواه محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف فان رواية الاملاء في القولين جميعا

وقال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة لو ان رجلاً زنا بامراة ثم تزوجها كان عليه الحد وعليها، ولو زنى بامة ثم اشتراها درئ عنه الحد وكذلك لو وهبت له او تصدق بها عليه فقبضها، وكذلك لو ورثها او اوصى له بها او ملك شيئا منها ببعض في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقام عليه الحد في ذلك كله، وجه رواية الاملاء ان الطارئ على الحدود قبل استيفائها بمنزلة الموجود في الابتداء فلو تزوجها ابتداء او اشتراها ثم وطيها سقط الحد عنه فكذلك اذا ملكها في الثاني وعلى هذا قالوا في السارق اذا ملك العين المسروقة قبل القطع سقط القطع عنه لهذه العلة، وجه رواية محمد ان الزنا وجب لاستيفاء منفعة المزني بها لا لعينها والمنفعة التي توجب الحد بها لا يملك بعقد النكاح ولا بالشرى وانما يملك هنا فيما اخر فملك ما لا يتعلق به الحد لا يسقط الحد، وليس كذلك اذا اشترى العين المسروقة لان الحد وجب لاجل العين وقد طرا الملك على نفس ما تعلق به الحد، وجه رواية الحسن ان الحرة لا يملك بضعها بالنكاح بدلاله انها لو وطيت بشبهة كان المهر لها واذا لم يملك ما وجب الحد لاجله لم يسقط الحد فاما الامة فقد ملك بضعها بدلالة انها لو وطيت بشبهة استحق مهرها، ولانه يملك بضعها الغير بحق نفسه واذا ملك ما وجب الحد لاجله سقط الحد، وقال علي بن الجعد وابن سماعة عن ابي يوسف في رجل غصب امة فزنى بها فماتت من ذلك او غصب حرة فجبر بها فماتت من ذلك قال فان ابا حنيفة قال عليه الحد في الوجهين جميعا وعليه مع ذلك دية الحرة وقيمة الامة اما الحرة فلا شبهة فيها لانها لا تملك بدفع الدية واذا لم تملك لم يسقط الحد، واما الامة فانها تملك بالقيمة على الرواية التي الملك في الامة يسقط الحد الا انه يقول ان الضمان وجب بعد الموت والميت لا يصح تمليكه وانما يثبت للغاصب حق الملك من طريق الحكم ولا يسقط الحد بذلك قال ولو لم تمت الامة ولكن ذهب بصرها فغرم الغاصب القيمة على قول ابي حنيفة سلمها اليه لو ابقت فضمن القيمة فلا حد عليه في الامة وهذا بمنزلة المشتري، وقال ابو يوسف ليس عليه حد في الامة في الوجهين جميعا وكذلك روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وابي يوسف اما على رواية علي بن الجعد ولان الضمان اذا وجب بفقا العين والاباق فالمضمون يصح تمليكه فيملكه الغاصب بالضمان فيصير كمملكها بالشرى، واما المستهلكة فالتمليك لا يصح فيها وانما يثبت حكم التمليك فلا يسقط ذلك الحد، وجه رواية الحسن عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الضمان سبب للتمليك في المتلف لان الضمان يستند الى حال الغصب فيملك العين من ذلك الوقت حكما والعين في تلك الحال يصح تمليكها واذا ملكها بالضمان سقط الحد عنه وهذه الرواية اصح على اصلهم في تعليق الحكم بالضمان

باب حد القذف

قال الله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة الاية والرمي المذكور في الاية هو الرمي بالزنا دون الرمي بغيره من الفجور والفسوق والكفر وساير الوطي الحرام ولا خلاف في ذلك بين اهل العلم، والذي يدل على ان الرمي المذكور هو الزنا قوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء فدل على ان المعنى المرمي به هو الذي يفتقر في ثبوته الى اربعة شهود وما ذلك الا الزنا، وقد دل على وجوب الحد بالقذف الاية وقوله صلى الله عليه لهلال ان امية لما قذف امراته ايتني باربعة يشهدون والا فحد في ظهرك، قال والمحصنة عندنا هي الحرة المسلمة العفيفة فاذا رماها الرامي بالزنا ولم ياتي عليه باربعة شهداء احد المرمي بها حد الزاني فمن كان القذف يجب عليه حد القذف اذا لم يات بالشهداء على صحة قوله، قال ابده الله وجملة هذا ان شرايط الاحصان عندنا البلوغ والعقل والاسلام والحرية والعفة عن فعل الزنا، فاما البلوغ والعقل فلان الحد وجب على القاذف للشين الذي يلحقه بالمقذوف والصبي والمجنون لا يكون منهما الزنا فلا يلحقهما شين بالقذف، واما الحرية فلقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فدل على ان الاحصان يعبر به عن الحرية، واما الاسلام فلقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن، واما العفة عن فعل الزنا فلان من لا يعف عن فعل الزنا لا يلحقه الشين بالقذف ولان القاذف ليس بكاذب في قذفه واذا كملت شرايط الاحصان في المقذوف فكان القذف حصل بفعل لو ثبت وجب به حد الزنا على المقذوف فمتى لم يثبت وجب الحد على القاذف بظاهر الاية، قال ابو الحسن رحمه الله وان كان القاذف لو اقام اربعة من الشهود على صحة ما قذف به لم يحد المقذوف حد الزنا فكذلك لا يحد القاذف حد القذف وذلك لما بينا ان القذف الموجب للحد هو القذف بالزنا فما لا يوجب ثبوته حد الزنا فليس بزنا فالرمي به لا يوجب الحد، قال ووجه اخر يجب ايضا حد القذف به وهو ان ينفي نسب انسان من ابيه فهو قاذف لامه، فان كانت الام محصنة وجب على القاذف اذا طالبه به وذلك لان النسب انما ينفى عن ابيه اذا كانت امه زانية فصار قوله لست لابيه كقوله زنت امه، وقد يجوز ان يقال ان هذا قذف مشتبه لانه يحتمل ان ينفي النسب عن الاب اذا وطيها واطئ بشبهة او بنكاح فاسد الا ان الامة اجمعت على صحة القذف ووجوب الحد به، ولان النسب لا يراد به هاهنا الا نفي النسب بالزنا دون الشبهة، قال واذا كان المقذوف بالزنا حيا فلا خصومة لاحد في الحد غيره حاضرا كان او غايبا وذلك لان الحد يجب بالشين الذي الحقه فالمطالبة به حقوقه فلا يقوم غيره فيه مقامه الا برضاه، قال وان مات قبل ان يطالب او بعد ما طالب وقد اخذ القاذف بعض الحد بطل الحد وبطل ما بقي منه وان كان في سوط واحد، قال وهذا مبني على اصلنا ان حد القذف لا يورث وقال الشافعي يورث لنا انه حد فلا يورث كحد الزنا ولان من اصلنا انه حق لله تعالى على ما سنبينه والله تعالى حي باق فلا تورث حقوقه واذا لم يورث سقط بموت الطالب، ولانه حق ليس فيه معنى المال والوثيقة فلا يقوم الوارث فيه مقام المورث كالوصية والمضاربة، واذا سقط الحد بالموت فكذلك اذا بقي بعضه لان البعض يعتبر بالكل فكما سقط الجميع بالموت فكذلك ما بقي منه، قال ولا يجوز الوكالة في حد القذف ولا في شي من الحدود في استيفائها عند اصحابنا جميعا وقال الشافعي يجوز الوكالة في استيفاء حد القذف، لنا ان الموكل بالاستيفاء اذا كان غايبا استوفى وكيله الحد مع الشبهة لجواز ان يكون المقذوف قد صدق القاذف بعد التوكيل او ترك المطالبة والحدود لا يجوز استيفاؤها مع الشبهة، ولانه استيفاء الحد بما اقام مقام الغير واستيفاء الحدود بما اقام مقام الغير لا يجوز كشهادة الرجال والنساء والشهادة على الشهادة، قال ويجوز عند ابي حنيفة ومحمد الخصومة فيه واقامة البينة على اثبات الحد ولا يضرب الحد حتى يحضر المقذوف وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة في شي من ذلك خصومة ولا غيرها، وجه قولهما في جواز التوكيل باثبات الحد انه اثبات حق فجاز التوكيل فيه كاثبات ساير الحقوق ولان الثبوت يمكن استدراكه فيجري مجرى الاموال التي يمكن استدراكها فيجوز الوكالة فيها كالاموال، لابي يوسف ان الاثبات انما يراد للاستيفاء فاذا لم يجز الاستيفاء بها قام مقام الغير للشبهة فكذلك الاثبات، قال واذا ثبت الحد عند الامام وعند من نصب لا قامته لم يجز اسقاطه على وجه ولا العفو عنه من الوالي ولا من المقذوف وكذلك ان عفا المقذوف عن القاذف قبل ان يرفعه او ابراه من الحد او صالحه على مال فان ذلك كله لا يجوز ويرد المال على القاذف وللمقذوف ان يطالب الحد بعد ذلك ويرجع فيه وهذا قول اصحابنا جميعا اما الوالي فلا يجوز له العفو عن الحد لقوله صلى الله عليه ما ينبغي لوالي حد اتي في حد من حدود الله الا اقامه، ولان الحد اما ان يكون من حقوق الله تعالى على ما نقول فلا يجوز عفو الامام عنه كما لا يجوز بعفوه عن حد الزنا وعن الزكوات او يكون من حقوق الادميين فلا يجوز اسقاطه كالقصاص، واما المقذوف اذا عفا لم يصح عفوه، وحكى الطحاوي عن ابي عمر احمد بن بشر بن الوليد عن ابي يوسف انه قال يسقط بالعفو وهو قول الشافعي وهذا مبني على ان حد القذف حد لله تعالى وقد قال محمد في كتاب الحدود ان حد القذف من حقوق الادميين وانما اراد بذلك ان المطالبة به من حقوق الناس والدليل على ذلك انها عقوبة سميت في الشريعة حدا كحد الزنا، ولان الاحصان مشروط فيها كحد الزنا، ولانها تتبعض بالرق والحرية كحد الزنا، وجه قول ابي يوسف ان الحد يجب للشين الذي لحق المقذوف كما يجب القصاص للشين الذي يلحق المجروح بالجرح، واذا كان القصاص حقا له يسقط بعفوه فكذلك حد القذف فاذا ثبت انه من حقوق الله تعالى ثبت انه لا يصح العفو عنه ولا اخذ العوض عنه كساير الحدود الا ان المطالبة بهذا الحد الى الادمي فاذا عفا فالحد لا يسقط ولكنه لا يستوفى لعدم المطالبة وان عاد الى المطالبة استوفي بمطالبته، واذا ارتفع الرجلان الى الحاكم واحدهما يدعي على صاحبه قذفا فان الحاكم يسال المدعى عليه عن القذف فان اقر انه قذفه قال له الحاكم اقم البينة على صحة قذفك، فان فعل والا اقام عليه الحد، فان احضر القاذف شهوده وقد ضرب بعض الحد سمع من بينته ودرئ عنه ما بقي من الحد ولم تبطل شهادته ولم يلزمه اسم الفسق، وانما قلنا انه يبتدي فيسال المدعى عليه لجواز ان يقر فيستغني باقراره عن بينة، ولان البينة لا تثبت حكمها الا بانكاره فوجب ان يسال فان انكره اقيمت عليه البينة فاما اذا اقر بالقذف طولب بالبينة على صحته لان الحد انما يجب عليه بعجزه عن اقامة البينة فلذلك ساله الحاكم عن البينة فاذا عجز عنها حده لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم فاما اذا ضرب بعض الحد ثم اقام القاذف البينة فانها تسمع لانا لا نحكم بكذب القاذف الا ترى ان كذبه انما يتقرر بكمال الحد فما لم يوجد سمعت البينة كالابتداء، واذا سمعت البينة سقط ما بقي من حد القذف كما يسقط الجميع لو ابتدا باقامة البينة قال ولا تبطل شهادته ولا يلزمه اسم الفسق وذلك لان ما دون الحد لا تبطل به الشهادة كالتعزير، قال فان لم يكن له بينة على القاذف بانه قذفه فاراد استحلافه بالله ما قذفه فان الحاكم لا يستحلفه في قول اصحابنا جميعا وقال الشافعي يستحلف لنا انه دعوى حد فلا يستحلف فيها كحد الزنا، ولان اليمين انما شرعت لفايدة النكول والنكول عند ابي حنيفة اجري مجرى البذل فما لا يصح بذله لا يصح الاستحلاف فيه كحد الزنا، وعلى قولهما النكول قايم مقام الاقرار والحد لا يجوز اثباته بما قام مقام الغير كالشهادة على الشهادة، قال فان ترك المقذوف مطالبة القاذف قبل ان يرافعه الى الحاكم وسعه ذلك وكان ذلك حسنا وكذلك يحسن من الحاكم اذا رفعه اليه ان يقول للمدعي قبل ان يثبت الحد اعرض عن هذا ودعه وذلك لان هذا الحد لو تدفيه الشبهة لجاز للحاكم التوصل الى اسقاطه كساير الحدود، واما المقذوف فلان الحد ان كان من حقوق الله تعالى فقد ندبنا الى الستر فيها وان كان من حقوق الادميين فقد ندبنا الى العفو كالقصاص، قال فان اقر المقذوف ان القاذف قد صدق عليه في قذفه عند الحاكم او شهد عليه الشهود انه اقر بذلك قبل ان يرفعه جازت الشهادة ولا حد على القاذف وذلك لان الحد يجب للشين الذي لحق المقذوف بكذب القاذف عليه فاذا صدقه المقذوف فقد زال الشين عن القاذف فسقط الحد، قال ولا يجوز في الشهادة على القاذف شهادة رجلين ولا يجوز عليه شهادة

ولا شهادة على شهادة ولا كتاب قاض إلى قاض وذلك لما بينا أن شهادة النساء لا تقبل في الحدود والقصاص وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي. فإن أقام القاذف على المقذوف أنه صدقه في قذفه له رجلا وامرأتين أو شاهدين على شهادة شاهدين أو أتى في ذلك بكتاب قاض جاز ذلك لأن إسقاط الحدود يجوز فيها ما لا يجوز في إثباتها ألا ترى أن الحدود لا تثبت مع الشبهة وتسقط بالشبهة فلذلك لم تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء والرجال وإن تثبت بذلك ما يوجب إسقاطها. وإن ادعى المقذوف أن له بينة حاضرة في المصر أن هذا قذفه والقاذف ينكر فسأل المقذوف الحاكم أن ينظره فإن أبا حنيفة قال أحبس المدعى عليه القذف إلى قيام الحاكم من مجلسه فإن أحضر بينة وإلا خلى سبيله ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه وقال أبو يوسف آخذ منه كفيلا بنفسه ولا أحبسه وروى ذلك بشر عنه. لأبي حنيفة أن الكفالة للتوثق والقاضي مأمور بدرء الحد وإسقاطه فلا يجوز أن يتوثق منه. وأما الحبس الذي ذكره فإنما يريد أن يلزمه إلى أن يقوم القاضي لأنه لا يمكن إحضار البينة إلا بحضور المدعى عليه. لأبي يوسف أن الدعوى يجوز أخذ الكفالة فيها إلى أن تقوم البينة كدعوى الأموال. ولأن الحبس أكثر من الكفالة فإذا جاز الحبس فالكفالة أولى. فأما إن أقام المدعي شاهدا واحدا عدلا فإن أبا حنيفة كان يحبسه وإن لم يكن عدلا لم يحبسه ولم يكفله وقال أبو يوسف لا أحبسه في شاهد واحد عدلا كان أو غير عدل ولكن يكفل. فأما إذا أشهد شاهدان حبس في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رواه عنه بشر لأبي حنيفة أنه إذا أشهد شاهد عدل أو شاهدان لا تعرف عدالتهما فقد حصل أحد سببي الحق إما العدد أو العدالة فصار أحد السببين في جواز الحبس كالآخر. ولأنه إذا أخبر رجل عدل أنه قذف فقد أوجب ذلك تهمة في حاله والحبس موضوع للتهمة وليس كذلك الكفالة لأنها موضوعة للتوثق والتوثق في الحدود لا يجوز. لأبي يوسف أن الشاهد العدل لا يثبت بشهادته الحق وإنما يثبت بقول الاثنين فإذا أشهد من يجوز أن يثبت الحق بشهادته ولم يحكم بها جاز أن يحبس للتهمة. قال أبو يوسف إذا ثبت الحد فلا كفالة فيه وما كان دعوى لم يثبت ولم يتبين فلا بد من الكفالة والإضاعة لحقوق الناس وذلك لأن الحق إذا لم يثبت لم يجز الحبس فلا بد من الكفالة فإذا ثبت الحق جاز الحبس فلم يبق للكفالة لأنه لا يكون له معنى. وقال ابن رستم عن محمد لا كفالة في حد ولا قصاص يقال له الزمه ما بينه وبين قيام القاضي وهذا قول أبي حنيفة وقال محمد أما أنا فأكفله ثلاثة أيام ما لم تقم البينة فإن قامت البينة فلا كفالة ولكني أستحسن حتى يسأل عن الشهود. أما قوله لا كفالة في حد ولا قصاص فإن كان يريد به نفس الحد ونفس القصاص فلا خلاف بين أصحابنا في ذلك لأن الحد والقصاص لا يمكن استيفاؤهما من الكفيل فلا تصح الكفالة بهما وإنما المراد بذلك لا كفالة في الإحضار للحدود والقصاص ووجهه ما قدمنا لأبي حنيفة أن الكفالة للتوثق والحدود لا يجوز التوثق بها. وكان أبو بكر الرازي يقول معنى قول أبي حنيفة أن الكفالة في الحد والقصاص لا يجوز أن القاضي لا يبتدي بالمطالبة بذلك فإن بذلها قبلها الحاكم لأن الحضور واجب فيجوز أن يضمنه الكفيل إلا أن القاضي لا يبتدي بطلب ذلك حتى لا يتوصل إلى التوثق في الحد. وأما على أصلهما فالتوثق بالحبس أكثر من التوثق بالكفالة فلأن يؤخذ منه كفيل أولى. وقدر ذلك محمد بثلاثة أيام لأن حد القذف المطالبة فيه حق لآدمي كالديون. قال محمد في رجل ادعى قذفا وأقام رجلا عدلا يشهد فإن أبا حنيفة قال أحبسه إذا ادعى بينة حاضرة في المصر فإن أقام شاهدا غير عدل قال أؤجله مقدار قيام القاضي قال محمد إذا ادعى بينة حاضرة كفلته ثلاثة أيام فقدر ذلك أبو حنيفة بالمجلس لأن الكفالة عنده لا تؤخذ وفي حبسه ضرر من غير حق عليه فلم تتقدر ذلك بأكثر من المجلس. وعلى قول محمد أن القذف لما كانت المطالبة فيه حقا لآدمي جرى مجرى الديون. وقال في الأصل إذا أحضر شاهدا عدلا وادعى أن له آخر في المصر فإني أحبسه يومين أو ثلاثة استحسانا وذلك لأن أحد سببي الحق قد حصل فأوجب ذلك تهمة في حاله والحبس للتهمة. قال فإن ادعى ذلك خارج المصر لم أحبسه وذلك لأن البينة إذا كانت خارجة المصر يلزمهم الحضور لإقامة الشهادة فحبس الخصم يؤدي إلى إلحاق الضرر به. قال أبو يوسف ومحمد آخذ منه كفيلا يوما أو يومين أو ثلاثة وإنما قدرا ذلك بما بين المجلسين فإن كان بينهما أكثر من ثلاثة أيام جاز أخذ الكفالة. وقال بشر عن أبي يوسف إذا ادعى القاذف أن له شهودا على الزنا فإنه يؤجل إلى قيام القاضي فإن أحضر ذلك وإلا حده. وقال أبو يوسف أحبسه واستأني به ولا أعجل. وقال في الأصل إذا قال عندي بينة بالزنا وهم غيب فأجلني قال لا أؤجله. فإن قال هم في المصر فأجلني حتى آتيك بهم قال يؤجله بينه وبين قيامه فإن جاء بالبينة وإلا أقام الحد عليه. قلت أفتكفله في ذلك فيذهب يطلب شهوده قال ليس في حد كفالة ولكنه يحبسه ويقول له ابعث إلى شهودك. فأما وجه قول أبي حنيفة أن الحد قد ثبت عليه بالبينة وفي تأخيره أكثر من مجلس الحاكم تأخير المستحق من غير حجة وفي ذلك ضرر على صاحب الحق فلم يجز تأخير الواجب بما يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون. وليس كذلك التأخير بقدر مجلس الحكم لأن هذا القدر لا يلحق فيه ضرر ألا ترى أن القاضي قد يؤخر هذا القدر حتى يحضر الجلاد وإذا لم يكن فيه ضرر جاز تأخيره لإقامة البينة. لأبي يوسف في أنه يؤخر إلى المجلس الثاني أن الله تعالى أوجب حد القذف بشرط العجز عن إقامة البينة بالزنا فوجب أن يؤجل مقدار ما يمكنه إحضار الشهود في العادة فأما تكفيله فعند أبي حنيفة لا يجوز فلم يبق إلا حبسه وأمره أن يستنيب في إحضار الشهود. وقال ابن رستم عن محمد

محمد إذا لم يجد أحدا يبعث به إلى الشهود قال أتركه يذهب وأبعث معه شرطا يحفظونه ولا أدعه وذلك لأنه لا يقدر على إحضار الشهود إذا لم يجد من ينوب عنه إلا بنفسه وحفظه بالشرط كحفظه بالحبس فوجب أن يترك معه. قال فإن لم يجد شهوده ضربته الحد فإن أقام بعد ذلك بينة على ما قال أبطلت شهادته وأجزتها وذلك لأن هذه البينة بان لنا المقذوف فاسق أنه قذف من ليس بمحصن وقذف من ليس بمحصن لا يتعلق به الحد. والضرب الذي ليس بحد لا يمنع قبول الشاهد. قال وإذا قذف رجل رجلا فقال يا ابن الزانية وادعى القاذف أن أم المقذوف أمة أو نصرانية والمقذوف يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف إلا أن يقيم المقذوف على ذلك بينة والأصل في ذلك أن قذف الأم لا يتعلق به الحد حتى يطالبه الابن حتى يثبت موتها وإحصانها لأنها ما دامت حية فالمطالبة من حقوقها فلا يجوز للابن أن يقوم مقامه وإذا ثبت موتها وجب أن يثبت إحصانها لأن الحد لا يتعلق إلا بالقذف الصحيح وقذف من ليس بمحصن لا يصح ولا يجوز أن يرجع في ذلك إلى ظاهر الحرية والإسلام لما بينا أن الظاهر لا يستحق به حق على الغير ولم يكن له بد من القاذف بالإحصان أو إقامة البينة على ذلك. قال وكذلك لو قال يا زان فقذفه في نفسه ثم قال القاذف للمقذوف إنه عبد فقال المقذوف أنا حر فالقول قول القاذف أيضا وهذا على ما قدمنا أن الحرية في الإحصان لا يثبت بالظاهر وأن الناس أحرار إلا في أربعة. قال وإذا قال القاذف أنا عبد فحدني حد العبيد وقال المقذوف أنت حر فالقول قول القاذف وذلك لأن الحرية ظاهر فلا يجوز أن يستحق بها كمال الحد. وقال المعلى عن أبي يوسف إذا قذف رجل رجلا فإن كان القاضي يعرف أمه أنها حرة مسلمة جلد القاضي القاذف وإلا حبسه وسأل المقذوف البينة على ذلك لأن الحرية قد يثبت بعلم القاضي فهو كثبوتها بالشهادة ولا يقال القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود لأن الحرية ههنا سبب في ثبوت الحد وسبب الحد يثبت بما لا يثبت به الحد كالإحصان الذي يثبت بدون العدد الذي يثبت به الزنا. وإن زعم أن له بينة بالغ القاضي في النظر في ذلك ويؤجله أجلا فإن لم يأت ببينة أخرجه من السجن وأخذ منه كفيلا. وليس للقاضي أن يعزره وهذا إنما يعني به إذا لم يثبت إحصان الأم بعلم القاضي حبسه القاضي لأنه قد استحق العقوبة بالقذف لها حرة كانت أو أمة فجاز أن يتوثق منه في الحبس وإن لم يقم بينة أخذ منه كفيلا وأخرجه لأنه لا يجوز استدامة الحبس عليه فلم يبق إلا تكفيله. فأما التعزير فلأن القاضي إذا عزره صار كالحكم بإبطال الإحصان لأن قذف المحصنة يتعلق به الحد ويجوز أن يقيم المقذوف بينة فلم يجز أن يقتصر على التعزير. وقال في الأصل أرأيت الرجل إذا أقر عند القاضي فقال قد قلت له يا زان ولكنه عبد هل يحبسه القاضي فيسأل المقذوف البينة أنه حر قال نعم وذلك لما بينا أن القذف يستحق به العقوبة حرا كان المقذوف أو عبدا فجاز أن يحبس لإقامة البينة. وقال عمرو وقال محمد في رجل قذف رجلا قال أحبسه في السجن حتى يجيء بالبينة أن أمه حرة مسلمة فإن قال يا ابن الفاعلة وهذا على ما قدمنا. قال ولا يكون القذف بوطء في غير الفرج قذفا يجب به الحد ولكن يوجب التعزير عند أبي حنيفة. وقالا الفرج والدبر من الرجل والمرأة سواء في إيجاب الحد على القاذف وإيجاب الحد على من فعله. أما القذف باللواط فعند أبي حنيفة لا يتعلق به الحد لأنه قذف بغير زنا عنده والقذف بغير الزنا لا يوجب الحد. وأما على قولهما فهذا الوطء يجري مجرى الزنا في وجوب الحد به ولذلك القذف به يوجب الحد على القاذف. قال أبو حنيفة الوطء في موضع المكروه لا يوجب الحد وإنما يوجب التعزير وقال أبو يوسف ومحمد إن كان محصنا رجم وإن كان بكرا جلد وهو أحد قولي الشافعي وقال في قوله الآخر يقتل محصنا كان أو غير محصن. لأبي حنيفة أن هذا الفعل ليس بزنا بدلالة أن العرب خصته باسم وخصت الفعل الآخر باسم وتفريقهم بين الاسمين يدل على أن كل واحد منهما لا يسمى باسم الآخر إلا أن يدل الدليل على الاشتراك كتسميتهم الحيوان بفرس وتسميتهم الحيوان بحمار. وإذا لم يسم باسم الزنا فإيجاب الحد فيه إلحاق بفعل لم يرد فيه الحد بالفعل الذي ورد فيه الحد بقياس أو بخبر واحد وذلك لا يجوز. ولأن هذا الفعل لا يتعلق به وجوب مال بحال فلا يتعلق به وجوب الحد كالوطء فيما دون الفرج. وجه قولهما ما روي أن الصحابة اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يلقى من شاهق الجبل ومنهم من قال يلقى عليه حائط ومنهم يحرق بالنار وكان أشدهم قولا في ذلك علي بن أبي طالب رضوان الله عليه. ولأنه وطء يوجب الاغتسال من غير إنزال كالوطء في الفرج. والجواب أما الخبر فإنما ورد فيمن عمل عمل قوم لوط وهذا لا يكون إلا فيمن يسلك طريقهم في الاستحلال وذلك مرتد يقتل بردته. ولهذا أمرت الصحابة بالمثلة به كما يمثل بالمرتد. فأما الغسل فإنه يجب على وجه الاحتياط والحد يسقط بالاحتياط فلا يؤثر وجوب الغسل على وجوب الحد.

باب من له المطالبة بالحد

قال أصحابنا في رجل قذف فمات قبل أن يجلد القاذف بالحد أن الحد يبطل عن القاذف. وليس لبعض الورثة ولا غيره أن يطالب به. ولا يورث الحد عند أصحابنا ورواه محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه وقال علي رضوان

الحد لا يورث وفرعنا هذه المسألة وليس هذا لما لو قذف بعد موته لان الحق يثبت ابتداء للوارث ولا يكون على طريق الارث وفي مسئلتنا ثبت الحق للميت فلو طالب به الوارث لكان على وجه الارث وهذا لا يصح. قال وان كان المقذوف حيا غائبا فلا مطالبة لاحد ايضا بقذفه حتى يحضر الغائب وذلك لان الحد يثبت للمقذوف فلا يجوز ان ينتقل الى غيره لان الحد لا يثبت بما قام مقام الغير. قال وان وكل الغائب وكيلا يطلب حقه فان كانت الوكالة باقامة الشهود والخصومة في ذلك دون ضرب الحد جازت الوكالة فاذا ثبت الحد لم يضرب الحد حتى يحضر الغائب فيقام الحد بحضرته وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ثم رجع عن ذلك ابو يوسف فقال لا يجوز وكالة في حد ولا قصاص في اقامة بينة ولا غير ذلك وقد بينا فيما مضى ان الوكالة باستيفاء الحد مع غيبة المقذوف لا يجوز في قولهم والوكالة باثبات الحد يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ولا يجوز عند ابي يوسف في قوله الاخر. وقالوا جميعا اذا قذف الميت فلولده ان ياخذوا بحده ولابنه ولابن ابنه او ابنة ابنه ان ياخذوه بالحد للميت. ولا ياخذ بالحد للميت الا والد او ولد ولا ياخذ بذلك اخ ولا عم ولا مولى وقال ابن ابي ليلى ياخذ بالحد الولد والوالد والاخ وقال محمد لا ياخذ بالحد الا الوالد والولد ممن يرث ويورث وتاخذ ابنة ابنه بالحد اذا قذف جدها وهو ميت ولا ياخذ بذلك ابنة الابنة والجدة ام الام اذا قذفت لم يكن لابن ابنتها ان ياخذ بحدها وكذلك ان قذف وهي حية لم ياخذ بحده. قال وجملة هذا ان كل من يقع بقذف الميت قدح في نسبه فله ان يطالب بحده ومن لا يقع بقذفه الميت قدح في نسبه لا يطالب بالحد لان الحد عندنا لا يورث وانما يثبت للوارث ابتداء بقذف المورث فمن يقع بالقذف قدح في نسبه لا يلحقه شين به ومعلوم ان الاخ والعم لا يتقطع نسبهما بقذف الاخ وابن الاخ فلم يجب الحد بالقذف. فاما الاباء والابناء فان القدح يقع في نسبهم بزنا المقذوف لان الزاني لا يثبت نسب ولده منه ويثبت نسب اولاده من ابيه فصار قذفه قدحا للنسب في ابائه وابنائه فوجب لهم المطالبة بالحد ولذلك استوى في المطالبة بالحد عند ابي حنيفة وابي يوسف ولد الابن وولد الابنة لان ولد البنت ينقطع نسبهم من جهة الام كما ينقطع نسبهم من جهة الاب فيلحقهم الشين بكل واحد من الامرين واما محمد فقال بان الانتساب انما هو الى الاباء فانقطاع النسب من قبل الام لا يلحق به الشين اذا ثبت النسب من قبل الاب فلم يكن لهم المطالبة ومعنى قول محمد اذا كان ممن يرث ويورث قال ابو الحسن معناه انه يرثه ويورث مع العصبة ما ولاد الابن. فاما اولاد البنت فيرثون عندنا وانما لا يرثون مع العصبات. قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد جميعا يجوز لابن الابن ان يطالب بقذف الميت وان كان الابن حيا وقال زفر ليس للابعد حق مع وجود الاقرب. وجه قولهم ان القدح بقذف الميت يقع في نسب كل واحد منهما ويلحق به الشين فجاز له المطالبة بالحد كما لو قذفه في نفسه. ولان الحد لا يثبت على وجه الارث عن الميت فلو ثبت انتسابه للاقرب فالاقرب لصار في حكم الموروث وهذا لا يصح. ووجه قول زفر ان الشين الذي يلحق القريب اعظم من الشين الذي يلحق البعيد فلم يكن للبعيد المطالبة كما ليس للمولى ان يطالب بقذف الاب الى اذا ترك المطالبة بذلك فكان الشين يلحقهم لان الشين الذي يلحق الاب اعظم. وقال ابو حنيفة للمولود والوالد ان كان عبدا او ذميا ان يطالب بالحد اذا كان المقذوف حرا مسلما وذلك لان الشين يلحق العبد بانقطاع نسبه عن ابيه كما يلحق الحر والقذف قذف صحيح فلذلك تعلق به الحد ولا يقال ان العبد لو قذف في نفسه لم يحد قاذفه وكيف يجب الحد للشين الذي الحق به بقذف غيره لانه اذا قذف في غيره فالقذف قذف صحيح لانه قذف محصن والشين اذا حصل بقذف صحيح تعلق به الحد. واذا قذف في نفسه فالقذف ليس بقذف صحيح لفقد الاحصان في المقذوف فلذلك لم يحد القاذف. قال وكذلك ان كان الطالب بالحد قاتلا الميت ممن حرم الميراث بقتله لان الحد لا يثبت له على طريق الارث حتى يوثر فيه القتل وانما يثبت له للشين الذي يلحقه. وهذا المعنى موجود وهذا الفعل اظهر من قذف والد العبد لانه لو قذفه هاهنا حد والعبد لو قذفه في نفسه لم يحد فكان المعتبر وجود النسب الذي يورث به ويورث مع العصبة تعلق به الارث او لم يتعلق اذا لم يتعلق به لمانع. قال وليس للمولد ان يطالب بحد القذف اذا كان القاذف اباه او جده وان علا ولا امه ولا جدته وان علت وكذلك ان قذفه في نفسه احد من هولاء وذلك لان الولد ممنوع من الحاق الضرر بابيه لقوله تعالى ولا تقل لهما اف والحاق الضرر باقامة الحد اكثر فلم يجز ايجاب الحد عليه بقذفه وقد قالوا انه لو قتله لم يقتص منه فاذا قذفه اولى ان لا يحد بقذفه واذا ثبت انه لا يحد بقذفه في نفسه لم يحد بقذف غيره اولى. قال واذا قذف رجل جماعة بالزنا بكلمة او جماعة او قذف كل واحد منهم بكلام على حدة او في ايام متفرقة فعليه حد واحد فان حضر المقذوفون جميعا يطالبون بالحد او حضر واحد منهم فانما على القاذف حد واحد لا يحد لهم في ذلك اكثر من حد واحد خاصموا في ذلك مجتمعين او متفرقين اذا قام به احدهم كان ذلك لجماعتهم. فان حضر بعد ذلك من لم يخاصم في قذفه يطلب الحد لم يحد له كرة اخرى وقال الشافعي ان قذفهم بكلمة واحدة وجب حد واحد. فان فرق القذف فلكل واحد منهم الحد وهذه المسألة فرع على ان حد القذف حق لله تعالى والادمي يطالب به لحق الله تعالى فاذا طالب الواحد قام مقام الجماعة في الاستيفاء ولانها عقوبة سميت حداً في الشريعة فاذا اجتمع اسبابها تداخلت كحد الزنا فان حد للقاذف وفرغ من حده ثم قذف اخر حد للثاني حدا اخر. وانما يسقط حد القذف اذا ضرب القاذف ما قبله من القذف ولا يسقط ما بعده. ولذلك السرقات وذلك لان الحد تقرر به الكذب على القاذف فيسقط موجب القذف في كل واحد من الجماعة. واذا استانف القذف بعد الحد لم يسقط الحد موجب القذف المتاخر كمن زنا فحد ثم زنا. قال ولو قذف رجلا فضرب تسعة وتسعين سوطا ثم قذف اخر ضرب السوط الباقي ولم يكن عليه حد للثاني اذا بقي من الحد الاول شيء فقذف الاخر قبل تمامه ضرب فيه حد الاول ولم يحد للثاني في قولهم وذلك لان الشين الذي يلحق به الكذب هو السوط الاخير الا ترى ان ما قبل ذلك لا يبطل الشهادة فصار السوط الاخير الا ترى ان ما قبل ذلك لا يبطل الشهادة فصار السوط الاخير يتحقق الشين بجملة الحد ومعلوم بانه لو حد جملة الحد بعد القذفين سقط حكمهما فكذلك اذا ضرب السوط الاخير بعد القذفين.

باب ما يكون الوطء شبهة في اسقاط الحد عن القاذف وما لا يكون

قال اصحابنا جميعا اذا زنا رجل فقذفه رجل بذلك الزنا او بغيره او قذفه قبل قيام بينة فلا حد على القاذف وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي ليلى عن ابراهيم ان القاذف يحد الا ان يقذفه بذلك الزنا بعينه. لنا ان الحد يجب على القاذف للشين الذي يلحقه بالمقذوف والزاني لا يلحقه شين بالقذف فلم يجب الحد على قاذفه. ولانه صادق فيما اخبر من الزنا اذا ابهم الا ترى انه يحتمل الاخبار عن الزنا المعلوم ويحتمل ان يكون اخبر عن غيره فلم يجز ايجاب الحد على القاذف بالشك. قال ابو الحسن واذا كان المقذوف حرا مسلما قد وطئ وطيا حراما او كانت امراة قد وطيت وطيا حراما وليس بزنا فقذفهما قاذف بالزنا وجب الحد ولا يكون ذلك الوطء شبهة في اسقاط الحد عن القاذف وذلك مثل ان يطا جارية له مجوسية او ذات محرم منه من رضاع او محرم بغير رضاع مثل ان يكون ابن الواطئ قد وطيها قبله بملك اليمين او كان هو وطئ امها او ابنتها او وطئ اختين بملك اليمين جمع بينهما بالوطء وهما في ملكه او جمع بين وطء ذوات محرم منه بملك اليمين او وطئ امته وقد تزوجها او وطئ مكاتبته وكذلك الزوجة اذا وطيها وهي حائض او نفساء او محرمة او صائمة في رمضان او كانت في عدة من وطء بشبهة او كان ظاهر منها فوطيها قبل ان يكفر ثم قذفه قاذف بالزنا فان هذا كله لا يسقط الحد عن القاذف. وجملة هذا ان الوطء على ضربين وطء في ملك ووطء في غير ملك فالوطء في الملك على وجوه احدها ان يكون التحريم عارضا مثل وطء الحائض والنفساء والامة التي زوجها او كاتبها والحرة التي ظاهر منها او وجب عليها العدة فهذا الوطء لا يسقط الحد عن القاذف لانه تحريم عارض في الملك فصار كوطء زوجته المريضة التي تستضر بالوطء وكوطء الصائمة وهذه الجملة لا خلاف فيها بين اصحابنا الا في المكاتبة. قال ابو حنيفة ومحمد ان وطء المولى مكاتبته لا يسقط الحد عن قاذفه وقال زفر لا يحد قاذفه. وعن ابي يوسف روايتان وجه قولهما انه تحريم عارض في الملك كالحيض والاحرام. وجه قول زفر واحدى الروايتين عن ابي يوسف ان ملكه زال عن وطيها بدلالة ان المهر لها عليه فصار كالوطء في غير ملك. واما اذا كان التحريم في الملك موبدا مثل وطء ذوات المحارم فقد ذكر في الاصل انه يسقط الحد عن القاذف. وذكر ابو الحسن انه لا يسقط ووجه قولهم الذي ذكر في الاصل انه وطء محرم على التابيد فصار كالوطء من الزنا. ووجه ما ذكره ابو الحسن انه وطء في ملك فمقارنة التحريم لا يسقط الاحصان كوطء امته المزوجة. واما اذا كان التحريم يشبه الموبد من وجه ويشبه العارض من وجه مثل من قبل امراة لشهوة او نظر الى فرجها لشهوة ثم تزوج ابنتها فوطيها قال ابو حنيفة لا يسقط الحد عن قاذفه. لابي حنيفة ان هذا الوطء مختلف في تحريمه في السلف وليس فيه نص يقتضي التحريم ويجوز ان يقع حكم حاكم باباحته فحل محل التحريم العارض. ووجه قولهما ان هذا تحريم موبد فصار كوطء الابنة والاخت. وعلى هذا الخلاف اذا قبل امراة او تزوج بابنتها وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول لا خلاف بينهم ان من زنا بامراة ثم تزوج ابنتها فوطيها ان الحد يسقط عن قاذفه. وان كان الخلاف في مسئلة الوطء وفي مسئلة القبلة موجودا الا ان التحريم بالوطء فيه نص لقوله وامهات نسائكم وقوله ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء والنكاح الوطء. واما القسم الثاني وهو الوطء في غير ملك فقال ابو الحسن فاذا كان الوطء المحرم في غير زوجة ولا مملوكة فلا حد على قاذفه في قول ابي حنيفة. وان كان الوطء المحرم ليس بزنا مثل ان يتزوج امراة نكاحا فاسدا مجمعا على فساده وهو يعلم او لا يعلم او يطا جارية مشتركة او يشتري جارية فيطاها ثم تستحق وهو لا يعلم انها لغير البائع او يطا بنكاح ثم يعلم ان المراة ممن لا تحل له نكاحها فيقذفه قاذف بالزنا فلا حد على قاذفه. وجملة هذا القسم ان الوطء في غير ملك يسقط الحد عن القاذف في قولهم الا في مسئلة واحدة وهي المجوسي اذا تزوج بامه فدخل بها ثم اسلم فقذفه قاذف حد عند ابي حنيفة. وقال ابو يوسف ومحمد لا يحد. لابي حنيفة ان هذا وطء يقر عليه واجري مجرى الوطء الحلال فلا يسقط الاحصان. وجه قولهما انه وطء محرم في غير ملك فهو كالزنا. فاما ما سوى هذه المسئلة فالحد يسقط عن القاذف في

حراما في غير ملك وذلك يشبه الزنا فاذا قذفه قاذف جاز ان يكون اشتبه الامر عليه وهذه الشبهة مستنده الي سبب صحيح فاسقط الحد عن القاذف ∴ ومن هذه الجملة قالوا فيمن تزوج امراه نكاحا بغير شهود ووطيها سقط الحد عن قاذفه لان العقد لم يوجد بجميع شرايطه والخلاف فيه غير معتد به عند ابي حنيفه لانه لم يعرفه من الصحابه فصار كالوطي المجمع عليه ∴ قال ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادره ان ابا يوسف قال احسن ذلك عندي انه اذا تزوج امراه وهو يعلم ان لها زوجا او امراه يعلم انها في عده من زوج او امراه ذات رحم محرم منه وهو يعلم فلا حد على قاذفه ∴ قال واذا اتا شيئا من ذلك بغير علم فاني احد قاذفه ∴ وذكر بعد هذا ابن رستم عن محمد في رجل اشترى جاريه فوطيها ثم استحقها مستحق وقذف انسان المشتري قال ابو حنيفه لا حد عليه وهو قول محمد وقال ابو يوسف يحد قاذفه ∴ وقال ابن سماعه عن محمد في رجل طلق امراته طلاقا بائنا وكتمها ذلك وجعل يطاها ثم علمت بعد فقذفها انسان بالزنا فاني احد قاذفها قال محمد لانه وجب الصداق وثبت النسب ووجبت العده ولم ار ثم قال وكذلك لو اشترى امه فوطيها وهو لا يعلم ثم استبان انها اخته تحمل في هذا الفرج وهو الوطي مع الجهل قول ابي حنيفه ان الحد يسقط عن القاذف وهي روايه ابن رستم عن محمد ∴ وقال ابو يوسف ومحمد يحد القاذف وهي روايه ابن سماعه عن محمد لابي حنيفه انه وطي محرم بالاجماع في غير ملك والجهل لا يمنع من سقوط الاحصان كمن زنا بامراه ظنها امراته وهو لا يعلم ان الزنا حرام ∴ لابي يوسف واحدى الروايتين عن محمد انه وطي يتعلق به الاحكام ولا ماثم فيه فحمل على الوطي المباح ∴ وقال بشر عن ابي يوسف قال ابو حنيفه اذا وطي الرجل امراته وطيا حلالا ثم وطي امها او ابنتها يعني بنكاح فلا حد على قاذفه وذلك لان هذا وطي محرم في غير ملك مجمع على تحريمه ∴ وقال ان قبل امراه لشهوه او لمسها لشهوه ثم وطي امها او ابنتها يعني بنكاح ثم قذفه رجل فعليه الحد وذكر ان هذا مخالف للاول وقال ابو يوسف هما عندي سوا ولا حد على قاذفه وقد بينا هذه المسيله ∴ وقال محمد في الاصل في رجل تزوج امه وحره في عقده واحده فوطيها فعلى قاذفه الحد ∴ وقال ابن سماعه في نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفه ∴ ولو تزوج امه على حره فوطيها فاني احد قاذفه وذلك لان هذا الوطي مختلف فيه في السلف وقد وجد العقد بجميع شرايطه فصار كالتحريم العارض فلم يسقط الاحصان ∴ قال ولو وطي رجل جاريه ابنه فاحبلها او لم يحبلها فاني لا احد قاذفه ∴ وقال ابن سماعه وذلك لان هذا وطي محرم في غير الملك متفق على تحريمه كالزنا ∴ واما اذا وطي اخته بملك يمين فان قاذفه يحد لان هذا الوطي مختلف فيه في الصحابه وقد دل على اباحته قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم فجرى مجرى التحريم العارض فلا يسقط الحد عن القاذف ∴

باب الرجل ينفي الرجل عن ابيه

قال ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادره وفي الاملا سمعت ابا يوسف قال في رجل قال لرجل لست لابيك هذا قاذف يحد لا يكون هذا على وجه من الوجوه غير قذف في رضا ولا غضب وذلك لان هذا لا يذكر الا على وجه نفي النسب على وجه السب انما يراد به قذف الام بالزنا ∴ ولو قال لست هذا اباك فان قاله في رضا او على وجه الاستفهام فليس بقاذف ولا حد عليه وان قاله في غضب او على وجه العيب فهو قذف والحد لازم وذلك لان هذا اللفظ يذكر على وجه المدح لقول العرب فلان زما السما وان مزيقيا على وجه المدح له ∴ ولان اخلاقه تشبه اخلاق هذا الممدوح ∴ وقد يذكر على وجه الذم ونفي النسب فاذا كان في حال الرضا فالظاهر منه المدح فحمل عليه وان كان في حال الغضب فالظاهر منه الذم فحمل عليه ∴ وقال ابن سماعه في مسيله اخرى سمعت ابا يوسف قال في رجل قال لرجل لست لابويك فليس هذا بقاذف واذا قال لست لابيك فقد قذف امه وذلك لان نفيه عن ابويه يمنع من القذف بالزنا لانه يقول لم تلدك امك ∴ والابنه التي ولدت من الزنا فاما التي لم تلد الولد فلا تكون مقذوفه به ∴ واما اذا قال لست لابيك فلم ينف الولاده ونسبه انما ينفي عن ابيه اذا زنت امه فكان قاذفا ∴ قال ابن سماعه وقال ابو يوسف في هذا الموضع واذا قال هذا على وجه الاستفهام وعلى وجه الغضب على الانسان فليس بقاذف وذلك لان هذا اللفظ فيه احتمال فاذا قاله على وجه الاستفهام لم يقطع بالزنا ∴ وقال ابن سماعه عن ابي يوسف لو قال يا ابن الزانيين وكانت امه الدنيا مسلمه فعليه الحد ولا يبالي امسلمه كانت الجده ام لا ∴ وان كانت الجده مسلمه والام الدنيا كافره فلا حد عليه وذلك لان الاضافه الى الولاده انما يتناول الاقرب فالاقرب لان حقيقه البنوه تتناول الام والجده انما تسمى بذلك على وجه المجاز فوجب اعتبار صفه الام وان كانت محصنه حد قاذفها والا لم يحد ∴ قال وكذلك قوله يا ابن مايه زانيه لان هذا اللفظ انما يراد به في العاده ان امه زنت مايه مره وليس المراد به ان في امهاته هذا العدد من الزناه ∴ ومن قذف امراه بتكرار الزنا حد ∴ وقال معلي عن ابي يوسف فيمن قال لرجل انت ابن فلان لرجل اجنبي وذلك في صحه فهو قاذف للرجل الاجنبي ولام الرجل الذي شتمه ∴

يعرف لها جميعا حدا واحدا وذلك لان الانسان لا ينسب الى غير ابيه في حال الغضب الا ويراد به السب والسب بالنسب انما يكون بزنا الام بفلان وذلك قذف لها ∴ وقال هشام عن محمد في رجل قال لرجل يا ابن فلان نسبه الى غير ابيه فاخبرني ان ابا حنيفه كان يقول ان كان في غضب فعليه الحد وان كان في غير غضب فلا حد عليه انما هذا غلط وذلك لان العاده ان الانسان يقول انت ابن فلان على طريق المدح يعني تشابه اخلاقهما وقد جرت العاده بذلك على ما قدمنا وقد يذكر على طريق السب فوقف على دليل الحال ∴ وقال ابن سماعه قال ابو يوسف اذا قال رجل لرجل لست لابيك ولست لامك فليس عليه حد لان هذا كلام موصول وهذا على ما قدمنا انه نفي ولاده امه له وهذا يمنع من قذفها بالزنا ∴ وقال ابو حنيفه اذا قال الرجل لرجل انت ابن فلان لعمه او لخاله او لزوج امه فلا حد عليه وذلك لان العم يسمى ابا قال الله تعالى الهك واله ابايك ابراهيم واسحق فسمى العم باسم الاب وكذلك الخال لان النبي صلى الله عليه قال الخاله والده وهذا يقتضي كون الخال والدا وكذلك زوج الام يسمى ابا قيل في التفسير في قوله تعالى قال رب ان ابني من اهلي انه كان ابن امراته ∴ واجاز رسول الله صلى الله عليه اباه افع ولم يجد بينهم ∴ وقال زوج امه احرز ابا رافع ولم يجد ابني واذا كان هذا ينسب اليه في العاده لم يكن قاذفا وانما حمل على المعتاد ∴ ولو قال لست بابن فلان لجده لم يكن عليه حد وذلك لان الجد ليس باب في الحقيقه فاذا نفاه عنه صدق في نفسه ∴ وقال ابن رستم عن محمد في رجل له جد جاهلي فقال له رجل لست بابن فلان جدك الجد ابيه الجاهلي انه لا حد في مثل هذا وكذلك رجل مسلم له اب كافر او جد كافر فقيل للابن المسلم لست فلان بابيك يعني جدك فقال له المسلم انت احق انه لا حد عليه فيه ايضا وذلك لان هذا قذف لامراه كافره فلم يكن قذفا صحيحا فلم يجب للمسلم المطالبه بالحد فيه ∴ وقال ابن رستم عن محمد قال ابو حنيفه في رجل قال لرجل عربي يا نبطي انه لا حد عليه ولو كان في هذا حد كان لو قال الرومي يا فارسي حد وذلك لان هذا يذكر ولا يراد به النسب وانما يريد الطباع والاخلاق فيقال للعربي انت نبطي تعني انك لتشبه النبط في اخلاقهم فلم يكن ذلك قذفا ∴ وقال في رجل قال لرجل يا ابن الاقطع او يا ابن الاعور انه لا حد عليه لان هذا لا يراد به ان امه زنت برجل على هذه الصفه وانما يراد به ان اباه موصوف بهذه الصفه ∴ وقد يذكر هذا على طريق الذم والسب كما يقال للبصير يا اعمى ∴ وقال بشر عن ابي يوسف فيمن قال لرجل لست لادم او لست لرجل او لست لانسان او لست باحد قال لا يكون قاذفا لان القذف هو ان ينفي امه بوطي للادمي لها واذا نفى ان يكون وطيها انسان لم يكن قاذفا ∴ وقوله لست لادم كذب فلا يثبت به القذف ∴ قال ولو قال لست لاب او لابيك او للابا او لم يلدك ابوك كان هذا كله قذفا وكذلك لو قال لست لرشده وذلك لان نفي النسب عن الاب انما يكون بزنا الام ∴

باب ما يشبه القذف

قال ابو الحسن رحمه الله في رجل قال لرجل يا زانيه قال لا حد عليه في قول ابي حنيفه وابي يوسف استحسانا وقال محمد يجب حد القاذف وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اصح ∴ ووجه قولهما ان الهاء انما تثبت في صفه المذكر للمبالغه في العلم بالشي لقول العرب فلان نسابه وعلامه فكانه قال له انت اعلم الناس بالزنا او انت عالم بالزنا وهذا ليس بقذف ∴ ووجه قول محمد انه اتى بالقذف وزاد عليه زياده لا يحتاج اليها فتعلق الحكم بلفظ القذف وسقطت الزياده ∴ ووجه لو قال لامراه يا زان كان قاذفا وان وصفها بصفه المذكر ∴ وكذلك اذا قال لرجل يا زانيه فوصفه بوصف المونث ∴ وان قال للمراه يا زان فعليه الحد في قولهم جميعا وذلك لان الاصل في الكلام المذكر والتانيث داخل عليه للفصل فاذا اسقط علامه التانيث فقد اتى باصل الكلام فكان قاذفا ∴ فان قال يا ابن الزاني او يا ابن الزانيه حد وذلك لانه قذف اباه وقذف امه ∴ فاذا كانا محصنين ميتين فله المطالبه بحدهما ∴ وان قال يا ابن الزنا قال يحد في ذلك كله وذلك لان الزنا فعل ولا ينسب الانسان اليه وانما معناه انه مولود من الزناه وانه ابن فاعل الزنا وهذا قذف ∴ وقال في رجل قال لرجل يا ممفوج قال يعزره وذلك لان ما يوصف بهذا الفعل وليس فيه فرق بين الوطي وغيره فلم يكن قذفا وعليه التعزير لانه قذفه بامر الحق به الشين وليس عليه حد ويعزره ∴ وقال في رجل قال لاخر يا ابن القحبه قال يعزره وذلك لان القحبه قد تكون المتعرضه بالزنا وان لم تفعل فلم يكن هذا صريح قذف ∴ وقال فيمن قال لامراته يا حليله فلان قال ليس عليه حد لان الحليله تقتضي الموده وقد يكون ذلك مع الوطي وقد يكون مع غيره ∴ وقال في رجل قال لاخر جدك زان انه لا حد عليه لان اسم الجد يتناول الاعلى والادنى على طريق الحقيقه وفي جملة الاجداد كافر فاذا لم يتعين الجد المقذوف لم يكن قاذفا ∴ وقال فيمن قال لرجل يا ابن الف زانيه انه يحد وذلك لانه قد قذف الام ومن فوقها من الامهات وقذف الام يكفي في ايجاب الحد ∴ قال هشام سالت محمدا عن رجل قال لقوم مجتمعين ليس فيكم الا زان الا واحدا او قال لرجلين احدكما زان فقيل له هذا احدهما فقال لا قال لا احده للاخر وذلك لانه قذف لمجهول والقذف للمجهول لا يثبت له حق المطالبه فسقط الحد ∴ واما اذا قال احدكما فالقذف لم يصح لانه لغير معين فاذا نفي الحد عن احدهما فلم نجد بقذف في [illegible]

المسند احكم لم يتعلق به عند وجوده ۞ وسمعت محمدا قال في رجل قال لآخر اخوك زان فقال الآخر لا بل انت
قال يحد القاذف الآخر لان قوله لا للنفي وبل للاثبات وهذا آكد ما يكون من الاثبات ولهذا يستعمل في لفظ
الشهادة بالتوحيد فاذا اثبت القذف حد فاما القاذف الاول فانما قذف اخاه وقذف الاخ لا تثبت به
المطالبة لاخيه فان حضر الاخ وطالب وليس للمسبوب اخ الا هو ثبت له الحد ۞ وقال اصحابنا لو ان
رجلا قال لآخر يا زان فقال له آخر صدقت فعلى القاذف الحد وليس على المصدق حد لان المصدق يحتمل ان يكون
صدقه في القذف ويحتمل التصديق في غيره فلم يجز اثبات القذف بالشك ۞ وان قال صدقت وهو كما
قلت فهو قاذف لانه لا احتمال في هذا التصديق الا القذف فحد عليه ۞ قال واذا شهد رجلان على رجل بالقذف
فقال احدهما قذفه ها هنا وقال آخر قذفه بالرقة قال اما على قول ابي حنيفة فلا حد عليه وقال ابو يوسف ومحمد
عليه الحد وكذلك اذا قال احدهما يوم الجمعة وقال الآخر يوم الخميس فهذا على هذا الخلاف وهذه المسئلة على قلب
هذا الخلاف عند ابي حنيفة يجب الحد وعندهما لا يجب وهو خلاف في الاصل لا يشتبه وانما وقع السهو من
الناقل في النسخ لابي حنيفة ان القذف طريقه الاقوال والاقوال تعاد وتكرر فاختلاف الايام لا يؤثر فيها
كاختلاف في الاقرار ووجه قولهما ان كل واحد من القذفين لا يجوز اثباته الا بشاهدين وليس هذا
كالاقرار لان الشبهة لا يؤثر فيه والحد يؤثر فيه الشبهة فجاز ان يؤثر فيه الاختلاف ۞ قال ولو شهد
احدهما انه قال له يا زان يوم الخميس وشهد الآخر انه اقر انه قال له يوم الخميس يا زان لم يحد في قولهم وذلك
لان احدهما شهد بالقذف والآخر بالاقرار به وكل واحد من الامرين لا يجوز اثباته الا بشاهدين ۞ وقال
ابن رستم عن محمد في رجل شهد عليه شهود فقالوا رأيناه يزني فيما دون الفرج قال لا يحدو ولا يحدون وذلك لانهم
ذكروا الزنا وفسروه بما ليس بزنا موصولا بالكلام فسقط ذلك الظاهر وصار كما لو قالوا زنا ببهيمة او زنا بحمار
ولو قالوا رأيناه يزني وما بينوا ضربوا الحد لان اطلاق الزنا يتناول الوطي في الفرج والكلام محمول على
الاطلاق الا ان يبين المتكلم غير ذلك ۞ قال ولو قال لامرأة يا زانية فقالت زنيت بك حدت المرأة
ولم يحد الرجل وذلك لانها صدقت في القذف حين قال زنيت وقذفته بقولها زنيت بك فسقط حكم قذفه
وبقي حكم قذفها ۞ ولو قال يا زانية فقالت لا بل انت الزاني حدا جميعا لان كل واحد منهما قذف
الآخر ولم يوجد من المقذوف تصديق ۞ ولو قال يا زانية فقالت زنيت معك فلا حد على واحد لان قولها
زنيت تصديق في القذف وقولها معك يحتمل وانت حاضر او شاهد فلم يكن ذلك مع الاحتمال قذفا ۞ ولو
قال انت زانية فقالت انت ازنى مني قال يحد الرجل لانه قاذف وليست هي بقاذفة ومن قبل ان رجلا لو
قال لرجل انت ازنى مني او انت ازنى الناس لم يكن عليه حد لانه ليس بقاذف وذلك لان قولها انت ازنى مني
وازنى الناس يحتمل ان يراد به انت اعلم الناس بالزنا لانه لفظه افعل تستعمل في الفعل والعلم ولم يذكر
ابو الحسن في هذه المسئلة خلافا وذكره غيره على الخلاف وعند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد اذا قال
انت ازنى الناس وازنى مني او من فلان لم يكن عليه حد لما قدمنا وقال ابو يوسف اذا قال انت ازنى الناس او
ازنى من فلان لم يحد وذلك لانه اذا قال ازنى من الزاني فقد اضاف لفظه افعل الى من وجد منه الفعل فالظاهر
ان المفاضلة في الفعل وكذلك اذا قال ازنى الزناة فاذا قال انت ازنى الناس فقد علمنا ان في الناس زناة
فقد اضاف لفظه افعل الى من وجد منه الزنا واذا قال ازنى مني او ازنى من فلان فقد اضاف اللفظه الى من
لم يعلم منه فعل الزنا فاحتمل ان يكون المراد بها العلم فلم يحد ۞ وقال ابن رستم عن محمد قال لرجل يا
ماص بظر امه فذكر الفحش قال يعزر ولا حد عليه وذلك لان هذا سب والسب بغير الزنا اذا
الحق به الشين ولا حد عليه ووجب به التعزير ۞ وقال ابن رستم عن محمد عن ابي حنيفة في رجلين استبا
فقال احدهما ما انا بزان ولا امي بزانية قال لا حد في هذا وهو قول محمد وذلك لان هذا رجل مدح نفسه
واباه ومدح امه ومدح الانسان لنفسه ولابيه لا يتعلق به وجوب الحد وقد قال مالك انه قذف
لانه في حال المسابه غني عن مدح ابيه وانما يعني بهذا عن عكس الصفه في ابي المخاطب فصار قذفا
وهذا ليس بصحيح لان اكثر الاحوال ان يكون قذفا بكنايه والقذف قائم مقام الصريح والحدود لا
يجوز اثباتها بما قام مقام الغير ۞ وقال محمد قال ابو حنيفة في رجل قال من قال اني قلت كذا وكذا
فهو ابن الزانية فقال رجل انا قلته فلا حد على المبتدي علم ان ذلك الرجل قال او لم يعلم وكذلك لو
قال من يقول لي كذا وكذا فهو ابن الزانية فقال رجل انا اقوله لم يكن عليه ايضا حد لان هذا قذف لغير معين
وقذف معلق بشرط والقذف لا يجوز تعليقه بالشروط الا ترى ان الانسان لا يكون زانيا ان قال فلو لم يصح
اضافة الزنا الى قوله واذا لم تصح الاضافة لم يلحق المقذوف الشين ۞ وقال هشام سمعت ابا يوسف
قال في رجل قذف رجلا بالوطي انه ان افصح بذلك حددته قال هشام والافصاح ان يقول انت تعمل عمل
قوم لوط ۞ وقال في الاصل في الرجل يقول للرجل يا لوطي قال لا حد عليه فان قال انت تعمل عمل قوم لوط وسمي
ذلك ولم يكن عنه فالحد في قول ابي يوسف ومحمد ويعزر في قول ابي حنيفة ولا حد وهذا فرع على
اختلافهم في حكم هذا الفعل فعند ابي حنيفة انه ليس بزنا والقذف بغير الزنا لا يوجب الحد وعندهما انه زنا

فالقذف يتعلق به الحد الا انهما لا يوجبان ذلك الا بصريح القذف وقوله يا لوطي يحتمل الفعل ويحتمل النسب فلا يحمل
على الفعل بالشك ۞ وقال هشام عن محمد في رجل قال لرجل يا اخا الفاعله يعني زانيه او يا عم الزانيه قال ليس
على قائل هذا حد لان هذا تعريض وليس بشتم وذلك لان الاخ لا يكون له المطالبه بقذف اخته وكذلك العم لما
بينا ان القدح في نسبه لا يقع بقذفهما ۞ قال هشام الا ان معنى قول محمد حتى يجي الاخت بعينها فتطالب
وذلك لانه قاذف لاخته فان لم يكن له الا اخت واحده فقط فالقذف معين فلها ان تطالب بذلك قال هشام
قال محمد في رجل قال لرجل انت تزني قال لا حد عليه لان حروف المضارعه اذا دخلت على الفعل خلص للمستقبل
والاخبار عن الفعل في المستقبل ليس بقذف ۞ فان قال انت تزني و اضرب انا فلا حد عليه لان هذا انما يقال
على طريق الاستفهام والتعيير اي كيف يجوز ان تعاقب غير الفاعل فلا يقصد بذلك القذف ۞ قال هشام
سمعت ابا يوسف قال في رجل قال لآخر يا ابن الدعيه قال لا يحد لان الدعيه للنسبه في العرف ولا نسب لها فيهم
وهذا لا يوجب الزنا ۞ قال هشام سمعت محمدا قال اذا قال الرجل لآخر يا زان فادخل فيه الهمزه وقال عنيت ان
تصعد على شي حد قال عليه الحد ونيته باطل وذلك لان العامه لا تفصل بين ادخال الهمز واسقاطه فذلك المهموز
وبين الملين واذا لم يفصل كان الظاهر من قوله القذف ۞ فان قال زنأت في الجبل ثم قال عنيت الصعود فيه
فعليه الحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا حد عليه ۞ وجه قولهما ما ذكرنا ان العامه لا تفصل بين
ادخال الهمز واسقاطه فصار هذا الغه لهم والقاذف بغير لغه العرب يجب عليه الحد فان قيل فما تقولون
في العربي الذي يفصل بين الامرين اذا قال هذا قلنا لا روايه فيه فمن اصحابنا من قال لا حد عليه لانه ممن يفصل بين الامرين
فاذا ادخل الهمز فانما اراد الصعود ومنهم من قال عليه الحد لان العامه لما اعتادت استعمال هذه اللفظه في القذف
صار العربي كالقاذف بلغه غيره ۞ ووجه قول محمد ان الزنا بالهمز هو الصعود فاذا ذكر معه الجبل فقد زال
الاحتمال وصار الظاهر ما قاله وليس كذلك اذا لم يذكر الجبل لانه لا ظاهر يدل على الصعود ولا الهمز وهو امر متغير
عند العامه فلم يعتد به ۞ قال فان قال زنأت على الجبل فعليه الحد في قولهم وذلك لانه لا يقال صعدت على الجبل
والجبل يقع عليه الزنا فصار كما لو قال زنأت على السطح او على الفراش ۞ وقال بشر عن ابي يوسف في رجل قال لامرأته ما رأيت
زانيا خيرا منك او قال لرجل ما رأيت قط زانيا خيرا منك ۞ قال ابو حنيفة لا حد عليه وهو قول ابي يوسف لانه جعل المخاطب
خيرا من الزناة وهذا لا يقتضي المشاركه في الزنا وانما يقتضي صفه التفضيل خاصه ۞ وقال في رجل قال لامرأة زنا بك
زوجك قبل ان يتزوجك قال هو قاذف وذلك لان الزنا يقع منهما قبل النكاح فقد قذفها بزنا نسبها انه فوجب
عليه الحد ۞ قال ولو قال زنا فخذك او ظهرك او يدك فليس عليه حد وذلك لان الزنا بغير الفرج انما يكون بالفعل
الداعي الى الزنا كما قال صلى الله عليه العينان تزنيان والفعل الداعي الى الزنا ليس بقذف ۞ قال وان قال زنا بك اصبعه
لم يكن عليه حد لانه فسر الزنا بفعل ليس بزنا بكلام متصل فخرج من ان يكون قاذفا ۞

باب اخر مما لا يكون قذفا

قال واذا قال الرجل لامرأة زنيت وانت مستكرهه او انت معتوهه او نائمه او مجنونه او اضاف الزنا الى وقت لا
يجب عليها حد لو فعلته او قال وطيك فلان وطيا حراما او جامعك حراما او فجر بك فلان او قال لرجل فجرت
بفلانه او فعلت بفلانه فسمي فحشا او يكني عنه او جامعها حراما او وطيها حراما او باضعها فلا حد عليه في هذا
وذلك لانه قذفها بالزنا وفسره بما ليس بزنا لان الصغيره والمجنونه والمستكرهه لا يوصف فعلهن بالزنا
واذا فسر الكلام تفسيرا متصلا حمل القذف على تفسيره ۞ واما اذا قال وطيت وطيا حراما فالوطي الحرام
قد يكون زنا وغير زنا فلا يثبت القذف بالشك ۞ وكذلك الفجور اسم للزنا واسم للوطي المحرم
واما اذا وطيها فلان او فعل بها فلان وذكر الفحش فقد يكون بهذا الفعل حلالا وقد يكون حراما فلم
يثبت به القذف ۞ واما اذا قال لامرأة اعتقت او كافرة اسلمت في حال الحرية او حال الاسلام زنيت
وانت امة او كافرة فعليه الحد لانه قاذف في يوم تكلم بزنا قبل ذلك فيحد ۞ وجمله هذا ان المعتبر
عندنا في القذف حال الظهور دون حال الاضافه وقال الشافعي المعتبر بحال الاضافه فالدليل على ما
قلناه ان الحدود يعتبر فيها حال الظهور وما شابهها الدليل عليه سائر الحدود ۞ ولان المعتبر لو كان بحال
الاضافه لوجب اذا قال ابن عشرين سنه لابن خمسين سنه زنيت منذ ثلثين سنه لا يجب عليه الحد لانه
قاذف قبل ان يخلق فلما وجب عليه الحد دل على ان المعتبر حال القذف دون حال الظهور ۞ ولانه
الحق الشين بالمقذوف محصن فوجب عليه الحد كما لو قذفه بزنا في حال الاسلام ۞ قال واذا قذف
الرجل رجلا بغير لسان العربيه اي لسان كان فهو قاذف صحيح لان الشين يلحق بالمقذوف بغير
اللغات والحد يجب للشين ۞ واذا قال يا آكل الربوا او يا شارب الخمر فعليه التعزير لانه رماه بما يلحق به
الشين وليس عليه حد مقدر ۞ ولو قال يا حمار او يا ابن الحمار او يا ثور او يا خنزير لم يعزر لانه غير قاذف
في قوله فلا يلحق المسبوب شينا بذلك ۞ ولو قال رجل الرجل يلعب يا زان لا حد لانه يكذي وكذي لا يكني عن
الفحش عنه انه لا يقول زنيت زنا فلا حد عليه ۞ وكذلك لو قال انا فاعل بامه لان هذا الفعل قد يكون

على وجه الزنا وقد يكون بنكاح وقد يكون لشبهة. ولو قال رجل لرجل اذهب فقل لفلان يا زان او يا ابن الزانية فلا حد على المرسل لانه امره بالقذف ولم يقذف والآمر بسبب الحد لا حد عليه كالآمر بالزنا. واما الرسول فان قذفه قذفا مطلقا حد. وان قال له ارسلني اليك فلان فلا حد عليه لانه حاكي القذف عن غيره. ولو قال رجل لرجل قد اخبرت بانك زان او اشهدني فلان انك زان فلا حد عليه لانه حكى القذف عن غيره وشهد على شهادة غيره. ولو قال رجل لرجل اشهد انك زان فقال آخر وانا اشهد فعلى الاول الحد ولا حد على الثاني لانه يحتمل ان يقول انا اشهد بمثل ما شهد او اشهد بشهادة الحق فلا يثبت القذف بالاحتمال. واذا قال قد زنا فرجك فعليه الحد لانه اضاف الزنا الى العضو الذي يقع به الزنا فكانه قال زنيت بفرجك. واذا قال زنيت وفلان معك فهو قاذف لهما فان قال عنيت وفلان معك شاهد لم انظر الى قوله هذا وعليه الحد وذلك لانه عطف فلانا على الضمير في قوله زنيت فاقتضى اشتراكهما في الفعل. واذا قال الرجل لامراة زنيت ببعير او بثور او بحمار او بفرس او ببرذون فليس عليه حد وذلك لانه اضاف الزنا الى من يكون منه الوطء فكانه قال وطئك حمار او فرس فلا يكون ذلك قذفا. فان قال لها زنيت بناقة او ببقرة او بشاة او بدنانير او بدراهم او بشيء من ساير الامتعة فهو قاذف لها وذلك لان الاناث لا يكون منها فعل الزنا بالانثى فكان ذلك عوضا فكانه قال لها زنيت بعوض هو حمار او بقرة. واذا قال ذلك لرجل فلا حد عليه في جميع ذلك الا ان يقول زنيت بامة. وقد قال اصحابنا ان هذا على التفصيل فان قال له زنيت بانثى كالبقرة والشاة فليس بقاذف لانه يصح ان يطأ هذا الحيوان وليس بزنا الا في الجارية خاصة. واما اذا قال زنيت بذكر مثل الحمار والفرس لا يمكن حمل ذلك على الوطء فحمل على العوض والجعل فكانه قال زنيت بعوض هو حمار. قال واذا قال الرجل لرجل يا يهودي او يا نصراني او يا مجوسي او يا ابن اليهودي او يا ابن المجوسي فلا حد عليه ويعزر وكذلك ان قال يا فاسق او يا فاجر او يا ابن الفاسق او يا ابن الفاجر وذلك لان هذا رمي بما يلحق به الشين وليس بزنا فلا يكون قاذفا الا انه رماه بامر منكر ليس عليه حد في الشريعة فعزره.

باب في التعزير

قال ابو الحسن رحمه الله قال ابو حنيفة وزفر ومحمد لا يبلغ في التعزير اربعين سوطا قال ابو يوسف عن ابي حنيفة في حر ولا عبد ولا امراة. قال ابو يوسف وكان ابن ابي ليلى يضرب في التعزير خمسة وسبعين سوطا ولا احفظ عنه تعزير العبد. وقال الحسن بن زياد التعزير ما بين ثلاثة اسواط الى خمسة وسبعين على قدر ما يرى القاضي وعلى قدر ما جنا الذي يعزر. قال ويعزر العبد ما بين ثلاثة اسواط الى خمسة وثلثين سوطا على قدر ما يرى القاضي ولا يبلغ تعزير حر حد حر ولا تعزير عبد حد عبد. وحكى الحسن عن ابن ابي ليلى يبلغ بتعزير الحر خمسة وسبعين سوطا ويعزر العبد خمسة وثلثين. اما الكلام في اقل التعزير فوجه ما ذكره الحسن ان المقصود بذلك الزجر وما دون ثلث جلدات لا يقع به الزجر. واما الكثير فلا يزاد على تسعة وثلثين عند ابي حنيفة ومحمد لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين. وروي انه قال لا يجلد اكثر من عشر جلدات الا في حد من حدود الله. ولان الاربعين حد في العبد بنقصها فلا تستوفى في التعزير كالقتل والقطع. لابي يوسف ما روي عن علي رضوان الله عليه انه قال في التعزير خمسة وسبعين فاعتبر اعلى الحدود ونقص منها فايدة في النقصان واعتبر ادنى حد الحر فيجب خمسة وسبعين وعلى هذا قال في العبد خمسة وثلثين لان ادنى جلد العبد اربعون فنقص منها خمسة. وقد روي عن ابي يوسف انه قال يقرب كل شيء من نوعه فيقرب الوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والقذف بما سوى الزنا من القذف بالزنا. ويقرب المحرم الذي ليس بخمر من حد الخمر حتى يلحق كل نوع من المعاصي بنظيره. وقالوا جميعا لا يعزر في المسجد لان المعنى المانع من اقامة الحدود في المساجد لانه لا يؤمن ان ينفصل منه نجاسة وهذا المعنى موجود في التعزير. وقال ابن رستم عن محمد يؤخذ في التعزير الكفيل ولا يحبس له حتى يسال عن شهوده ويقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وذلك لان التعزير حق لآدمي لا يسقط بالشبهة فيؤخذ فيه الكفيل كالديون ولهذا يقبل فيه شهادة النساء والرجال كما يقبل في الديون. ويصح العفو عنه لقوله صلى الله عليه تجافوا عن عقوبة ذوي المروات. وقال اقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم. ولانه حق لآدمي فيجوز عفوه عنه كعفوه عن ساير حقوقه. وذكر علي عن ابي يوسف انه قال للامام ان يعزر ما بينه وبين المائة وهذا يجوز ان يكون تقليدا لعلي عليه السلام في تجويزه التعزير بخمسة وتسعين. وقال الحسن عن ابي حنيفة لو ان رجلا قال لآخر يا فاسق او يا لص وهو رجل من اهل الصلاح لا يرمى بفسق ولا لصوصية عزر القائل. وان كان يرمى بفسق او لصوصية لم يكن على القائل شيء لانه اذا رمي لم يلحقه شين بالرمي فلم يعزر. قال فان قال لرجل يا ابن الخبيثة او يا ابن الفاسقة او قال يا ابن [illegible] بظراء وامه هيبة عزر. ولا يبلغ بضرب القائل حد لانه رمي دون [illegible] الشين بالمرمي. [illegible] انه عن ابي حنيفة لا تقبل في التعزير شهادة النساء

قال وفيها قول آخر تقبل شهادة النساء مع الرجال في التعزير ويحبس الذي وجب عليه التعزير اياما ويخلى سبيله ولا يضرب. اما ما رواه عن ابي حنيفة فوجهه ان التعزير عقوبة فلا يثبت بشهادة النساء مع الرجال كالحدود والقصاص. وقوله فيها قول آخر انما يريد بذلك مذهب نفسه لانها عادة الحبس بقول النساء ولم يضرب بها ولكنه يحبس لان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالضرب وقد يكون بهما فلم يثبت الضرب بشهادتهن واثبت الحبس الذي هو ادنى منه.

باب الحدود اذا اجتمعت ما يقام منها وما يبطل

قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد في رجل قذف قوما وزنى وشرب الخمر وسرق ثم حضروا بين يدي الامام كيف ينبغي للامام ان يصنع قال يبدا فيضربه حد القذف فاذا فرغ امر بحبسه حتى اذا برا وخف الضرب ثم هو بالخيار ان شاء بدا بحد الزنى وان شاء بحد السرقة ثم يحبسه حتى اذا برا اقام عليه الحد الآخر فاذا فرغ حبسه فاذا برا اقام عليه حد الخمر. اما البداية بحد القذف فان المطالبة لحق الآدمي وحقوق الله تعالى اذا اجتمعت مع حقوق الآدميين بدئ حكم الزنا فقدم حق الآدمي. وانما حبس حتى يبرا لان الامام لو جمع بين الحدين لادى ذلك الى التلف والحدود فيما دون النفس تستوفى على وجه لا يؤدي الى التلف. ثم الامام مخير بين البداية بحد السرقة او بحد الزنا لان كل واحد منهما ثبت لحق الله تعالى وهو ثابت بالقرآن فجريا في التاكيد مجرى واحدا ويؤخر حد الشرب عنهما لان وجوبه معلوم بالسنة فهو اضعف مما يثبت بالقرآن فكان البداية بالمتاكد اولى. وان كان مع ذلك قتل ضربه للقذف ثم ضمنه للسرقة وقتله ودرات عنه ما سوى ذلك من الحدود وكذلك ان كانت نفي وهو محصن. بلغنا نحو ذلك عن ابن مسعود وابن عباس اما حد القذف فلا يدخل في القتل لانه حق يتعلق به مطالبة آدمي فتاكد في الوجوب كما بينا حد الديون. واما بقية الحدود النفس وما دون النفس لحق الله تعالى فاذا بدا الامام بالنفس سقط ما دونها حكما. وان بدا بما دونها لم يسقط النفس والامام مامور بفعل ما يؤدي الى درء الحدود واسقاطها.

باب الحدود يرى الرجل او يسمعه او يعلمه قبل ان يستقضي هل يحكم به ام لا

قال ابو حنيفة رضي الله عنه فيما علم الحاكم وشهد عليه قبل ان يستقضي ثم استقضي واختصم اليه فانه لا يحكم فيه بعلمه انه هو شاهد فان طولب بالشهادة عند من فوقه ونفذ الحكم بشهادته مع شاهد آخر وهو في ذلك وغيره ممن ليس بقاض سواء كان من كان الحق حدا او غيره. وقال ابو يوسف ومحمد يحكم في ذلك بعلمه من غير شهادة عنده وفي جميع الحقوق والمطالبات الا الحدود فانه لا يحكم بها غير ان السرقة ان كانت قائمة بعينها في يد السارق ردها على صاحبها. وان كانت مستهلكة ضمنه اياها. اما ما علم القاضي قبل الحكم فلا يحكم به عند ابي حنيفة لانه تحمل شهادة فلا يجوز ان يجعله حكما كمن شهد على شهادة غيره ثم ولي القضاء لم يجز ان يحكم بذلك. وجه قولهما ان القاضي يجوز ان يحكم بالشهادة التي يقع له الظن بها فاذا كان قد شاهد فقد حصل له العلم فالحكم به اولى. واما اذا علم في حال القضاء فانه يحكم به الا في الحدود هذا قولهم المشهور. وروي عن محمد انه رجع حين راى تخليط القضاة وقال لا يقضي القاضي بعلمه في حد ولا غيره. وجه قولهم المشهور ان الامة اجمعت على قاض واحد في كل مصر فلو لم يقبل قوله فيما يقر به الخصوم عنده لوجب ان لا يجامعه ليشهدوا بالحق ولادى الى ذهاب اموال الناس. ولان اقوال القاضي مقبول في تزكية الشهود في مذهبه وصحة الحكم متعلق به وكذلك يقبل قوله في وجوب الحقوق. وجه قول محمد اي لو قبلت قول القاضي لقيل بقوله والقتل لا يجوز اثباته الا بقول رسول الله صلى الله عليه ولهذا روي ان رجلا اغلظ على ابي بكر الصديق فقال ابو برزة الا تامرني يا خليفة رسول الله فاضرب عنقه فقال او كنت فاعلا لو امرتك فقال نعم فقال ما كان ينبغي ذلك لاحد بعد المرسلين. واما الحدود فلا يقضي القاضي فيها بعلمه لما روي ان عمر بن الخطاب قال لعبد الرحمن بن عوف ارايت لو رايت رجلا قتل او سرق او زنا فقال ارى شهادتك شهادة رجل من المسلمين قال اصبت. وروى سفيان عن ابن ابي ذيب عن الزهري قال قال ابو بكر لو وجدت رجلا على حد من حدود الله لم احده انا ولم ادع اصحابي يكون معي شاهد غيري. ولان الحدود تجب لحق الله تعالى والقاضي خصم في استيفائها فاذا قضى بعلمه فكانه قضى بما هو خصم فيه فلا يجوز. واما تضمين السرقة فلانه حكم بمال والاموال يجوز ان يقضي القاضي فيها بعلمه في المشهور من قولهم. وما علم القاضي في غير المصر الذي يليه لم يحكم به عند ابي حنيفة ومحمد في مصره وقال ابو يوسف يحكم والخلاف فيه كالخلاف فيما علمه قبل القضاء لانه لا يملك الحكم في الموضع الذي علم فهو انما تحمل شهادة فلم يجز ان يجعلها حكما. وقال ابو حنيفة من اقر بين يديه بزنا او سرقة او شرب خمر او سكر في غير مجلس قضائه الذي يجلس فيه للناس يقضي بينهم واقر بذلك مرارا اربعا في الزنا ومرة في غير ذلك لم يرجع عنه لم ياخذه بشيء من ذلك وهذا بمنزلة رؤية القاضي له على بعض ذلك الا انه يضمنه السرقة لصاحبها وانما ياخذه به من الاقرار ما كان من اقرار عند القاضي وهو في مجلس قضائه وقد جلس لذلك وذلك لان الاقرار اذا حصل في مجلس القاضي فبنا ضرورة الى ايجاب الحد به لولا ذلك لم يقع التوثق بقاض واحد. فاما ما سمعه القاضي من الاقرار في غير مجلسه فلا ضرورة

به اليه فيصير كمشاهدته سبب الحد فاما ما لا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به مثل القذف والقصاص اذا
اقر بذلك في مجلس القاضي او في غير مجلسه اقام القاضي عليه ذلك لان هذا حق لادمي فاذا علم القاضي في حال
القاضي حكم بعلمه فيه كما يحكم في الاموال ۞ تم كتاب الحدود والله المشكور المحمود والصلوة على محمد وآله الاكرم

كتاب السرقه وقطع الطريق

قال ابو الله السرقه عبارة عن اخذ المال على وجه الاخفا لان الاخذ اذا كان على غير وجه الاخفا سمي نهبا وخلسة
فاذا كان على وجه الاخفا سمي سرقه ∴ والاصل في وجوب قطع السارق قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما وروى عن النبي صلى الله عليه انه قال لعن الله السارق يسرق البيضه فتقطع يده ∴ وروي ان سارقا رفع اليه فاقر
بالسرقه فقطعه ∴ والسرقه يعتبر فيها نصاب السارق والعين المسروقه والحرز المسروق منه والمالك للعين
المسروقه ۞ فاما السارق فيعتبر ان يكون بالغا عاقلا لان الحدود لا تجب الا مع وجود التكليف ∴ ويعتبر
في فعله ان يكون على وجه الاستخفا لان السرقه لا تكون مع الجهر ويعتبر في المكان المأخوذ منه ان يكون حرزا
لان النبي صلى الله عليه قال في حريسه الجبل غرامه مثليها وجلدات نكال ولم يوجب فيها القطع لانها ليست بحرز
ويعتبر ان يكون غير ماذون له في دخول الحرز من جهه الادمي لانه لادمي اذا اذن له في دخول الحرز خرج من
ان يكون حرزا في حقه ∴ ويعتبر في المال ان يكون جنسه لا يوجد مباحا في دار الاسلام ولا يسرع اليه
الفساد ولا يكون فيه شركة ولا شبهه ويعتبر في المسروق منه ان يكون له يد صحيحه في المال وان لا يكون
بينه وبين السارق رحم كامل ولا زوجيه والكلام في تفصيل هذه المسائل يجي فيما بعده ۞ واما محل القطع فهو
مفصل الزند وقالت الخوارج من المنكب ∴ ومن الناس من قال الاصابع ∴ لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه قطع السارق من مفصل
الزند ∴ وهذا بيان للمراد بالايه واليد التي يتعلق بها القطع هي اليمنى كما قري في قراه ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وروي
النحاس عن ابن عباس في قوله تعالى والسارق والسارقه فاقطعوا ايديهما قال ايمانهما ∴ وكذلك روي عن الحسن وابرهيم
ولا خلاف في ان القطع يبتدا به في اليمنى وهذا اذا كانت اليسرى صحيحه والرجل اليمنى صحيحه يمكن الانتفاع بهما
اذا قطعت اليد اليمنى ∴ فان كانت اليمنى متى قطعت لم ينتفع بيده اليسرى او لم ينتفع برجله اليمنى ∴ قال اصحابنا اذا
كانت اليد اليسرى مقطوعه او شلا او مقطوع منها الابهام او اصبع غير الابهام لم يقطع اليمنى لانها متى قطعت واليسرى
على هذه الحاله بطل الانتفاع باليدين جميعا ومنفعه الجنس لا يجوز ان يستوفي بالسرقه كما لا يجوز ان يقطع اليدين ۞
وعلى هذا اذا كانت الرجل اليمنى مقطوعه او شلا او بها عرج يمنع المشي عليها او اكثره لم يقطع الرجل اليسرى لانها
تبطل مشيه فيودي ذلك الى ابطال منفعه الجنس ۞ وقد استدل على ذلك بعدولهم عن قطع اليسرى
اذا كانت اليمنى مقطوعه الى الرجل فلو كان القطع متعلقا باليسرى لم يعدلوا عنها وهي منصوص عليها بقوله تعالى
فاقطعوا ايمانهما بعموم الايه في غير قراءه ابن مسعود الى ما مضى عليه ۞ ولان قطع الرجل اليسرى اخف ضررا
على السارق من قطع يده اليسرى او رجله اليمنى لان قطع اليسرى يذهب بمنافع اليدين جميعا وقطع الرجل اليمنى يمنع
المشي كله ومع قطع الرجل اليسرى يعد يمناه ما ينتفع ببعض منافع يديه وبعض منافع رجله ∴ و لهذا عدل
الى قطع الرجل اليسرى ∴ و لهذه العله لما اوجب الله تعالى في المحارب من قطع اليد والرجل قطعت اليد
اليمنى والرجل اليسرى في دفعه واحده ∴ ولا قطع عندنا في اليد اليسرى على حال و انما تقطع اليد اليمنى ابتدا
ثم الرجل اليسرى ثم يعزر بعد ذلك ويحبس وقال الشافعي في المره الثالثه يقطع يده اليسرى ∴ وقد روى عبد الله
بن سلمه ان عليا رضوان الله عليه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به الثانيه قد سرق فقطع رجله ثم اتي الثالثه وقد
سرق فقال اقطعه ان قطعت يده باي شي ياكل باي شي يتمسح وان قطعت رجله باي شي يمشي اني لاستحي من
الله فضربه بخشبه وحبسه ∴ وروى عبد الرحمن بن عائذ قال اتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه برجل اقطع اليد
والرجل قد سرق يقال له سدوم فاراد ان يقطعه فقال له علي رضوان الله عليه انما عليه قطع يد ورجل فحبسه عمر ولم
يقطعه ∴ ولان استيفا منفعه الجنس لا يجوز في السرقه كالقتل ۞ ولان السرقه اذا تكررت ضعف حكمها
ولهذا لا تستوفى بها في المره الخامسه شي من الاطراف فاذا لم يجب قطع اليد اليسرى في المره الثانيه ففي الثالثه
اولى ۞ قال واذا سرق الرجل و يمناه شلا او مقطوعه الابهام او الاصابع فانها تقطع وذلك لانها لو كانت
كامله قطعت فاذا كانت ناقصه اولى ۞ ولان العدول عن اليد اليمنى في الدفعه الاولى لا يجوز كما لو كانت
صحيحه ∴ قال واذا سرق بعد قطع يده ورجله حبس وضرب لان القطع لما سقط لم يبق الا الزجر بالضرب
والحبس ۞ قال ابن رستم عن محمد يتجاوز به ويستودع السجن حتى يحدث توبه و هذا صحيح لان الفعل
المنكر لا بد له من زجر فاذا سقط الزجر بالقطع لم يبق الا الزجر بالحبس والضرب ۞

باب القدر الذي يقطع فيه السارق

قال اصحابنا رحمهم الله لا يقطع السارق في اقل من عشره دراهم او ما قيمته عشره دراهم وروي عن ابي هريره وابي سعيد
[illegible] الا فيما قيمته اربعين درهما وقال عكرمه اربعه او خمسه وقال مالك ثلثه دراهم وقال الشافعي

ربع دينار ∴ وحكى محمد عن الحسن البصري انه يقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج ∴ واما الدليل على تعلق
القطع بمقدار مقدر فلحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن عبد الله بن عمرو ان رجلا اتى رسول الله صلى الله عليه فقال يا رسول الله
كيف ترى في حريسه الجبل قال هي ومثلها والنكال فاذا جمعها المراح ففيه قطع اليد فيما بلغ المجن ∴ وروي ان
رجلا من مزينه سال رسول الله صلى الله عليه عن ضاله الابل فقال معها حذاوها وسقاوها ترد الماء وتاكل الشجر
حتى ياتي داعيها ∴ وسيل عن الحريسه التي توخذ من مراعيها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب ونكال ∴ وما اخذ من اعطانه
ففيه القطع اذا بلغ ثمن المجن ۞ وروى هشام بن عروه عن ابيه قال كانت لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه
الا في ثمن المجن فهذا يدل على ان القطع يتعلق بمقدار ۞ وعن عايشه قالت كان لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلم
في الشي التافه ۞ ولان الحدود تجب بالمقصود من كل نوع ولهذا وجب حد الزنا بالوطي في الفرج وحد
القذف بالقذف بالزنا خاصه والقدر اليسير ليس بمقصود بالسرقه فلا يجب فيه القطع واذا ثبت ان القطع
لا يجب الا في مقدر فالدليل على اعتبار العشره ان النبي صلى الله عليه علق القطع بالمجن فلا يخلو اما ان يكون علقه
بمجن معين او بمجن مجهول ولا يجوز ان تعلقه بمجهول لاختلاف قيم المجان وكلامه خرج مخرج البيان ∴ ولا يجوز
ان يبين بما ليس بمعلوم ∴ وقد روى عطا بن ابي رباح ومجاهد عن ايمن ابن ام ايمن قال كان قيمه المجن الذي
يقطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه عشره دراهم وكذلك قال ابن عباس وهذا بيان منهما لان القطع تعلق بمجن
معين ∴ وقد اختلف الصحابه في تقويمه فكل من اثبت الزياده في القيمه اولى الا ترى ان من استهلك عينا فاختلفت
الشهود في قيمتها كان شهاده من شهد بزياده القيمه اولى ممن شهد بنقصانها ∴ ولان من روي عنه اقل من
عشره قوم المجن مطلقا ولم يقل على عهد رسول الله صلى الله عليه وابن عباس وايمن ذكرا القيمه على عهد رسول الله صلى الله عليه
وقد كان السلاح بعده كثيرا فيجوز ان يكون نقصت قيمته ۞ وقد روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال
رسول الله لا قطع في اقل من عشره دراهم ∴ وروى ابن لهيعه عن عمرو بن شعيب قال دخلت على سعيد بن المسيب
فقلت هولا اصحابك عروه بن الزبير ومحمد بن مسلم بن شهاب يقولان ان ثمن المجن خمسه دراهم فقال ليس لهم قول
اما هذا فقد مضت سنه رسول الله صلى الله عليه عشره دراهم ∴ وروى القسم بن عبد الرحمن ان عمر اتي بسارق فسرقه
فبلغ قيمه الثوب ثمنيه دراهم فلم يقطعه ∴ وروي انه امر به ان يقطع فقال له عثمان ما يساوي سرقته عشره دراهم
قال فقومت فبلغت خمسه دراهم او قال ثمنيه دراهم فلم يقطعه عمر رضي الله عنه وهذا يدل على اتفاقهما على ان
القطع مقدر بعشره دراهم ∴ ولان ما لا يتقدر به اقل المهر لا يتقدر به نصاب القطع كما دون ربع دينار ۞ ولان كل
مقدار اختلف في تعلق القطع به لم يتعلق به القطع كالسبعه ۞ واما حديث الزهري عن عمره عن عايشه ان النبي عليه السلم
قال القطع في ربع دينار فحديث انكره اهل العلم وخالف الاثبات الثقات الزهري في رفعه الى النبي عليه السلم ووقفوه
على عايشه ∴ ومنهم من انكر ان تكون عايشه قالته على هذا اللفظ بين ذلك ما روي عنها انها قالت كان لا يقطع
على عهد رسول الله صلى الله عليه الا في ثمن المجن وكيف يجوز ان يكون معها قدرا مقدرا وسكتت عنه ∴ وروي ثمنه شي
مختلف في تقويمه وقد روي عن يحيى بن سعيد ان عبد الرحمن بن القسم سمع رجلا يروي هذا الحديث عن عايشه
عن النبي عليه السلم فاخذ كفا من حصا فاهوى به اليه وقال انما هو عن عايشه فقط واما صفه الدراهم التي تعتبر
منها عشره دراهم فقد ذكر ابو الحسن انه يعتبر عشره دراهم مضروبه هكذا رواه بشر بن الوليد عن ابي يوسف
قال وروى ابن سماعه عن محمد فيمن سرق عشره دراهم تبرا قال لا يقطع حتى يكون قيمتها عشره دراهم مضروبه ۞
وروى الحسن عن ابي حنيفه في السارق اذا سرق عشره دراهم فيما بين الناس قطع وهذا يقتضي ان يقطع في
المضروبه وغير المضروبه اذا جازت بين الناس ۞ والوجه في ذلك ان النصاب اذا تعلق بمبلغ من
الدراهم استوى فيه المضروب وغير المضروب كنصاب الزكوه ۞ ولان التقويم للمجن لما وقع بعشره والدراهم
التي تقوم بها هي التي يتعامل بها الناس يتعاملون بالصحاح وغيرها في سائر الاعصار ∴ وجه قولهما ان التبر
ناقص القيمه عن المضروب فصار كالناقص من طريق الوزن ∴ ولانه لما احتمل ان يكون التقويم وقع بالصحاح
واحتمل الصحاح وغيرها لم يجز اثبات القطع بالشك ∴ وقد قالوا تعتبر عشره دراهم وزن سبعه لان اطلاق الدراهم
انما يتناول ذلك بدلاله نصاب الزكوه ومقادير الديات ∴ ولان الدراهم كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه صغارا
وكبارا فاذا جمع كل اثنين كانا درهمين وزن سبعه فكانه هنا هو الوسط من المقادير ۞ قال ولا يقطع السارق
حتى يكون قيمه ما سرق يوم سرق عشره دراهم ويوم يقطع عشره فتكون القيمه كذلك في الوقتين ∴ وجمله
هذا ان العين المسروقه اذا كانت كامله في وقت الاخذ ثم نقصت بعد ذلك فاما ان ينقص قيمتها او
عينها فان نقصت عينها لم يسقط القطع عن السارق في قولهم لانها نقص من عينها بعد الاخذ مضمون على
السارق و القطع يتعلق بالعين المسروقه اذا تلف جميعها في ذمته بالاستهلاك فكذلك اذا تلف بعضها في
ذمته وليس هذا كما لو نقصت العين في الحرز بفعله لان النقص ثابت في ذمته ولا قطع في العين لانه لم
ينفصل من الحرز وبين ما في ذمته فلم ينفصل من الحرز عين كامله وان كان الضمان تاما وفي مسئلتنا
انفصل من الحرز عين كامله فوجب ضمانها بعد ذلك في الذمه او وجوب بعضها لا يسقط القطع ۞
واما اذا انتقص من طريق السعر فان القطع يسقط ∴ وروي عن محمد انه لا يسقط وهو قول الشافعي

لنا ان نقصان السعر صفة للعين قد جعلت كالموجود في حال الاخذ بدلالة سقوط ضمانها عن السارق وان كان هذا النقص موجودا عند الاخذ لم يجب القطع فكذلك اذا صار صفة السعر في حكم الموجود عند الاخذ وليس كذلك نقصان العين لان هذه الصفة لم تجعل كالموجود في حال الاخذ بدلالة ان ضمانها لا يسقط عن السارق فلذلك لم يؤثر في اسقاط القطع.
قال واذا سرق في بلد ووجد في بلد اخر القيمة فيه انقص لم يقطع حتى تكون القيمة في البلدين جميعا عشرة دراهم وذلك لما بينا ان حال القيمة معتبرة من وقت الاخذ الى حال القطع فاذا انتقصت في احدى الحالتين او فيما بين ذلك سقط القطع.
قال فان كان النقصان لشي دخل في نفس العين بعد اخذها قطع وذلك لما بينا ان نقصان العين ثبت في الذمة فاذا حصل بعد الاخراج من الحرز لم يسقط القطع.

باب معرفة الحرز

قال والحرز عند اصحابنا جميعا ما بني للسكنى وحفظ الاموال من الامتعة وما في معناها وكذلك الفساطيط والمضارب والخيم التي يسكن الناس فيها ويحفظون امتعتهم بها وكل ذلك يكون حرزا وان لم يكن فيه حافظ. قال ابو بكر رحمه الله وجملة هذا ان البقعة تكون حرزا باحد امرين اما ان تكون معدة للاحراز كالدور والدكاكين والخيم والفساطيط والخزائن والصناديق او يكون البقعة حرزا بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فاذا كانت البقعة في نفسها حرزا لم يحتج في وجوب القطع الى حافظ لان الاخذ حصل من الحرز وان لم تكن في نفسها حرزا فلا بد من الحافظ لان ما فيها يصير في اعتبار الحرز في وجوب القطع قوله صلى الله عليه في حريسة الجبل فيها غرامة مثلها وجلدات نكال فاذا اواها المراح ففيها القطع. وقال صلى الله عليه لا قطع في ثمر ولا كثر حتى ياويه الجرين فاذا اواه المراح ففيها القطع فدل على اعتبار الحرز في وجوب القطع. ولان الحدود يجب في المقصود من كل نوع والمقصود في السرقة الاخذ من الحرز دون غيره فيختص القطع به. وانما قلنا ان البيوت والدور والخيم حرز بغير حافظ لقوله عليه السلام فاذا اواها المراح ففيها القطع فاوجب القطع بحكم الحرز ولم يفصل. والدليل على ان البقعة التي لم تعد للحرز تكون حرزا بالحافظ ما روي ان صفوان نام في المسجد وتوسد رداءه فسرقه رجل من تحت راسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه. وقال اصحابنا انما كان حرز النوع فهو حرز لكل نوع وجعلوا شريجة البقال حرزا للجوهر وقال الشافعي اعتبر في كل شي حرز مثله وهذا ليس بصحيح لان البقال قد يحرز خلف شريجته الدراهم والدنانير ويقصد بذلك احرازها. ولهذا المعنى قال اصحابنا لا قطع على النباش لان القبر ليس بحرز للكفن فلم يكن حرزا للكفن. قال وسوا سرق من ذلك وهو مفتوح الباب او لا باب له اذا احرز بالبنا لان الذي يقصد بها الاحراز وان فتح بابها فاذا قصد بها الاحراز تعلق بهتكها القطع فاما المكان الذي لم يوضع للحرز فيعتبر فيه الحافظ على ما بينا اذا كان الحافظ قريبا منه في مكان يمكنه حفظه لانه اذا بعد فليس بحافظ فلم يصر ما في الموضع محرزا. قال وسوا كان الحافظ نايما في ذلك الدكان او مستيقظا لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين ولان صفوان كان نايما فقطع النبي عليه السلام سارق الردا منه.
قال وما ذكرت لك انه محرز بالابنية وان لم يكن له حافظ فانه اذا اذن في دخوله فسرق هذا الماذون له في الدخول شيا منه لم يقطع فلا يكون محرزا منه على وجه من الوجوه وان كان فيه حافظ لما فيه او كان صاحب المنزل نايما على شي منه وذلك لان الماذون له في دخول الحرز قد خرج من ان يكون حرزا في حقه بالاذن له في الدخول والاخذ من غير حرز لا قطع. ولانه اذا صار في حكم اهل الدار بالاذن فهو خاين فيما ياخذ وقد قال صلى الله عليه لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خاين. وكذلك ان سرق من بعض بيوت البيوت وهو مقفل عليه اذا كان البيت من جملة الدار الماذون فيها لان الدار الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن في حقه من جملة الحرز فكذلك بيوتها. والذي روي ان اسودا بات عند ابي بكر الصديق وسرق حليا لهم فقطعه فيجوز ان يكون سرق من دار النسا والدارين المختلفين اذا اذن له في دخول احدهما لم يسقط عنه القطع فيما ياخذ من الاخرى. قال فاما ما كان من هذه الابنية يدخل اليه بلا اذن ما ذن فيه اذا شا ويمنع منه اذا شا فان هذا والبنا والصحرا والبرية بمنزلة واحدة سوا كان محرزا بحافظ يحفظ ما فيها بما او يقظانا اذا كان بمكان يحفظ في مثله المسروق وهذا الضرب مثل المساجد وذلك لانه ليس لاحد حق المنع من المساجد والطرقات فلا يكون حرزا الا بالحافظ. قال الفضل بن غانم سمعت ابا يوسف قال في رجل كان في حمام او خان وثيابه تحت راسه فسرقها سارق قال لا قطع عليه وكذلك ان لم يكن نايما وكان يقظانا. وان كان في صحرا وثوبه تحت راسه قطعته. وقال ابن رستم عن محمد في رجل سرق من حمام رجل وهو معه في الحمام او سرق رجل وهو معه في سفينة او نزل قوم في دار فسرق بعضهم من بعض فلا قطع على السارق. وكذلك الحانوت وذلك لان الحمام والحانوت حرز بانفسهما فاذا اذن للادمي في دخولها خرجت من ان تكون حرزا فلم يجب القطع وان كان عندها حافظ لانهما كانا حرزا بنفسه ولا يجوز ان يصير حرزا بالحافظ واذا سقط حكم الحافظ بقي الحرز بالحمامي والبيت فالاذن في الدخول يسقط القطع ولهذا قال فيمن سرق من الحمام ليلا انه يقطع لانه لم يوذن للناس في دخوله ليلا فاما المسجد والصحرا وان كان ماذونا في الدخول فليست حرزا بانفسها وانما تصير حرزا بالحافظ ولم يوجد من الحافظ اذن له ... يعني الحرز فلذلك وجب القطع. وقد قالوا في السارق من المسجد لما عنده حافظ يقطع

وان لم يخرج من المسجد لان البقعة التي فيها الحافظ بنفسها هي الحرز لا المسجد فاذا انفصل وقد بان عن الحرز فقطع. واما الدار وبناوها هي الحرز فما لم يخرج منها لم يلزمه القطع. وقال ابن رستم عن محمد لو سرق رجل من حانوت في السوق وقعد فيه للبيع واذن للناس في دخوله لم يقطع السارق منه وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شي لم يقطع السارق وذلك لانه لما اذن في دخول الحانوت اخرجه من ان يكون حرزا فلم يقطع وان اخذ من بيت منه وكذلك لو كان فيه صندوق مقفل فسرق منه لان الموضع ليس بحرز في حقه لمكان الاذن. وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل بارض فلاة معه جوالق وضعه ونام عنده يحفظه فسرق منه رجل شيا او سرق الجوالق فاني اقطعه وذلك لان الجوالق محرز بالحافظ فسوا اخذ جميعه او اخذ بعضه. قال وكذلك اقطعه اذا سرق فسطاطا ملفوفا قد وضعه رجل ونام عنده يحفظه وذلك لان الفسطاط حرز في نفسه فقد اخذ نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فسارقه كسارق باب الدار. وليس كذلك اذا كان ملفوفا لانه خرج من ان يكون حرزا فصار محرزا بالحافظ فوجب فيها القطع كالثياب الملفوفة اذا كانت في الدار فسرقها سارق.

باب كيف يصح الاخذ من الحرز

قال واذا دخل السارق حرزا فاخذ منه متاعا فحمله او لم يحمله حتى عثر عليه وهو في الحرز قبل ان يخرجه فلا قطع عليه في قولهم وذلك لان القطع يجب باخراج المال من الحرز لانه المقصود وهذا النوع من الحدود اذا وجبت وجبت بالمقصود ولان غرض السارق ليس هو ثبوت يده على المال وانما غرضه اخراج المال فما لم يفعل ذلك لم يوجد الغرض بالفعل فلا يتعلق به الحد. قال وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل ان يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لانه لما القاه ثم ظهر عليه فلم تثبت يده عليه عند الخروج من الحرز والقطع يتعلق بثبوت يد السارق على المال عند انفصاله. قال وان لم يظهر عليه حتى خرج فاخذ ما كان رمى به خارج الحرز قطع في قولهم جميعا وروي عن زفر انه قال لا قطع عليه. لنا انه اذا القى المتاع فيده ثابتة عليه بدلالة ان من القى متاعه في الطريق فهو في حكم يده ما لم تثبت عليه يد اخرى واذا خرج من الحرز والمسروق في يده من طريق الحكم وجب عليه القطع كما لو كان في يده من طريق المشاهدة ولهذا قال ابو حنيفة ان من وجد لقطة في الطريق فاخذها ثم ردها الى مكانها برئ منها لانه جعل تلك البقعة كيد المالك في باب جواز الرد اليها. وجه قول زفر انه انفصل من الحرز وليس المال في يده فصار كما لو تناوله غيره. قال فان كان رمى به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه الذي رمى به اليه فلا قطع على واحد منهما. اما الخارج فلانه لم يهتك الحرز فلا يلزمه قطع. واما الداخل فلانه خرج والمال ليس في يده الا ترى ان ثبوت يد الخارج على المال يزيل يد الداخل عنه فلذلك لم يلزمه قطع. قال فان كان ناوله صاحبه فناوله من وراء الجدار فاخذه لم يخرج هو به فان ابا حنيفة قال لا قطع على واحد منهما وقال ابو يوسف ومحمد يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز. اما ابو حنيفة فقال ان الخارج لم يهتك حرمة الحرز الهتك المقصود فلا يجب عليه قطع. واما الداخل فقد انتهى عن الحرز ... اول ثبوت اليد الدائمة عليه فلا يعمل من الحرز ولا بد له فيه فلا يقطع. وجه قولهما ان يد الباقي قائمة مقام يد الاول في الاخراج والاستيلاء فكانه خرج والشي بيده الى الحرز فاخذها من الداخل فلا قطع على واحد منهما في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اقطعهما جميعا لابي حنيفة ان الخارج لم يهتك الحرز الهتك المقصود لان هتك الحرز بان يدخل فلم يلزمه القطع. واما الداخل فقد انفصل من الحرز ولا يد له على المال فلا يقطع. لابي يوسف ان اداء ... اليد عنه يتعلق به القطع لو لم يكن هناك متناول على ما بيناه فصار هو السارق فوجب عليه القطع والاخر متناول له في السرقة لان يده قائمة مقام يده فيما تناوله فيقطع. قال ولو ان نقب هذا الرجل دارا فدخل اليه فسرق سرقة تساوي عشرة دراهم فلا قطع عليه في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الاول اقطعه ... ادخل الحرز او لم يدخل ... في الجامع الصغير هذه المسالة ... والخلاف في الاملا. وجه قولهما ما روي عن علي انه قال اذا كان اللص ظريفا لم يقطع قيل وكيف يكون ظريفا قال ... الى الدار ويمكن دخولها فيتناول ... المقصود من هتكها والحدود بما يتعلق بالمقصود دون غيره. وليس كذلك ما اذا ادخل يده في الصندوق الصغير فسرق منه لان ذلك الحرز لا يمكن هتكه بالدخول فكان الهتك المقصود منه ادخال اليد فيتعلق القطع به. لابي يوسف ان هذا الفعل لما تعلق به وجوب القطع في بعض الاحراز وهو صندوق الصيرفي والجوالق تعلق به في سائرها. قال ولو ان لصوصا دخلوا منزل رجل فسرقوا سرقة فحملها منهم رجل او رجلان حتى اخرجوها من المنزل فانهم جميعا يقطعون والاصل فيه عندنا ... بعضهم دون بعض. وذكر ابن سماعة هذه رواية ابن رستم والجامع الصغير والاصل ولم يذكر خلافا وذكر في الاملا عن الحسن بن زياد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال والقياس ان لا يقطع الا الذي اخرج المتاع. واخذ بالاستحسان فانهم يقطعون جميعا وجه

القياس ان الحامل للمتاع هو المباشر والباقون مكنوه من الفعل والحد يجب على المباشر دون المعين والممكن كحد الزنا والشرب
وجه الاستحسان ما بينا ان الحدود تتعلق بالمقصود من كل نوع ومقصود السراق ليس هو الحمل وانما هو التمكين وهتك
الحرز بدلالة ان الحمل يتفرد به اصاغرهم دون اكابرهم والحد يجب بحصول المقصود من النوع ؛ وليس كذلك حد الزنا والشرب
لان الحامل من جملة السراق حامل لهم فكانهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى اخرجوه من الحرز وجب القطع عليهم جميعا
ولان هذا حكم يتعلق باخذ مال يحتاج فيه الى المعاونة في الغالب فاستوى فيه المعين والمباشر كالغنيمة ٭ وقال
في الاصل لو كانا اثنين نقبا البيت ثم دخل احدهما واستخرج المتاع فلما خرج به الى السكة حملاه جميعا قال ان عرف
الداخل بعينه قطع الداخل ودرئ الحد عن الاخر عند ابي [illegible] ؛ فان لم يعرف الداخل لم يقطع واحد منهما ويعزران
وذلك لان الداخل هو الذي فصل المتاع من الحرز فصار سارقا والاخر انما حمله بعد تمام الفعل فلم يجب عليه حد
الا انه عاون على المعصية وذلك امر منكر لا حد فيه فيعزر ؛ فان لم يعرف الداخل منهما فلا حد على واحد
منهما لانه لم يتعين من وجب عليه الحد فلم يجز ايجاب الحد على مجهول ويعزران لان كل واحد منهما فعل منكرا
لم يستوف الحد منه ٭ قال ولو نقب بيت رجل فدخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق منه متاعه والمتاع يساوي الفا
او اكثر فانه يقطع وذلك لان السارق هو اخذ المال من الحرز على طريق الاستخفاء فمن فعل هذا ليلا فهو مستخف
من الناس وان لم يستخف من المالك لان الغوث لا يلحق بالليل فصار معنى السرقة موجودا في فعله فيقطع ٭
وليس كذلك اذا كابره في الطريق بالكوفة نهارا وذلك لانه هذا ليس باستخفاء الا ترى ان الغوث يلحق في مثله
فلم يوجد معنى السرقة فيه ٭ قال ومن سرق ثمرا في نخل او شجر معلقا فيه فلا قطع عليه في قولهم جميعا ٭
لما روى رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه قال لا قطع في ثمر ولا كثر حتى ياويه الجرين قال محمد الثمر ما كان في الشجر
ولانه غير مستخف في الشجر فصار من جملة ما يسرع الفساد اليه فلا يقطع فيه ؛ ولا يقال ان النبي عليه السلام
اسقط القطع في الثمر لان ثمار المدينة غير محرزة وذلك لان عموم اللفظ يقتضي المحرز وغير المحرز ٭ قال وان
جذ من النخل والشجر ثم جعل في الجرين ثم سرقه سارق قطع لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر حتى ياويه
الجرين فاذا اواه الجرين وبلغ ثمن المجن ففيه القطع وهذا محمول عندنا على انه جذ بعد ما استحكم جفافه
وصار فيما يبقى ولا يسرع الفساد اليه ؛ قال وكذلك حنطة في سنبل لم يحصد لان الحنطة التي لم تحصد
في حكم الثمر المعلق ٭ ولانه لم يستحكم قبل الحصاد وما لم يستحكم من الحبوب لم يكمل معنى المالية فيه
قال وكذلك ان كان عليه حائط قد استوثقوا منه وقد احرزوه فسرق ما يساوي عشرة دراهم ولا قطع عليه
بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر وذلك لان المعنى الموجب لسقوط القطع ليس
هو عدم الحرز وانما هو عدم الاستحكام ونقصان معنى المال فيه وانما ذكر رسول الله عليه السلام الجرين لان
الثمار لا تحصل فيه العادة الا بعد استحكامها ؛ وقال ابن رستم عن محمد الثمر ما كان في روس النخل والكثر الجمار ؛
قال ولو سرق من المرعى شاة او بعيرا او بقرة لم يقطع وان سرقه من العطن او المراح الذي ياوي اليه قطع
وذلك لقوله صلى الله عليه في حريسة الجبل غرامة مثليها وجلدات نكال فاذا اواها المراح وبلغت ثمن المجن
ففيه القطع ؛ ولان المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ وانما تجعل للرعي والاخذ من غير حرز لا يتعلق به
القطع ٭ قال ولو سرق النخلة باصلها والشجرة باصلها من البستان وهي تساوي عشرة دراهم فلا
قطع في شيء من هذا وذلك لان هذا يوجد جنسه مباحا تافها في دار الاسلام فلا يتعلق به قطع
على ما بيناه ؛ وقد روى حماد بن زيد عن يحيى بن سعيد عن محمد بن حبان ان غلاما لعمه واسع بن حبان سرق
وديا من ارض جار له فغرسه في ارضه فرفع الى مروان فامر بقطعه فاتى مولاه فذكر ذلك له فقال لا قطع
عليه فقال تعال معي الى مروان فجاءه فحدثه ان رسول الله صلى الله عليه قال لا قطع في ثمر ولا كثر ؛ وقد
روي ان رافع بن خديج روى هذا الخبر لمروان فاسقط عنه القطع ؛ فاذا لم يجب القطع في الودي وهو صغار
النخل لم يجب في كباره ؛ قال فان حصد الحنطة وجذ الثمر وجعل ذلك في حظيرة عليها باب فسرق
رجل منها ما يساوي عشرة دراهم قطع ؛ وان سرق منها بعد ان حصدت او جذت وهي في الصحرا وليس
معها من يحفظها فلا قطع عليه وان كان صاحبها نائما عليها يحفظها قطع السارق وذلك لان الثمر ما لم يجذ
والحنطة ما لم تحصد لا يجب القطع فيها لما بيناه فلا معتبر بالحرز ؛ فاذا احرزت بعد استحكامها وحصدت
الحنطة بعد استحكامها فقد صارت على صفة يتعلق بها القطع ؛ وان كانت محرزة بالمكان او بالحافظ قطع سارقها
والا لم يقطع لعدم الحرز ؛ قال وان المسافر بالصحرا اجمع متاعه وبات عليه فسرق منه ما يساوي عشرة دراهم فانه
يقطع السارق لان الموضع صار حرزا بالحافظ ؛ قال وكذلك ان كان المتاع في جوالق على ظهر بعير او دابة فشقه فسرق
منه ما يساوي عشرة دراهم فانه يقطع السارق وذلك لان الجوالق على ظهر البعير حرز لما فيه والاخذ من الحرز يوجب
القطع ؛ قال فان سرق الجوالق كما هو فلا قطع عليه وكذلك ان سرق الجمل مع الجوالق فلا قطع عليه لان الجمل
لا يوضع على الجمل للاحراز وانما يوضع عليه للحمل فاذا اخذه فقد اخذ نفس الحرز وليس الحرز كمن سرق باب
الدار ؛ وليس كذلك اذا شقه واخذ ما فيه لان ما فيه محرز به والاخذ من الحرز يتعلق به القطع ٭ قال
لا قطع على النباش فيما اخذ من القبر في قول ابي حنيفة ومحمد لانه سرق من غير حرز ؛ ولانه لا مالك للكفن ٭

وقال ابو يوسف يقطع النباش ووجه قولهما ما روي عن الزهري قال اخذ نباش في زمن مروان بالمدينة فاجمع
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وهم متوافرون ان لا قطع عليه ؛ ولان اسم السارق لا يتناوله الا ترى ان العرب افردته
باسم والحد انما ورد في السارق فلو الحقناه بمن لا يتناوله الاسم اوجبنا الحد بالقياس وهذا لا يجوز ٭
ولان الكفن ليس بمملوك الا ترى ان الميت لا ملك له ولا يضاف اليه الكفن ولا يجوز ان يكون على ملك الورثة
لانه يستحق عليهم كما يستحق الدين والوصية ؛ وكما ان الدين اذا قضي والوصية اذا نفذت لم يبق على حكم
ملكهم فكذلك الكفن واذا لم يكن لهما مالك معين صار كمال بيت المال ؛ ولانه ليس بحرز الا ترى انه لو سرق
من القبر الدراهم والدنانير لم يقطع ؛ وكل بقعة لو سرق منها الدراهم والدنانير لم يقطع اذا سرق منها الثياب
لم يقطع كالحمام ؛ ولان الكفن لا يقصد احرازه في الارض الا ترى ان الثياب تبلى في الارض وتتلف واذا لم يقصد
احرازه والسرقة من غير حرز لا يتعلق بها قطع ٭ ووجه قول ابي يوسف انه اخذ مالا من حرز مثله من غير
شبهة كما لو اخذه من البيت ٭ قال ولا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه
انه قال لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن وروي عن علي رضوان الله عليه انه سئل عن المختلس والمنتهب
فقال تلك الدعابة لا شيء فيها ؛ ولان اسم السارق لا يتناوله فلم يجز ان يلحق بالنوع الذي ورد فيه الحد ٭
ولا سارق من ذوي الرحم المحرم وقال الشافعي يقطع السارق ممن لا ولاد بينه وبينه ؛ لنا قوله تعالى ولا على انفسكم
ان تاكلوا من بيوتكم الاية فاباح الاكل من هذه البيوت فصارت الاباحة شبهة في الدخول فمنعت القطع ٭
ولا يقال انه في الاية قال او صديقكم والسارق من صديقه يقطع لانه اذا سرق منه خرج من ان يكون صديقه
فلم يوجب عليه القطع مع وجود السبب المبيح ؛ ومن سرق من اخيه لم يخرج من ان يكون اخاه ؛ ولان بينهما
رحما كاملا كالوالدين والولد ؛ ولان من اصلنا انه يثبت له في ماله من النفقة عند الحاجة كما تثبت للوالدين في مال
الولد ٭ قال ولا يقطع على زوج سرق من زوجته ولا على امراة سرقت من زوجها وقال الشافعي ان سرق احدهما
من الاخر من البيت الذي هما فيه فلا قطع وان سرق من بيت اخر قطع ؛ لنا ان بينهما سببا يوجب التوارث
من غير حجب كالوالدين والولد ٭ ولان كل واحد منهما له تبسط في مال الاخر في العادة كما يتبسط في مال الولد
فمنع ذلك من وجوب القطع ٭ قال وكذلك ان كانت بانت منه فسرق واحد منهما من صاحبه وهي في
العدة من ثلث تطليقات كانت تعتد او غير ذلك من الفرق وذلك لان العدة من احكام النكاح واحكام النكاح
اجريت مجرى نفس النكاح في بعض الاحكام والحدود تسقط بالشبهة فصارت العدة شبهة في سقوط القطع ٭
قال ولا قطع على خادم القوم ان سرق متاعهم ولا ضيف سرق متاع من اضافه ولا اجير سرق من موضع
ماذون له في دخوله ؛ وكذلك ان كان في موضع لا يدخل اليه اذا كان المتاع فيما هو ماذون له في التصرف
فيه وذلك لان الاذن في دخول الحرز يخرجه من ان يكون حرزا في حق الماذون له والسارق من غير
حرز لا يقطع ؛ فاما الاجير اذا اخذ المتاع الماذون له في اخذه فالاذن له شبهة في الاخذ وذلك يسقط
القطع ؛ ولان الاذن في التصرف في المال اكد من الاذن في دخول الحرز ٭ قال واذا اجر الرجل داره من
رجل فسرق المواجر من المستاجر او المستاجر من المواجر وكل واحد منهما في منزل على حدة فانه يقطع
السارق منهما رواه بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ؛ وقال في الاملا عن ابي يوسف اذا سرق من
المستاجر قال لا اقطعه [illegible] لان الدار له ٭ فان كانت الدار بعضها لصاحبها وهو في حجرة
منها واجر حجرة اخرى منها من رجل ثم ان المستاجر نقب على رب الدار قال هو سواء [illegible] في قطع صاحب
البيت فيه القطع قطع ؛ ورواه [illegible] عن ابي حنيفة هكذا [illegible] على لفظ واحد اما
ما سرقه المستاجر من المواجر ففيه القطع في قولهم اذا كان في بيت مفرد له لانه لا شبهة له في الحرز
ولا في المال ؛ فاما ما سرقه المكري من المستاجر ففيه القطع عند ابي حنيفة لان المستاجر احق بالحرز
من المالك الا ترى ان المالك يمنعه من دخوله فصار المواجر كالاجنبي ؛ ولان شبهته في الحرز دون
من شبهة السارق من المسجد الا ترى ان له حقا فيه وليس لاحد منعه من دخوله والاجير [illegible] وهو
ممنوع من الدخول فاذا كان حق السارق في المسجد لا يسقط القطع فحق المواجر اولى ؛ ووجه
قوله ان له ملك الحرز شبهة في درء الحد كمالك المال ؛ ولان الملك في الحرز اكثر من الاذن في
دخوله فاذا سقط الحد بالاذن في الدخول فالملك اولى ٭ قال واذا كانت في الدار بيوت فدخلها سارق
واخذ من بعض البيوت شيا قيمته عشرة دراهم فاخرجه من البيت الى الدار فلا قطع عليه حتى يخرج
السرقة من الدار الى خارجها لان الدار الواحدة حرز واحد وان اختلفت بيوتها ولهذا قالوا في المودع
اذا قيل له احفظ في هذا البيت فحفظ في بيت اخر لم يضمن ونقل المال من بعض مواضع الحرز الى بعض لا
يوجب القطع ما لم يخرجه من الحرز ٭ قال وان كانت في الدار مقاصير فسرق من مقصورة
منها وخرج بها الى صحن الدار قطع وذلك لان المقاصير المختلفة حكم كل واحد منها حرز على
حياله وصار كالدور في محلة واحدة فاذا اخرجت السرقة من ذلك الى صحنها الى دار وجب
عليها القطع كذلك هذا ٭

باب ما يكون في حكم سرقة واحدة أو سرقات

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا دخل الرجل دارا لرجل فسرق من بيت منها درهما فأخرجه إلى صحنها ثم عاد فأخذ درهما من البيت فأخرجه فلم يزل يفعل ذلك حتى أخذ عشرة دراهم فهذه سرقة واحدة فإذا أخرج العشرة من الدار قطع وذلك لأن صحن الدار منها فإخراج الشيء منها لا يكون سرقة وإنما السرقة إخراجه من الحرز وقد أخرج من الحرز جملة هي نصاب فتعلق به القطع. قال ولو كان خرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لأنها سرقات وذلك لأن كل خروج من الحرز غير الخروج الآخر فلم يضم أحد الفعلين إلى الآخر فاعتبر بنفسه وسرقة ما دون النصاب لا يتعلق به قطع. قال وكذلك جماعة دخلوا دارا فأخرجوا من بيت من بيوتها متاعا مرة بعد أخرى إلى صحن الدار ثم أخرجوه منها جملة واحدة قطعوا إذا كان ما أخرجوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم وإن كانوا أخرجوه متفرقا في كل مرة لا يخص ما أخرجوه في أحد المرات كل واحد عشرة دراهم فلا قطع عليهم وذلك لأنهم إذا أخرجوه جملة فهي سرقة واحدة وإذا تفرق الإخراج فهي سرقات فكل واحد منها معتبر بنفسه. وإنما قلنا أن المعتبر في حال الاشتراك أن يخص كل واحد منهما نصاب خلافا لمالك أن المشتركين في سرقة في نصاب واحد يجب عليهم القطع لأن كل واحد منهم سارق لما دون النصاب فكأنه انفرد به. ولأن أخذ المال يتبعض فيعتبر كل واحد منهم في حال الاشتراك في قدر ما أصابه كفعله في حال انفراده. وليس كذلك قتل الجماعة للواحد لأن القصاص يتعلق بإخراج الروح وهو معنى لا يتبعض فكل واحد منهم كالفاعل لجميعه. قال وما أوجب القطع فإن السارق لا يضمن إذا قطع لا يجتمع ضمان وقطع وقال الشافعي يقطع ويضمن ما استهلكه. لنا ما روي في حديث عبد الرحمن بن عوف أن النبي عليه السلام قال إذا قطع السارق فلا غرم عليه. ولأن كل أخذ يستحق به الضمان لا يتعلق بالبقاء عليه القطع أصله أخذ الغاصب فلو أوجبنا الضمان بهذا الأخذ لم يجتمع مع القطع وقد استوفينا القطع فلم يجز إثبات ما ينافيه. فأما إذا كانت العين قائمة فإنها ترد لأن النبي عليه السلام قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء عليه. ولأن رد العين للمسروق منه أمر لا ينافي القطع فجاز أن يجتمع معه وفي إيجاب الضمان تملك العين المضمونة والملك ينافي القطع فلم يجز إثباته مع ما ينافيه. فالقاف سقط القطع لشبهة ضمن وذلك لأن أخذ مال الغير إذا حصل به حق تعلق به الضمان وإنما سقط المطالبة بالقطع فإذا أسقط القطع بقي الضمان على ما كان عليه. وقال ابن سماعة عن محمد لو أن رجلا سرق من رجل تسعة دراهم من منزله ثم أتى منزلا له آخر فسرق منه درهما أو تسعة لم أقطعه لأن هاتين سرقتين وذلك لأن حرمة كل حرز غير حرمة الحرز الآخر فهتك أحد الحرزين بما لا يتعلق به القطع لا يعتد به في هتك الآخر فبقي أن يعتبر كل حرز بانفراده. قال ولو سرق عشرة دراهم لعشرة أنفس في موضع واحد قطعته لأنها سرقة واحدة وهي تبلغ عشرة دراهم وإن تفرق من يملكها وذلك لأن كمال النصاب فيما يعتبر فيه النصاب يعتبر في حق من يجب عليه الحكم المتعلق بالنصاب والموجب عليه هو السارق وقد تم النصاب في حقه فنقصانه في ملك واحد من المسروق منهم لا يؤثر لأنه نقص النصاب في حق من لا يتعلق به الوجوب ولهذا جعلنا الشركة في النصاب في الزكاة مؤثرة لأن النصاب نقص في حق من يتعلق وجوب الزكاة به. قال وإن كان عشرة أنفس في دار كل واحد في بيت على حدة فسرق من كل واحد منهم درهما قطعته يعني ثم خرج بالجميع من الدار لأن الدار حرز واحد وقد خرج منها بنصاب كامل والشركة في النصاب لا معتبر بها فوجب عليه القطع. قال ولو كانت حجر كثيرة في دار عظيمة فسرق من كل حجرة أقل من عشرة دراهم لم أقطعه وذلك لأن كل حجرة حرز بانفرادها والسرقات إذا اختلفت اعتبر كمال النصاب في كل واحد منها. ولو سرق واحد من عشرة لكل واحد منهم درهم قطعته إذا كانت الدراهم مجتمعة وهذا على ما قدمنا أن السرقة يعتبر فيها النصاب في حق السارق دون المسروق منه. قال ولو كان سرقها متفرقا من كل كيس درهما من عشرة أنفس قطعته أيضا إذا كان قد أخذها من قبل أن يخرج من البيت لأنه حرز واحد فإذا انفصل عنه بنصاب مسروق قطع. قال محمد ولو سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعها إلى البيت ثم دخل فأخذ ثوبا آخر يساوي تسعة دراهم فأخرجه لم يقطع لأنهما سرقتان وهذا على ما بينا أنه انفصل في كل مرة من الحرز ومعه أقل من النصاب وإحدى السرقتين لا يضاف إلى الأخرى.

وقال ابن رستم [illegible] عشرة دراهم

باب السارق يحدث في السرقة قبل إخراجها ما يوجب الضمان عليه

قال ولو أن لصا دخل منزل رجل فأخذ منه ثوبا فخرقه في الدار شقه نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقا فإنه يقطع في قول أبي حنيفة وهي رواية الجامع الصغير ورواية علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وهشام عن محمد عن أبي حنيفة وابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وعمرو بن أبي عمرو عن أبي حنيفة ويضمن السارق ما نقص الشق الثوب وهذا قول أبي يوسف في رواية ابن سماعة وقول محمد مثل قول أبي حنيفة لا أعلم عنه خلافا. قال الطحاوي وقياس قول محمد أن لا يقطع في شيء من ذلك. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يقطع في الثوب وقال أبو يوسف لا يقطع استحسانا ووجه رواية الأصول

أنه لما شق الثوب ثم أخرجه وقيمته نصاب كامل فكأنه سرق على هذه الصفة ووجوب الضمان عليه في الجزء التالف كإتلاف ثوب آخر في الحرز. ولو أن سارقا استهلك شيئا في الحرز ثم أخرج ثوبا قيمته عشرة دراهم قطع فكذلك هاهنا. ووجه الرواية الأخرى أن الضمان قد وجب بشقه الثوب فثبت للمالك حق التضمين وذلك شبهة في سقوط القطع. وإنما جمع أبو حنيفة في الرواية المشهورة بين القطع والضمان الشق لأنه إنما قطع في نفس الثوب والذي يضمنه في الجزء المتلف والمعنى المانع من الضمان إنما هو ملك به النصاب فيصير القطع في ملكه وهذا المعنى لا يوجد إذا ضمن نقصان النقصان. وقد قالوا لو اختار صاحب الثوب أن يسلم الثوب إلى السارق ويلزمه قيمته لم يقطع لأنه قد ملكه بالضمان فلا يقطع فيما هو على ملكه. وقال ابن سماعة عن أبي حنيفة في السارق إذا خرق الثوب خرقا فاحشا يصير به مستهلكا وقيمته بعد التخريق عشرة أنه لا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يقطع وذلك لأن الخرق إذا استهلك الثوب استقر الضمان إلا أن يختار المالك أخذ الثوب فلم يجز إيجاب القطع مع استقرار الضمان. والرواية الأخرى عن أبي يوسف ولا لأن لا يقطعه في الخرق الذي لم يستهلك فيها استهلاك أولى. فأما إذا دخل الحرز فذبح الشاة ثم أخرجها فلا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد لأنها صارت لحما في الحرز وسارق اللحم لا قطع عليه. وعلى قول أبي يوسف في الرواية المشهورة يسقط القطع لعلتين إحداهما وجوب الضمان عليه بالذبح كما قال في تخريق الثوب والأخرى كونها لحما لا قطع فيه. وأما على الرواية الأخرى التي قال إنه يقطع بالثوب ولا يقطع فيما يسرع إليه الفساد فإنه لا يقطع لعلة واحدة وهي وجوب الضمان. وقد ذكر محمد بن سماعة عن أبي يوسف قال إذا كان اللحم يساوي عشرة دراهم قطعته وهي على الرواية التي قال إذا شق الثوب قطع فيه. وكذلك إذا أخرج الشاة واللحم عنده كما يقطع فيه.

باب السارق يحدث في السرقة حدثا بعد إخراجها

قال وإذا قطعت يد السارق والسرقة قائمة بعينها في يده ردت على صاحبها وذلك لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده. وقوله من وجد عين ماله فهو أحق به. ولأن النبي صلى الله عليه رد رداء صفوان وقطع السارق فيه. قال وكذلك إن كان السارق قد ملكها رجلا بوجه من وجوه الملك ببيع أو هبة أو صدقة أو تزوج عليها أو كانت السرقة امرأة فاختلعت بها. وعلى أي وجه ملكها وهي قائمة بيد المالك فهي ترد على صاحبها وهي على ملك المسروق منه لم يخرج منه. وملك السارق فيها باطل وذلك لأن القطع لا يوجب ملك العين فبقيت بعد القطع كما كانت قبله. قال فإن كانت في يد المشتري وقد كان البيع قبل القطع أو بعده فلا ضمان على السارق ولا على القابض. روى ذلك بشر وعلي عن أبي يوسف في مسألة تاريخها عنده بشر سنة ثمان وسبعين ومائة. وذلك لأن السارق إن ضمن ملك الشيء من وقت الأخذ فوقع القطع فيما هو على ملكه وذلك لا يجوز. وأما المشتري فلو ضمن رجع بالضمان على السارق وقد بينا أن ضمان السارق لا يجوز. وكذلك لا يجوز تضمين من يرجع عليه. قال ولو كان متاع المسروق قائما بعينه عند الغاصب وأراد السارق أن يضمنه فأراد رب المتاع أن يضمنه فلا ضمان لواحد منهما على الغاصب وهذا إنما يعني به إذا كان المتاع قائما بيد الغاصب عند القطع وهلك بعده فلا ضمان للسارق لأنه ليس بمالك للعين ولا ضمان للمالك لأن العين صارت في حكم ما ليس بمتقوم بدلالة أن السارق لو استهلكها بعد القطع لم يضمن في الرواية المشهورة فلم يتعين على صاحبها ضمان. وقد كان الأولى أن يضمن الغاصب لأنه لا يرجع بالضمان على السارق فيؤدي ذلك إلى ما ينافي القطع وليس يمتنع أن لا يجب الضمان على السارق ولو هلكت العين في يده ويجب على الغاصب منه كالوديعة. وقال ابن رستم عن محمد في السارق إذا استهلك المتاع بعد القطع لم يكن عليه ضمان. وقال الحسن في سياق روايته عن أبي حنيفة إذا قطع والمتاع عنده ثم استهلكه ضمن قيمته. وإن هلك أو سرق لم يكن عليه شيء. وجه الرواية الأولى وهي الأصح عندهم أن الضمان بالاستهلاك يوجب ملك العين المسروقة بسبب سابق فيؤدي إلى إيجاب القطع فيما هو على ملكه. وجه رواية الحسن أن العين لم يملكها السارق بالقطع وقبضه خرج من أن يتعلق به الضمان فصارت العين كالأمانة. فإن هلكت لم يضمن. فإن استهلكها ضمن. ولأنها ملك العين في يده بدلالة أن الرد واجب ومالك العين إذا استهلكه مستهلك ضمنه. قال وإن وجد في يد غيره بهبة من اللص وهبها له أو بيع منه باعها إياه قبل القطع ثم قطع كان لصاحبه أن يأخذه ويرجع المأخوذ على السارق بالثمن الذي كان اشتراه منه وذلك لأن الرجوع لا يؤدي إلى إيجاب الضمان على السارق ألا ترى أن المشتري لا يرجع عليه بالقيمة وإنما يرجع عليه بالثمن الذي قبضه فلم يكن في ذلك ما يؤدي إلى تضمين السارق على وجه ينافي القطع. قال وكذلك لو كان المشتري أو الموهوب له قد استهلكها كان لصاحبها أن يضمنه القيمة ويرجع المشتري على البائع بالثمن وذلك لأن إيجاب القيمة على المشتري من السارق لا يؤدي إلى تضمين السارق العين وإنما يرد الثمن الذي قبض وهذا لا ينافي القطع. قال ولو سرق ثوبا فصبغه بعصفر أو زعفران أو صبغ بلون زيادة أو قطعه وخاطه قميصا أو قباء أو جعله جبة وبطنها فكلما كان نحو هذا لو غصبها ففعل به مثل ذلك لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل وكان على الغاصب فيه قيمته وكان من المغصوب منه أن يأخذه ويعطي ما زاد الصبغ فيه فإنه يقطع في ذلك كله في قول أبي حنيفة

ولا ضمان على السارق ولا سبيل للمسروق منه عليه. فأما أبو يوسف ومحمد فقالا في النقصان كما قال أبو حنيفة
ولا يضمن السارق النقصان والزيادة على وجهين ما كان ليس للمغصوب عليه سبيل مثل الثوب يقطعه الغاصب
ويخيطه فهو كما قال أبو حنيفة وما كان للمسروق منه أن يأخذه ويعطي الزيادة مثل الصبغ كان للمسروق منه أن
يأخذه ويرد على السارق ما زاد الصبغ ويقطع السارق. روى قول أبي يوسف بشر وعلي قال أبو يوسف
هو استحسان والقياس ما قال أبو حنيفة وروى قول محمد ابن سماعة وجملة هذا أن ما أحدثه السارق في العين
المسروقة على وجهين إما أن يكون نقصانا أو زيادة فإن كان نقصا قطع ولا ضمان عليه ورددنا العين وذلك
لأن نقصان العين ليس بأكثر من هلاكها ولو هلكت وجب القطع وسقط الضمان فلذلك إذا هلك بعضها
وجب القطع ولا ضمان. وأما إذا اتصلت السرقة بالزيادة فهو على وجهين إن كانت تلك الزيادة تسقط حق المالك
عن العين كالقطع والخياطة قطع السارق ولا سبيل للمالك على العين في قولهم ولا ضمان لأن العين زالت عن ملك
المسروق منه والتضمين متعذر لأجل القطع فصار ذلك كالاستهلاك. وأما الزيادة التي لا تقطع حق المسروق
منه عن العين كالصبغ فقال أبو حنيفة يقطع السارق ولا سبيل على العين المسروقة وقيمته وقال أبو يوسف
ومحمد يأخذ المسروق منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه. وجه قول أبي حنيفة أنه لا يخلو إما أن
يضمنه الثوب أو يرد الثوب ويضمن المالك الزيادة ولا يجوز تضمين الثوب بعد القطع ولو رددنا الثوب
صار السارق شريكا فيه بسبب متقدم على القطع والشركة في العين المسروقة مسقطة للقطع ابتداء فإذا
حصل القطع لم تجز إثبات ما ينافيه. وليس كذلك إذا صبغه السارق بعد القطع لأن الشركة بعد القطع لا
تسقط القطع كما لو باع المالك بعض الثوب من السارق. ووجه قولهما أن المالك مخير بين تضمين الثوب
وبين أخذه وضمان الزيادة وقد تعذر تضمين الثوب بالقطع ومن تخير بين أمرين فتعذر أحدهما تعين الآخر.
قال أبو حنيفة ولا يحل للسارق أن ينتفع به بوجه من الوجوه وذلك لأن الثوب على ملك المسروق منه
وإنما تعذر الرد والتضمين من طريق الحكم فلا يحل للسارق الانتفاع بما لم يملكه. ولذلك في مسألة الثوب
إذا خاطه لا يحل له أن ينتفع به لأنه ملكه بوجه محظور لم يؤد بدله وليس كذلك إذا لم يقض عليه بالرد أو
بالضمان لأنا أحللنا له الانتفاع بالعين كما قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فأخذ شيئا من أموالهم فخرج لم
نحكم عليه برده ولزمه ذلك فيما بينه وبين الله وكذلك البغاة إذا أتلفوا أموالنا ثم رجعوا لم نحكم عليهم
بالضمان فأفتيناهم فيما بينهم وبين الله. وقالوا في الحربي إذا أخذ شيئا من مالنا ثم أسلم لم يلزمه رده لأنه ملكه
بالرد لم أسلم عليه. قال ابن سماعة عن محمد في السارق إذا قطعت يده في السرقة وقد استهلكها فإني آمره فيما بينه
وبين الله أن يرد قيمة ما استهلك وإن كنت لا أقضي عليه بعد ذلك لأن القضاء يؤدي إلى إيجاب ما نفينا في القطع ولكنه
يفتى بالرد لأنه أتلف مالا محظورا بغير حق قال ولذلك قطاع الطريق إذا استهلكوا المال ثم أقيم عليهم حد
قطاع الطريق فإني أفتيهم برد قيمة ذلك أو مثله فيما يكون عليهم مثل لأنهم استهلكوا ما ليس لهم وهذا على
ما بيناه. قال وكذلك قاطع الطريق إذا قتل رجلا بغضا فإني آمره أن يؤدي ديته إلى وليه نفتي بذلك
إذا جاء تائبا وبطل الحد عنه لأنه قتل نفسا بغير حق. قال ولو قتل الحربي مسلما بغضا ثم أسلم فإني لا أفتيه
بدفع قيمة المقتول إلى وليه لأن القتل وقع غير موجب للضمان فلم يجب عليه بالإسلام. وأما الباغي وقطاع
الطريق ففعلهم وقع موجبا للضمان بدلالة أن الحد لو سقط ابتداء بشبهة وجب الضمان وإذا سقط الحكم به لأجل
الحد يفتى فيما بينه وبين الله تعالى

باب ما يجب في سرقته القطع وما لا يجب

قال أبو الحسن رحمه الله قد قدمنا الرواية عن النبي صلى الله عليه أنه قال لا قطع في ثمر ولا كثر والثمر ما في رؤوس النخل والشجر
ولا قطع فيه ولا في حنطة في سنبلها لم تحصد وإن كان عليه الحائط قد استوثق منها ومعها حافظ فإنه لا يقطع
فيه وهذا على ما قدمنا أن الثمر على رؤوس النخل مما يسرع إليه الفساد ولا يكمل معنى المال فيه. وقد روي عن النبي صلى الله عليه
أنه قال لا قطع في ثمر معلق حتى يأويه الجرين والسنبل ما لم يحصد في حكم الثمرة المعلقة لاتصاله بأصله ولا فرق بين
المحرز وغير المحرز لأن القطع سقط لمعنى فيه. قال وكذلك إن سرق من الحائط نخلة بأصلها فلا شيء فيه
لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر وقد قيل في التفسير إن الكثر هو النخل الصغار. ولأن النخل يوجد أصله
في دار الإسلام مباحا تافها فلا يقطع فيه. قال وإذا أحرز التمر وجعل في حظيرة وعليها باب أو حنطة قد
حصدت فجعلت في هذه الحظيرة فإن سارقه يقطع وإن لم يكن معه من يحفظه فلا قطع على من سرقه
وإن كان صاحبه نائما عليه يحفظه وكان محصورا في حظيرة فإن سارقه يقطع وهذا محمول على أن التمر
حرز بعدما استحكم حتى صار بحيث لا يلحقه الفساد فكمل معنى المال فيه فإذا سرق من حرز قطع.
قال ولذلك ما سرق من الغنم والإبل والبقر والخيل من مراعيها فإن كان الراعي معها فلا قطع فيه
في قولهم جميعا وإن كان يأوي بالليل إلى حائط قد بني لها عليه باب ومعها حافظ أو ليس معها أحد غير
أنه باب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة فقادها قودا حتى أخرجها أو ساقها سوقا حتى
أخرجها أو ركبها حتى أخرجها فإنه يقطع لما روي عن النبي صلى الله عليه أنه سئل عن حريسة الجبل فقال غرم

مثليها وجلدات نكال فإذا آواها المراح وبلغت ثمن المجن ففيها القطع. ولأن المقصود بكون المواشي
في المراعي ليس هو الحفظ وإنما المقصود الرعي وأخذ المال الذي ليس بمحفوظ لا يتعلق به القطع. وجملة
مسائل هذا الباب مبنية على مسألتين أحدهما سرقة ما يسرع إليه الفساد فقال أبو حنيفة ومحمد
لا قطع فيما يسرع إليه الفساد مثل الطعام والرطب والفاكهة الرطبة والبقول. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال يقطع في
الطعام كله رطبه ويابسه وفي البقول كلها وهي رواية عن الحسن بن زياد عنه. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه لا قطع في
الخبز ولا في التمر ولا في الفاكهة التي لا تبقى في أيدي الناس. ووجه قولهما ما روى الحسن أن النبي عليه السلام قال لا قطع في
طعام. ولأن البقول وما في معناها تافه بدليل أن القادر على أخذها يتركها مع القدرة. وقد قالت عائشة رضي الله عنها
كان لا يقطع في عهد رسول الله صلى الله عليه في الشيء التافه. ولأنها مال لم يتم فيه معنى المال فيها ونقصانه معنى المال النقصان
قدره فيمنع من وجوب القطع. ولأن الحدود تجب في المقصود من كل نوع والمقصود من السرقة ليس هو ما لا يبقى
فلم يتعلق به الحد. ووجه قول أبي يوسف قوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده. ولأنه
مال يباع ويشترى كسائر الأموال. وأما المسألة الثانية فقال أبو حنيفة ومحمد كل ما يوجد جنسه مباحا
تافها في دار الإسلام لم يجب فيه القطع وقال أبو يوسف يقطع. ووجه قولهما قوله صلى الله عليه لا قطع في ثمر
ولا كثر وقد قيل في الكثر إنه النخل الصغار وقيل الجمار. والمعنى فيه أنه يوجد مباحا تافها في دار الإسلام. ولأن
الأغراض تختلف باختلاف المقادير كما تختلف باختلاف الأجناس فإذا كان في المقادير ما لا يقطع فيه وجب أن يكون
في أجناس الأموال ما لا يقطع فيه. ووجه قول أبي يوسف أن هذا متمول يباع ويشترى كسائر الأموال.
قال ولا يقطع في طير ولا في صيد في بر ولا بحر وحشيا كان أو غيره وهذا قول أبي محمد وروى عن أبي يوسف
أنه قال يقطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين. قال أصحابنا وكذلك الحيتان ملونة لما. ووجه
قولهما ما روى الثوري عن جابر عن عبد الله الجهني قال سرق رجل دجاجة فرفع إلى عمر بن عبد العزيز فأراد أن يقطعه
فقال أبو سلمة بن عبد الرحمن سمعت عثمان رضي الله عنه يقول لا قطع في الطير فتركه. وعن علي رضوان الله عليه
مثله وليس لهما مخالف. ولأن جنسه يوجد مباحا تافها في دار الإسلام فصار كالتراب. ووجه
قول أبي يوسف أنه متمول كسائر الأموال. وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن روح بن عطيف
الثقفي عن الزهري أن عثمان رضي الله عنه قال لا قطع في طير وأن عليا رضي الله عنه قال لا قطع في الطير. قال وكذلك
ما صيد من الجوارح فعلم فصار صيودا فلا قطع على سارقه وهذا على ما بينا أن جنسه يوجد مباحا تافها في دار
الإسلام. وقال بشر عن أبي يوسف في الإملاء قال أبو حنيفة لا قطع في السمك مملحا كان أو طريا وذلك
لأنه يوجد مباحا تافها في دار الإسلام ألا ترى أن القادر عليه يترك أخذه مع القدرة على أخذه. وكان يقطع في
الفاكهة اليابسة التي تبقى في أيدي الناس لقوله عليه السلام حتى يأويه الجرين والجرين في العادة تنقل إليه الثمار
بعد استحكامها. قال روى ابن رستم عن أبي حنيفة أنه قال لا قطع في الفاكهة اليابسة وأجراها مجرى السمك
فلما لم يقطع في رطبها لم يقطع في يابسها. والصحيح من الرواية وجوب القطع لأن الفاكهة لا توجد مباحة
تافهة. وإنما يسقط القطع في رطبها لأنها لا تبقى. وقال بشر عن أبي يوسف كان أبو حنيفة يقول لا قطع
في بقل ولا ريحان رطب وكان يقطع في الحناء وما أشبهه وذلك لأن الحناء لا يسرع إليه الفساد فهو كالفاكهة
اليابسة. قال ولا يقطع في شيء من الحطب والخشب ما خلا الساج والقنا وذلك لأن جنس الخشب
يوجد مباحا في دار الإسلام تافها على الأصل الذي قدمنا. فأما الساج والقنا والآبنوس والصندل فلا
يوجد جنسه في دار الإسلام مباحا وإنما يوجد في دار الحرب والإباحة في دار الحرب لا معتبر بها ألا ترى أن
جميع الأموال مباحة هناك وإن وجب القطع فيها في دارنا. قال وإن صنع الخشب والحطب بابا أو
آنية قطعته وذلك لأنه بالصنعة والتأليف خرج من أصله وصار في حكم جنس آخر ألا ترى أن العمل غالب
عليه وهو على هذه الصفة لا يوجد مباحا فتعلق به القطع. وقال أبو يوسف عن أبي حنيفة قال لا قطع في
اللحم وذلك لأنه مما يسرع إليه الفساد وقال ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لا قطع في التراب والطين
والجص والنورة والزرنيخ واللبن والآجر والفخار والزجاج وإن كان محرزا. وروى محمد عن أبي حنيفة في
الزجاج في الأصل وقال أبو يوسف أقطع في ذلك كله ما خلا التراب والسرجين والطين. وقال
أبو يوسف عن أبي حنيفة لا قطع في شيء من الحجارة والمغرة والكحل والملح والقدور والفخار والزجاج
وذلك لأن جنس هذه الأشياء يوجد في دار الإسلام مباحا تافها. فأما الفخار والآجر فإنه من الطين
والصنعة غير غالبة على قيمته والطين لا قطع فيه. فأما الزجاج فمن أصحابنا من يحمله على الزجاج لم يعمل
لأنه من جنس الرمل وذلك يوجد مباحا تافها. فأما إذا عمل ففيه القطع ومن أصحابنا من يسوي بينهما وقال
لا قطع فيه لأن معنى المال فيه ناقص ألا ترى أن الكسر يسرع إليه فصار في حكم ما لا يبقى. قال بشر عن أبي يوسف
عن أبي حنيفة أنه يقطع في الجوهر كله وفي اللؤلؤ قال ابن سماعة عن أبي يوسف قال أبو حنيفة فأما الياقوت
والزمرد والفيروزج فإنه يقطع فيه إذا ساوى عشرة دراهم وذلك لأنه وإن وجد في دار الإسلام مباحا
فلا يوجد تافها ألا ترى أن القادر على أخذه لا يتركه مع القدرة عليه فصار كالذهب والفضة. وقال

في سارق الصليب الذهب والفضة وهو محرز لا قطع عليه وذلك لأن الصليب مأذون له في أخذه للكسر ولذلك
الصنم من الذهب وإذا أذن له في الأخذ شبهه لم يقطع فيه ∴ فأما الدراهم التي عليها التماثيل فيقطع فيها لأنها ليست
معدة للعبادة فلا شبهة في أخذها ∴ وقال ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في ذمي سرق من ذمي خمرا
لم يقطع فيه لأن معنى المال فيها ناقص ألا ترى أنها مال عندهم وليست بمال عندنا ونقصان معنى المال ينفي القطع
فأما الصلبان والأصنام فلا قطع فيها لما قدمنا ∴ قال أبو يوسف في الصليب إذا كان في مصلاتهم فلا قطع فيه
لأنه بيت مأذون في دخوله وإن كان في بيت رجل منهم محرز أقطع فيه لأنه مال يباع ويشترى ∴ وقال هشام
عن محمد فيمن سرق شطرنج ذهب فلا قطع فيه وذلك لأن متأول أخذه للكسر والمنع من اللعب به والشبهة إذا
تمكنت في الأخذ منعت من القطع ∴ وقال ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن سرق صحفا فيها شعر أو عربية أو حديث
فلا قطع فيه ∴ وقال أبو يوسف إذا كانت الصحيفة تساوي عشرة دراهم ونحوه قطعته فيها ∴ وجه قول أبي حنيفة ومحمد
أن المقصود من المصحف ما فيه وهو كلام الله تعالى وذلك ليس بمال والمقصود من السرقة إذا لم يجب فيه القطع
لم يتعلق القطع بغيره كمن سرق صبيا حرا عليه حلي ∴ ولأن المصحف مختلف في كونه مالا ألا ترى أن من منع
من بيع المصحف أخرجه من أن يكون مالا وما اختلف في كونه مالا لم يتعلق به قطع ∴ ولأنه مأذون في أخذها
عند الحاجة ألا ترى أنه إذا احتاج إلى نقض القرآن لم يجز منعه منها والإذن في الأخذ يمنع وجوب القطع
وعلى هذا جميع الدفاتر لأن المقصود ما فيها وليس بمال ∴ وأما دفاتر الحساب ففيها القطع لأن ما فيها
لا يقصد بالأخذ وإنما المقصود الكاغد فإذا كان نصابا قطع فيه وعلى هذا الدفاتر البياض يقطع فيها لأنها
هي المقصودة وهي مال ∴ وجه قول أبي يوسف أن المصاحف مال يشترى ويتمول كسائر الأموال
قال بشر عن أبي يوسف كان أبو حنيفة يقطع في الحبوب كلها والأدهان والطيب العود والمسك وما
أشبهه وذلك لأن هذا يتمول ولا يسرع إليه الفساد ولا يوجد جنسه مباحا تافها ∴ وقال في الخل يقطع
ولا أعلمه إلا قول أبي حنيفة لأن الخل مما لا يسرع إليه الفساد ∴ وقال ابن سماعة عن أبي يوسف قال أبو حنيفة
إذا سرق قطنا أو كتانا أو صوفا قطع لأن هذا متمول لا يسرع إليه الفساد ولا يوجد مباحا تافها ∴ وقال
في الأصل إذا سرق حنطة أو شعيرا أو دقيقا أو سويقا أو سمنا أو تمرا أو زبيبا أو بزرا أو زيتا أو خلا قطع
وكذلك سائر الحبوب وسائر الأدهان وسائر الأمتعة الملبوسة والمفروشة وكذلك جميع الأواني من الحديد والصفر والشبه
والرصاص والخشب وجميع ما يصنع منه الأواني والأبواب والظروف مثل الصناديق والتخوت وغير ذلك من الآلة التي يتخذها
الناس من الخشب الساج والآبنوس والعاج وذلك لأن هذا مال متمول لا يسرع إليه الفساد ولا يوجد مباحا تافها في دار
الإسلام ∴ وأما العاج فنذكره من بعد ∴ قال وكذلك لو سرق النحاس أو الشبه أو الرصاص أو الصفر أو الحديد
وذلك لأن الصفر والحديد وإن وجد جنسه مباحا فلا يوجد تافها وإنما يستخرج من المعادن ويتعلق به حق الله تعالى
كالذهب ∴ قال ولا قطع في بواري وذلك لأن القصب يوجد مباحا تافها في دار الإسلام والصنعة الحاصلة فيه بالتأليف
ليست غالبة على أصله فكأنه سرق قصبا من غير تأليف ∴ قال ويقطع إذا سرق شعرا من شعر الغنم أو صوفا أو مرعزى
أو أدما عربيا أو صحفا أو فروا ملبسا أو سختيانا أو محاريف أو ميزانا أو حريرا أو أرسانا وهذا على ما قدمنا أن كل
متمول لا يوجد جنسه مباحا ولا يسرع إليه الفساد يتعلق به القطع ∴ وقال في الإملاء في الزعفران والورس والعود والعنبر
والحناء والوسمة والكتم وغير ذلك من الطيب القطع وقد بينا هذا ∴ وقال ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة
لا قطع في عفص ولا إهليلج ولا في أشنان ولا في فحم وذلك لأن العفص والأشنان والفحم يوجد جنسه مباحا
وأما الإهليلج فلا يوجد جنسه مباحا في دارنا ولا يسرع إليه الفساد ففيه القطع ∴ ويجوز أن يكون أبو حنيفة
ظن أنه يوجد في دار الإسلام فأجراه مجرى العفص والحكم فيه يتبع هذا المعنى ∴ وقد روى بشر عن أبي يوسف
أنه قال أقطع في العفص والإهليلج والأدوية اليابسة كلها وهذا على أصله ∴ وقال هشام سألت محمدا عن شطرنج ذهب
سرقه إنسان قال لا أقطعه وأضمنه ذهبا مثلها يعني مثل وزنه وقد بينا هذا ∴ قال ولا قطع في اللؤلؤ والياقوت
وهذا خلاف ما قدمنا ووجهه أن اللؤلؤ والياقوت يوجد مباحا لا يتعلق بأخذه شيء فصار كالصيد ∴ قال
ولا قطع في العاج ما لم يعمل ما لم يعمل منه شيء ∴ فإن عمل منه شيء قطعته فيه ∴ وكان أصحابنا يقولون يجب أن
لا يقطع في معمول العاج وغير معموله لأنه مختلف في كونه مالا ألا ترى من الفقهاء من يمنع من الانتفاع به ومن جواز
بيعه وعلى هذا يجب أن لا يقطع في معموله إلا أن يكون أبو حنيفة لم يعرف هذا الخلاف فيعتد به ∴ وكانوا يقولون
ينبغي أن يكون هذا الجواب في العاج الذي من عظام الفيل فلا يقطع في غير معموله لأنه يوجد مباحا تافها ويقطع في
معموله لأن الصنعة تغلب عليه فيصير كالخشب إذا عمل ∴ وقال محمد لا أقطع في طعام لا يبقى ولا في اللحم الطري
ولا الصفيف وقال هشام قلت لمحمد اللحم المملح قد يبقى قال لا أقطعه فيه وذلك لأن اللحم الصفيف يسرع إليه
الفساد ولا يبقى كالفواكه ∴ ولأنه تافه ولا له أن القادر عليه يترك أخذه مع القدرة ∴ وقال هشام عن محمد
في جلود السباع المذبوحة لا قطع فيها فإن جعلت مصليات أو بسطا قطعته فيها وهذا يدل على أنه لم يعرف الخلاف
في أن جلود السباع لا تطهر بالذكاة ولا بالدباغ وإذا لم يعتد بهذا الخلاف فما لم تعمل فهي من أجزاء الصيد فلا يقطع فيه
وإذا عملت غلبت عليه الصناعة فقطع فيها ∴ قال هشام سمعت محمدا يقول ليس في الدجاج ولا في البط ولا الإوز قطع

وهذا على ما بيناه من سقوط القطع في الطين ∴ قال محمد لا أقطعه في قصب النشاب فإن اتخذ نشابا قطعته وذلك
لأن قصب النشاب يوجد مباحا تافها فإن اتخذ نشابا غلبت عليه الصنعة فصار كالخشب إذا عمل ∴ وذكر
في رواية الحسن عن زفر أنه لا قطع في نبيذ تمر أو نبيذ عنب أو نبيذ زبيب أو طلا مطبوخ أو سرق لبنا فإنه
لا يقطع وهو قول أبي حنيفة وبه يأخذ الحسن وذلك لأن النبيذ مختلف في إباحته ومختلف في كونه مالا
فلا يتعلق به قطع ∴ وأما اللبن فلأن الفساد يسرع إليه ∴ وقال بشر عن أبي يوسف في نوادره قال أبو حنيفة
لا أقطع في القرون معمولة كانت أو غير معمولة ∴ وقال أبو يوسف إن كانت معمولة وهي تساوي عشرة دراهم
قطعته ولا أقطعه إذا كانت غير معمولة وهذا الخلاف يجب أن يكون لاختلاف السؤال فأجاب أبو حنيفة
في قرون الميتة لأنها مختلف في كونها مالا فلا يجب فيها القطع بحال ∴ وأجاب أبو يوسف على قرون
المذكاة فلم يوجب فيه القطع لأنها من أجزاء الحيوان فأوجب في معمولها كما يجب في معمول الخشب ∴

باب من لا يقطع السارق فيه

أوقفنا الله على منهج الحق

قال ولا قطع على سارق من ذي الرحم المحرم كائنا من كان ∴ أما ما سرقه الوالد من الولد فلا قطع فيه بالإجماع لأن للأب
له شبهة ملك في مال ولده ولهذا قال النبي صلى الله عليه أنت ومالك لأبيك ∴ وشبهة الملك تمنع من وجوب الحد ∴
ولأن مال الولد مضاف إلى الأب بأنه كسبه بدلالة قوله عليه السلام إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وإن أولادكم من
كسبكم فكلوا من كسبكم ∴ وما أضيف إليه بأنه كسبه لم يقطع فيه كمال نفسه ∴ وأما ما سرق الولد من الوالد
فلا قطع فيه لأن بينهما ولادا فصار كسرقة الوالد من الولد ∴ وأما من سواهما من ذوي الأرحام فلا قطع على من
سرق من ذي رحم محرم لأن بينهما رحما محرما فصار كالوالدين ∴ ولأن بينهما تباسطا في العادة كما بين الوالد
والولد فصار كالوالدين ∴ قال ولا على خادم إذا سرق ممن يخدمه ولا على خادم زوجه إذا سرق من الزوج لأنه
مأذون له في دخول الحرز ∴ ولأن رجلا حمل عبدا إلى عمر بن الخطاب فقال أعدني هذا سرق مرآة لزوجتي فقال
عمر عبدكم أخذ مالكم لا قطع عليه ∴ قال ولا على من سرق من بيت المال ولا من الخمس وذلك لأن للسارق حقا
فيه فصار كالسارق للمال المشترك ∴ قال ومن سرق من ذي رحم محرم منه من الرضاع قطع في قول أبي حنيفة
ومحمد وقال أبو يوسف لا يقطع إلا أن تكون أمه من الرضاعة ∴ وجه قولهما أن الرضاع يوجب التحريم ومجرد
التحريم لا يمنع القطع كمن سرق من امرأة قد كان وطئ ابنتها ∴ ولأن هذا السبب وهو الأمومة من الرضاع لو
منع القطع لمنعت الأخوة من الرضاع كالنسب ∴ لأبي يوسف أن ابن المرأة من الرضاع له تبسط في مالها
في العادة فصار كالابن من النسب ∴ وأما الأخت من الرضاعة فلا يقع التبسط في منزلها فلذلك وجب القطع ∴
قال ولا قطع على من سرق في دار الإسلام من حربي أو مستأمن استحسانا والقياس أن يقطع لأن ماله محظور
بالأمان كالذمي ∴ ووجه الاستحسان أن الحظر في ماله موقت ولإباحته وجه والتأويل في الحلول يمنع
من ثبوت وقوع شبهة الحال فإذا كان معنى الإباحة قائما في الحال منع من وجوب القطع ∴ وليس كذلك مال الذمي لأنه
محظور على التأبيد كمال المسلم ∴ والضمان واجب في مال الذمي لأن السارق تأول في دار الإسلام ماله محظورا وإنما
سقط القطع للشبهة والضمان لا يسقط بالشبهة ∴ قال ولا قطع على رجل سرق من عبده المأذون وعليه دين يحيط
به وبما في يده وهذا ظاهر على قول أبي يوسف ومحمد لأنه مالك لما في يده ∴ وأما على قول أبي حنيفة
وإن كان لا يملك [illegible] المولى [illegible]
ملكه بقضاء الدين [illegible] فصار المولى أقرب إلى هذا المال فلم يقطع فيه ∴
قال ولا يقطع في سرقة من مكاتبه [illegible] والمال الذي
يتعلق به حق الإنسان [illegible] قال ولا يقطع عبد
سرق من مولاه [illegible]
من حديث عمر أنه قال عبدكم سرق متاعكم لا قطع عليه ∴ ولأن [illegible]
ماله ∴ ولأنهم ينبسطون في منازل مواليهم في العادة [illegible] يمنع من القطع ∴
قال فإن سرق رجل من امرأة أبيه أو من زوج أمه أو من امرأة ابنه أو [illegible] فلا قطع عليه وكذلك امرأة
ابنه وكذلك [illegible] وقال أبو يوسف يقطع [illegible] منزل السارق أو منزل
أبويه وابنه ∴ وجملة هذا أن السارق إذا سرق [illegible]
قولهم لأنه مأذون في دخول منزل أبيه وابنه فخرج المنزل من أن يكون حرزا في حقه ∴ وأما إذا سرق من
مالهم من منزل آخر لم يقطع عند أبي حنيفة ومحمد ∴ وقال أبو يوسف يقطع ∴ لأبي حنيفة أنه لو سرق من
المضاف إليه لم يقطع فإذا سرق من المضاف لم يقطع أصله العبد إذا سرق من ابن مولاه أو من امرأة مولاه ∴
لأبي يوسف أنه لا قرابة بينه وبين امرأة أبيه وابنه [illegible]
[illegible]
قال ولا قطع على الرجل يسرق من مطلقته وهي في العدة والمطلقة تسرق من مطلقها وهي في العدة ما دامت

مطلقة او هي في ... او في خلع او مباراة وذلك لان العدة اثر من اثار النكاح فصار بقاؤها كبقاء النكاح ∴ ومعلوم
ان النكاح بقاؤه يمنع القطع على ما قدمنا فكذلك اثره يصير شبهة ∴ قال ولو ان رجلا سرق من منزل غريم له دراهم
لم يلزمه قطع وهي قصاص من حقه اذا كان دينه عليه حالا فان كان الى اجل فانه يقطع اذا صحبت هذا الكلام ولكن ادرء
واستحسن وادرا الحد عنه وذلك لان السارق اخذ الجنس من جنس حقه صار قصاصا بحقه اذا كان حالا الا ترى انه لا يجبر على
رده والاخذ المستحق لا يتعلق به وجوب القطع ∴ فاما اذا كان دينه موجلا فالقياس ان يقطع لانه اخذ بغير حق فصار
كمن لا دين عليه والاستحسان ان لا يقطع لان الدين الموجل ثابت في الحال فيصير ثبوته شبهة في درء القطع عن الحد
قال وكذلك لو سرق اكثر مما عليه وذلك لان مقدار دينه لا قطع فيه واذا اسقط القطع في بعض المال المقبوض سقط في
باقيه كمن سرق مالا مشتركا ∴ قال ابو يوسف ولو سرق الراهن رهنه من بيت المرتهن لم اقطعه لانه ملكه
وشبهة الملك تسقط الحد فنفس الحق اولى ان يسقطه ∴ قال ولو كان الرهن في يد عدل فسرقه الراهن او
المرتهن فلا قطع على واحد منهما ∴ اما الراهن فلما بينا انه ملكه واخذ الانسان لملكه لا يتعلق به قطع وان حظر
عليه الاخذ كما لا يجب عليه الحد بوطء ملكه وان حرم عليه الوطء ∴ واما المرتهن فلان يد العدل قائمة مقام يده
الا ترى انه ممسك بحقه فصار كالمودع اذا اخذ الوديعة من المودع ∴ قال ولو سرق رجل من غريم له ودينه
عليه دراهم او دنانير والسرقة متاع في مثله يقطع قطعته ∴ وكذلك لو كان الحق دراهم فسرق دنانير او دنانير
فسرق دراهم وذلك لان هذا الاخذ لا يكون قصاصا فصار اخذا بغير حق فيتعلق به القطع وهذا يدل على انه لم يعرف
الخلاف الذي يقول اصحاب الشافعي ان الغريم يجوز ان ياخذ من غير جنس حقه ∴ او يكون عرف الخلاف فلم يعتد به
لانه لم يقل به السلف فاما مع الاعتداد به فلا قطع لانه اخذ شبهة الا ترى ان من الفقهاء من يقول انه ياخذه بدينه ∴
قال واذا اخذ صنفا من الدراهم اجود من حقه او اردأ منه لم اقطعه وذلك لان الماخوذ مما يقع به الاقتضاء الا ترى انه
اذا كان ادنى من حقه كان قصاصا اذا رضي الذي عليه الحق ∴ ولان الجودة اذا لاقت جنسها فيما فيه الربوا لا قيمة لها
فكانه اخذ نفس حقه ∴ قال ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم او حليا من ذهب وعليه دنانير فانه يقطع لان هذا
لا يكون قصاصا من حقه الا على وجه البيع والمعاوضة فصار كالعروض ∴ قال وان كان المتاع او الحلي قد استهلكه السارق
فوجب عليه قيمته وهو مثل الذي عليه من الدين فان هذا يقطع ايضا وذلك لان المقاصة بعد الاستهلاك ليس باكثر من
سقوط الضمان في العين المسروقة وذلك لا يوجب سقوط القطع كما لو هلكت ولا دين للسارق على المسروق منه
ولان القطع لو سقط بهلاك العين لم يجب باخذها اصله سائر ما لا يقطع فيه ∴ قال ولو سرق عبد او مكاتب من غريم
مولاه قطعته لان المكاتب لا يثبت له حق القبض في ديون المولى فصار كالاجنبي ∴ قال ولو كان المولى وكله بقبض
الدين لم يقطع لانه يثبت له حق القبض بالوكالة فصار كصاحب الدين ∴ قال ولو سرق رجل من غريم لابيه
او لولده الكبير قطعته ما خلا الولد الصغير لانه لا حق له في ديون ابيه وابنه الكبير فلم يقع ما قبضه موقع المقاصة
لولده فقطع ∴ واما الولد الصغير فلان حق القبض في ديونه اليه فصار كدين نفسه ∴ قال ولو سرق من ابنه
من الرضاعة او من ولده من الرضاعة او امراته وهو نازل في منزل على حده قطع لما بينا ان الرضاع سبب يوجب
التحريم واسباب التحريم لا تمنع القطع ∴ قال ولو سرق من امراة ابيه او من زوج ابنته من منزل يجمعها
جميعا لم يقطع لانه ماذون في دخول المنزل اذا كان لابنه ∴ قال ولو سرق وديعة عنده او عند احدهما
في المنزل او عارية لم يقطع لان المنزل ليس بحرز في حقه ∴ قال ولو سرق من غريم مكاتبه او من غريم
عبده وعلى عبده دين قطعته لانه ليس له حق القبض في ديون مكاتبه وديون عبده الماذون فصار كالاجنبي ∴
قال وان لم يكن على عبده دين فسرق من غريمه من جنس دين عبده لم يقطع لان دين عبده ماله وانما يقوم العبد
مقامه فيه ∴ وقال ابن رستم عن ابي يوسف قال ابو حنيفة لو ان رجلا سرق من امراة ثم تزوجها
قبل ان يقضى عليه بالقطع فانه لا يقطع فان قضى عليه بالقطع فانه لا يقطع في قول ابي حنيفة ويقطع في قول
ابي يوسف وذلك لان الشبهة الطارية على الحدود بمنزلة الموجودة ابتداء الا ترى ان من قذف رجلا
فزنا المقذوف قبل الحد سقط الحد عن القاذف ومعلوم انه لو سرق من زوجته لم يقطع فكذلك اذا لحق
الزوجية بعد السرقة ∴ واما اذا تزوجها بعد الحكم بالقطع فوجه قول ابي حنيفة ان الطارئ على الحدود
قبل الاستيفاء كالطارئ قبل القضاء اصله زنا المقذوف ∴ ولابي يوسف ان القاضي لما قضى بالقطع استقر
فالتزويج لا يسقطه كما لا يسقطه ملك العين المسروقة عنده ∴ وقد كان الاولى بابي يوسف ان يقول
مثل قول ابي حنيفة لانه وافق ابا حنيفة في رجوع الشاهد بعد القضاء قبل الامضاء وجعله كرجوعه
قبل القضاء وانما خالف محمد في ذلك ∴ وفرق بين الرجوع وبعده ∴ قال ولو سرقت امراة من زوجها
او سرق هو منها ثم طلقها ولم يدخل بها فبانت بغير عدة فانه لا يقطع واحد منهما لان الاخذ وقع غير
موجب للقطع والطارئ على الحدود كالموجود في الابتداء اذا كان مما يسقطها فاما اذا كان مما يوكدها
فالمعتبر باخف الحالين لان الحدود تسقط بالاحتياط ∴

باب السارق يسرق مالا من غير مالكه

قال ايده الله جملة هذا الباب ان الايدي على ضربين يد صحيحة ويد غير صحيحة فالسرقة من يد صحيحة يتعلق بها القطع يد مالك كانت او غير مالك ∴ والسرقة

من يد ليست بصحيحة لا يتعلق بها القطع ∴ واليد الصحيحة يد مالك ويد امانة ويد ضمان واليد التي ليست
بصحيحة يد السارق فالسارق من المالك يقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
ولان النبي صلى الله عليه قطع يد سارق رداء صفوان ∴ فاما يد الامانة فهي يد المودع والمستعير والمضارب
والمبضع فمن سرق من يد هولاء قطع لانه اخذ المال من يد صحيحة كيد المالك ∴ ولان يد المودع يد
المودع فكانه اخذ من يد المودع ∴ وقد قالوا ان المؤتمن اذا طالب السارق برد العين واقام البينة عليه
بالسرقة مع غيبة المالك قطعه الامام ∴ وذلك لان السارق انما يقطع لازالة اليد الصحيحة فلا يعتبر حضور
يد اخرى في صحة المطالبة ∴ فاما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فقد قالوا ان المودع اذا لم يخاصم حتى قدم
المالك فله ان يخاصم ويقطع السارق ذكر ذلك في الجامع الصغير ∴ وذكر ابن سماعة عن محمد فيمن سرق من المودع
فلم يخاصمه حتى حضر رب المال فاقر المستودع ان المال له يعني مال المودع ثم عاد فليس لرب المال ان
يقطع السارق لانه لم يسرق منه انما سرق من الذي كان عنده ∴ قال محمد في النوادر لا اقطع السارق وان اقر السارق ان
المال مال المودع وطالبه بذلك المودع ∴ وجه الرواية الاولى ان المالك المودع والمودع يقوم مقامه في
الحفظ والمطالبة فاذا اوجب القطع لمطالبة المودع فلان يجب لمطالبة المالك اولى ∴ وجه رواية ابن سماعة ان الاخذ
انما وقع عن المودع والقطع وجب بازالة يده فلم يجز ان يطالب بذلك غيره كما لو سرق من مالكه بحضرة وكيله يطالب
بالمال لم يقطع السارق ∴ ويجوز ان يجعل ما ذكره في الجامع وما ذكره ابن سماعة رواية واحدة لانه لم ينقل في الجامع
ان المالك حضر وطالب وغاب المودع فيحمل ذلك على ان المالك طالب مع حضوره فيجب القطع ويحمل مسالة ابن سماعة
على ما ذكر من غيبة المودع فلا تقبل نيابة المالك مع غيبة المسروق منه ∴ واما يد الضمان فهي يد الغاصب والقابض
على وجه السوم والمرتهن فالسارق منها يجب عليه القطع لانها يد صحيحة الا ترى ان الضمان يتعلق بها فهي كيد
المالك ∴ ولان الغاصب يتعلق بيده حكم التمليك فهي كيد المشتري ∴ وقد قال في الجامع ان للغاصب
ان يطالب بالقطع وكذلك للمغصوب منه ولم يحك ابن سماعة في الغصب خلافا ∴ وينبغي ان يكون الخلاف
في المودع والغاصب سواء ∴ واما القابض على وجه السوم فيده يد ضمان وهي يد صحيحة فيتعلق بازالتها
القطع كيد الغاصب ∴ واما المرتهن فيده يد ضمان وهي يد صحيحة فيتعلق بازالتها القطع ∴ قالوا وليس
للراهن ان يقطع السارق لانه ليس له حق في القبض في العين مع قيام الرهن فاذا لم يثبت المطالبة لم يجب القطع
بخصومته الا ان يقضي الدين ثم يخاصم فيثبت له حق القطع لان له المطالبة برد العين الى يده فصار كالمالك ∴
ويجب ان نقول بمحمد انه القطع لا يثبت بمطالبة الراهن مع غيبة المرتهن كما قال في المودع وهو اولى لان يد المرتهن
اقوى من يد المودع لان يد المرتهن لنفسه ويد المودع لغيره ∴ فاما اليد التي هي غير صحيحة فالسرقة منها لا
يتعلق بها القطع كالسرقة من السارق لان يد السارق ليست يد مالك ولا ضمان ولا امانة فصار كالاخذ من السارق
كالاخذ من الطريق او كاخذ المال المضيع ولا يثبت القطع ايضا بمطالبة المالك لان السارق لم يزل عن المالك يدا
صحيحة فصار كمن اخذ متاعا من الطريق ∴ قال واذا هلك الرهن في يد السارق فللمرتهن ان يقطع السارق
ولا سبيل للراهن عليه وذلك لان السارق ازال يدا صحيحة فوجب لصاحبها القطع وان هلكت العين ∴ واما
الراهن فلم يبق له حق في العين الا ترى انه يسقط عنه الدين بهلاكها فلم يثبت له المطالبة ∴ قال ابن رستم
عن ابي يوسف لو ان سارقا قطع في سرقة ثم سرقها اخر لم يقطع يد الثاني وهذا على ما قدمنا ∴ قال ولو كان
القطع درئ عنه قطع الاخر وذلك لان القطع اذا درئ عنه تعلق باخذه الضمان ويد الضمان يد صحيحة فازالتها
يوجب القطع ∴ وقد قالوا في السارق هل له ان يطالب برد العين المسروقة الى يده فيه روايتان
احدهما ليس له ان يطالب لانه ليست له يد صحيحة فيلزم السارق ردها ويصير السارق منه كالاخذ من الطريق
والرواية الاخرى ان له المطالبة لانه يجوز ان يختار المالك الضمان ويترك القطع فيتخلص السارق برد العين
عليه من الضمان ∴ ويجوز ان يقال انه ما لم يقطع فله ان يطالب لانه يجوز ان يضمن فيتخلص برد العين فاما
بعد القطع فلا يجوز ان يلزمه ضمان فلا حق له في المطالبة ويجوز ان يقال ان المطالبة تثبت له بعد القطع لانه
يتخلص برد العين من الضمان الواجب فيما بينه وبين الله تعالى كما يتخلص قبل القطع من الضمان الذي يجب عليه في الحكم ∴

باب السارق يرد السرقة على صاحبها او يملكها قبل القطع

قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا جاء السارق بالسرقة تائبا فلا قطع عليه رواه بشر عنهما ∴
فان ردها قبل الرفع على غير هذا الوجه لانه عين عليه فردها او طولب بها فردها قبل رفعه الى السلطان فلا
قطع عليه عند ابي حنيفة ومحمد ويقطع عند ابي يوسف روى ذلك عن ابي يوسف ابن سماعة وعلي بن الجعد
واتفقوا انه اذا رفع الى الحاكم فردها قبل الحكم او بعد الحكم فانه يقطع لان الحاكم يحكم بردها ويقطعه وجملته
هذا ان السارق اذا رد العين قبل الترافع سقط الحد عند ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف
وروي عن ابي يوسف انه لا يسقط ∴ وجه قولهما ان العين اذا ردت سقطت المطالبة بها وسقوط المطالبة
بالمال يمنع من الخصومة فيه والقطع لا يجب الا بمطالبة الادمي بالمال الدليل عليه اذا وهبها المسروق منه للسارق

لابي يوسف ان الرد لو حصل بعد الترافع لم يسقط الحد فكذلك قبله كالهلاك ۝ واما اذا ردها بعد الترافع لم يسقط القطع لان السارق فعل ما يفعله الامام لانه لو امر الامام بان يرد العين ثم يقطع واذا فعل السارق ما يفعله الامام لم يسقط القطع كما لا يسقط برد الامام ؞ واما اذا اشتراها السارق من المسروق منه او وهبها له فانه لا يقطع في قول ابي حنيفه سوا كان ذلك قبل القضا او بعده وقال ابو يوسف ان كان ذلك قبل الترافع اسقط القطع وان كان بعده لم يسقط وجه قول ابي حنيفه ومحمد ان الملك اذا حصل للسارق لم يجز قطعه في ملكه كما لو اخذ ملكه ابتدا ؞ ولان ما طرى على الحدود قبل الاستيفا كالموجود في الابتدا لابي يوسف ما روي عن النبي عليه السلام انه لما امر بقطع سارق ردا صفوان قال صفوان وهبته منه يا رسول الله فقال هلا قبل ان تاتيني به فدل على ان الهبه قبل الترافع تسقط القطع وبعده لا تسقط وهذا لا دلاله فيه لانه روي انه قال وهبت له فذلك لا يسقط القطع ؞ ولانه يجوز ان يكون وهب له ولم يقبضه والقطع انما سقط بالهبه مع القبض لا بانّ الهبه من غير قبض لا تسقط القطع قبل الترافع وقوله عليه السلام هلا قبل ان تاتيني به يدل على انه فعل فعلا يسقط القطع قبل الترافع وذلك لان الهبه من غير اقباض اذا حصل قبل الترافع اسقطت المطالبه وترك المطالبه قبل الترافع يسقط القطع ولا يسقطه بعد الترافع ؞ وقال ابن رستم عن ابي يوسف قال ابو حنيفه لو ان رجلا سرق من امراه ثم تزوجها قبل ان يقضى بالقطع فانه لا يقطع وذلك لان الزوجيه لو كانت موجوده في الابتدا منعت من وجوب القطع فكذلك اذا طرت في الباقي كملك العين ۝ قال ولو امر الامام بقطع سارق فعفا المسروق منه كان عفوه باطلا لقوله صلى الله عليه تعافوا الحدود فيما بينكم فاذا رفعت الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا ؞ ولان القطع حق لله تعالى فعفو المسروق منه لا يسقطه ۝ قال ولو قال المسروق منه شهد شهودي بزور او قال لم يسرق مني لم يقطع وذلك لان اقراره بهذا يمنع من ثبوت المال ووجوب القطع موقوف على صحه الحكم بالمال فاذا لم يثبت المال لم يثبت القطع ۝

باب السارق يسرق السرقه فيقطع فيه ثم يعود فيسرقه ۝

قال محمد في الجامع الصغير عن ابي يوسف عن ابي حنيفه في نوادره ان ابا حنيفه قال اذا سرق سرقات فرفع في بعضها فقطع فيما رفع فيه فان القطع للسرقات كلها ولا يقطع في شي منها بعد ذلك وان خوصم فيها وهو قول اصحابنا جميعا لا يقطع في سرقه كانت منه قطعه واختلفوا في الضمان فيما لم يخاصم فيه فروي محمد في المواضع التي قدمنا ذكرها انه لا يضمن في شي من السرقات في قول ابي حنيفه وكذلك روي ابن زياد عن ابي حنيفه وقال محمد عن ابي يوسف انه يضمن السرقات كلها الا التي قطع فيها وروي ابن سماعه عن محمد في نوادره مثل قول ابي يوسف ؞ وروي ابن سماعه وعلي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه يضمن السرقات الا التي قطع فيها ؞ وقال ابو يوسف لا اضمنه وهذا قلب روايه محمد ؞ اما سقوط القطع في السرقات المختلفه فلان كل شي فيه بانفرادها وجبت القطع واسباب الحدود اذا اجتمعت من جنس واحد اقتصر منها على حد واحد كالزنا اذا تكرر ؞ ولان كل سرقه تعلق بها قطع يده اليمنى فاذا قطعت في واحده منها فقد فات العضو الذي تعلق به القطع ومعلوم ان يد السارق لو ذهبت بعد السرقه بافه من السما سقط القطع فاذا ذهبت على وجه الحد اولى ؞ واما الضمان فان حضر اصحاب السرقات فخاصموا فقطع لهم ضمنهم سقط الضمان في جميع ذلك في قولهم جميعا لان مطالبه المسروق منه بالقطع دليل البراه من الضمان عندنا فاذا طالبوا جميعا فقد ابرؤا فصار كالواحد اذا طالب ؞ فاما وجه قول ابي حنيفه اذا طالب الواحد ان القطع وقع لجميع السرقات بدلاله انه ليس لواحد منهم قطع وان طالب فاذا وقع القطع لجماعتهم فكانهم حضروا فطالبوا ۝ وجه قولهما ان مطالبه المسروق منه بالقطع براه من القاطع فمن طالب منهم بحقه فقد وجد منه الابرا ومن لم يطالب لم يوجد منه ما يقتضي البراه فبقي حقه في الضمان بحاله ؞ قال وان كانت السرقات قائمه في يد السارق رددته لان القطع لا يسقط الرد فما قطع فيه فما لم يقطع فيه اولى ؞ قال وذكر في الاصل هذه المسأله فقال في السارق يسرق السرقات ثم يرفع في واحده منها فيقطع قال لا اضمنه اياها الا التي اتيت به فيها فقطعته بها وقال ابو يوسف لا اضمنه وهذا موافق لروايه ابن سماعه وعلى ان هذا القول في الاصل منهم لم يضفه الى احد ؞ وقد قال في نسخه اخرى من روايه ابي سليمان فقال فيها اضمنه كلها الا السرقه التي اتيت عليه فقطعته فيها قال وهو قول ابي يوسف وكان ابو حنيفه يقول لا اضمنه شيا من ذلك وهذه الروايه في نسخ وهي الصحيحه عندي لانه تبين المبهم في الروايه الاخرى وهو موافق لروايه محمد في غير الاصل ؞

باب القوم يشتركون في السرقه

قال محمد في الاصل في جماعه رجال دخلوا منزل رجل فجمعوا المتاع جميعا ثم حملوه على رجل منهم وكان هو الذي خرج [illegible] قد خرجوا مع الرجل الحامل للمتاع والمتاع يساوي الف درهم قال القياس فينبغي ان لا يقطع الا الخارج [illegible] ولكن ادع القياس الى الاستحسان فنقطعهم جميعا وبه ناخذ وكذلك روى ابن سماعه عن ابي يوسف

عن ابي حنيفه قال ابو يوسف وبه ناخذ وقد بينا هذه المسأله وذكرنا ان المقصود من السرقه ليس هو الحمل وانما المقصود التمكين من الاخذ والحد يتعلق بالمقصود من كل نوع ؞ ولان الحمل على احد منهم كالحمل على دابه فيجب فيه القطع على الجماعه ۝ وقال الحسن عن ابي يوسف في املا زفر واي يوسف في قوم نقبوا على رجل منزله واخذوا متاعه فخرجوا منه وفيه مجنون او صبي فالبيد اعنهم القطع جميعا في قول ابي حنيفه وزفر وقال ابو يوسف ان كان الصبي او المجنون ولي اخراج المتاع درى القطع عنهم جميعا وان كان سواهما قطعوا الا المجنون والصبي ؞ اما الصبي والمجنون فلا قطع عليهما لقوله صلى الله عليه رفع القلم عن ثلث وذكر الصبي والمجنون ؞ ولان القطع عقوبه فلا يتعلق بفعل الصبي كحد الزنا ؞ واما الباقون فوجه قول ابي حنيفه وزفر انه اشترك في سبب الحد من يجب عليه الحد ومن لا يجب عليه الحد بنفس الفعل فصار ذلك شبهه في سقوط ما يسقط بالشبهه كالعامد والمخطي اذا اشتركا في القتل ؞ ولان العين معتبره كما ان الفعل معتبر ومعلوم ان المشاركه في العين يجوز ان يمنع من القطع فكذلك المشاركه في الفعل ؞ ولانا قد بينا ان حمل الواحد منهم كحمل جماعتهم فصار حمل غير المجنون كحمله ۝ لابي يوسف ان الصبي والمجنون اذا وليا الحمل ففعلهما هو المقصود وفعل غيرهما تبع فاذا لم يجب الحد بالمتبوع الفعل لم يجب في تبعه ؞ واذا كان الحامل عاقلا بالغا ففعله مما يتعلق به القطع وهو المتبوع فسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع ۝ وقال ابن سماعه في نوادره قال ابو حنيفه في رجلين يقران بسرقه ثوب يساوي مايه درهم من فلان فلما امر بقطعهما قال احدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه فاني ادرا القطع عنهما جميعا لانه شي واحد فاذا ادرات بعضه درات كله وذلك لان الاشتراك في الاخذ قد ثبت باقرارهما فاذا ادعى احدهما الثوب خرج فعله من ان يكون سرقه فخرج فعل الاخر من ذلك كما لو سرق ما لا لاحدهما فيه شركه ۝ قال ولو قال احدهما سرقنا هذا الثوب من فلان فقال الاخر كذبت لم نسرقه ولكنه لفلان قطعت المقر ولم اقطع المنكر وقال ابو يوسف لا اقطع واحدا منهما ؞ لابي حنيفه ان المقر اقر بالسرقه ولم يثبت مشاركه الاخر له فجحوده الفعل من غير ثبوت المشاركه لا يوجب سقوط القطع عن الاخر وصار كمن قال زنيت انا وفلان فقال فلان كذبت لم يسقط الحد عن المقر ؞ وكذلك لو قتلت انا وفلان وكذبه فلان وجب القصاص عليه لان المشاركه لم يثبت ما عرفهما فاذا كان فعل احدهما ليس بسرقه فكذلك فعل الاخر وليس هذا عند ابي حنيفه كرجل قال زنيت بفلانه فقالت كذبت لان فعل الواطي لا يجوز ان ينفرد عن الموطوه فاذا لم يصدقه على اثبات فعلها لم يثبت فعله منفردا عنها فلذلك سقط الحد عنه ؞ واما في مسألتنا ففعل كل واحد من السارقين يجوز ان ينفرد عن فعل الاخر فلم يكن جحود الاخر مانعا من ثبوت الفعل في حق المقر ؞ لابي يوسف ان المقر لم يقر الا بسرقه بعض الثوب مع الاخر وقد بطل حكم السرقه في حق الاخر فبطل في حق المشاركه لا سيما اذا كان يكون احد الثوب بعضه سرقه وبعضه ليس بسرقه ؞ وليس هذا عنده كما لو اقر بالزنا بفلانه فجحدت لان الزنا يجوز ان يثبت في حق الواطي دون الموطوه ؞ ولا يجوز ان يثبت السرقه في حق احد الاخذين دون الاخر ؞ قال ابو الحسن وهذه المسأله في الاصل وفي روايتها اللباس وفي بعضها مثل ما ذكر ابن سماعه في النوادر وهو الصحيح ۝ قال ابن سماعه سمعنا ابا يوسف قال قال ابو حنيفه في رجل سرق هو وصبي او هو وذو رحم من المسروق منه المتاع قال ادرا عن الاجنبي الحد اذا درات عن احدهما درات عن الاخر ؞ قال ابو يوسف استقبح هذا واقطع الذي وجب عليه القطع وادرا عن الصبي وعن المحرم وان كان احدهما شريكا للمسروق منه المتاع ۝ وفرق بين ان يكون احدهما ذا رحم او شريكا اما ابو حنيفه فوجه قوله ما قدمنا انه اشترك في الفعل من لا يلزمه الحد بنفس الفعل فكان ذلك شبهه في حق الباقين ۝ لابي يوسف ان فعل كل واحد منهما معتبر على حياله فاعتبر حاله بحال الانفراد وهذا يخالف للروايه الاولى عن ابي يوسف لانه اعتبر هناك المباشره فاسقط القطع عن الجماعه اذا باشر الصبي واطلق الجواب هاهنا ؞ وفرق بين مشاركه الصبي والمباشر وبين مشاركه الشريك وذلك لان المشارك في المال ماذون له في اخذه فاذا اجتمع اخذ ماذون واخذ غير ماذون لم يتعلق بغير الماذون حكم القطع ؞ وليس كذلك اخذ الصبي والمباشر لان كل واحد منهما غير ماذون فيه وانما سقط القطع لمعنى في انفسهما وذلك المعنى لا تعلق له بغيرهما ؞ وكذلك روي ابن سماعه عن ابي يوسف اذا كان في قطاع الطريق صبي او مجنون او اخرس قال ابو حنيفه ادرا الحد عنهم جميعا وقال ابو يوسف يدرا عن الصبي والمجنون والاخرس ويقام الحد على الباقين فابو حنيفه بنى على ما قدمنا ان الاخذ في قطاع الطريق يتعلق به الحد كاحد السارقين ؞ وابو يوسف بنا على هذا ايضا فاما الاخرس فالحد لا يجب عليه لانه يجوز ان يكون لو قدر على الكلام لادعى شبهه فمشاركته كمشاركه الصبي في اسقاط الحد عن شركايه ؞ وقال ابو يوسف في روايه ابن رستم اذا سرق ابن احدهما فلا قطع عليهما وهذا يخالف للصغير وهذه الروايه عن ابي يوسف تخالف ما قدمنا من روايه ابن سماعه ووجهها ان الابن له تبسط في مال ابيه فسقط الحد للمعنى في فعله فيسقط عن شريكه

باب الرجل يسرق شيئين احدهما لا قطع فيه

قال ابو حنيفه رحمه الله اذا وقع اخذ السارق على شيئين يوجب احدهما القطع اذا انفرد باخذه ولا يوجب الاخر

القطع لو انفرد باخذه فلا قطع عليه في قول ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وذلك مثل ان يسرق اناء فيه طعام لا يساوي مثله كاينا ما كان او يكون في جراب لبن او ماء او نبيذ او نحو هذا وقال ابو يوسف اذا كان الاناء يبلغ قيمته عشرة دراهم قطعته. قال هشام عن محمد في رجل سرق اناء فضة فيه ماء يساوي درهم وفي الاناء نبيذ او ماء فانه لا يقطع وكذلك لو كان في الاناء نبيذ فلا قطع عليه فقال محمد انظر الى الذي في جوفه فان كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم اقطعه قال ووجه هذا ان المقصود بالسرقة اذا كان مما لا قطع فيه لم اقطعه لغيره وان بلغ نصابا. واذا كان المقصود يجب فيه القطع وبلغ النصاب اقطع فيه في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقطع في الوجهين جميعا ووجه قولهما ان المقصود من السرقة ما في الاناء الا ترى انه لو قصد الاناء بالاخذ لالقى ما فيه. وما في الاناء لا يتعلق به قطع فلا يتعلق بما ليس بمقصود كمن سرق صبيا حرا عليه حلي. ولان العين معتبرة في وجوب القطع كالفعل فاذا كان الفعل لو اشترك فيه من يجب عليه القطع ومن لا يجب صار شبهة كذلك العين المقصودة اذا اجتمع فيها ما يتعلق به القطع وما لا يتعلق به القطع كان شبهة. لابي يوسف ان الاناء لو سرقه على الانفراد وجب فيه القطع فانضمام غيره اليه لا يسقط القطع فيه وصار وجود ما فيه وعدمه سواء. قال محمد وكذلك لو سرق مصحفا فيه ذهب وياقوت قيمته الف دينار لم اقطعه. وروي عن ابي يوسف انه قال يقطع. ووجه قولهما ان المقصود من السرقة المصحف دون ما عليه من الذهب والمقصود لا يتعلق به قطع فلا يتعلق بالتبع. لابي يوسف ان سرقة الذهب على الانفراد يتعلق به القطع فانضمام المصحف اليه لا يغير حكمه ووجوده وعدمه يجري واحد. وقال محمد ان سرق كوزا فيه عسل قيمة الكوز تسعة وقيمة العسل الذي فيه درهم قطعته. فان سرق حمارا يساوي تسعة وعليه اكاف يساوي درهم قطعته وذلك لان المقصود بالسرقة وهو العسل يتعلق به القطع ولم يسقط حكم الاناء وجمعا جميعا فكمل النصاب بهما. وكذلك الحمار والاكاف كل واحد منهما يتعلق به القطع على الانفراد فكمل احدهما بالآخر. قال هشام عن محمد ولو شرب ما في الاناء في الدار قبل ان يخرج الاناء منها ثم اخرج الاناء فارغا منه قطع لان المقصود الآن هو الاناء الا ترى انه اخرجه ولا شيء فيه والمقصود بالسرقة اذا كان مما يتعلق به القطع قطع. قال محمد عن ابي يوسف في الاملاء في نوادره قال ابو حنيفة ان سرق صبيا عبدا لا يتكلم وقال في النوادر لا يتكلم ولا يمشي وقال في الاملاء صغيرا لا يتكلم ولا يعقل قطعته وان سرق حرا صغيرا لم اقطعه. اما الصغير اذا كان عبدا لا يعقل ولا يتكلم فهو مال في نفسه ولا يد له على نفسه فصار كالبهيمة وليس كذلك الحر الصغير لانه ليس بمال وسرقة ما ليس بمال لا يتعلق بها القطع. وروى عن ابي يوسف انه لا قطع فيهما قال لان العبد من جنس الحر ولا قطع في الحر وبعض الجنس اذا اسقط فيه القطع سقط في بقيته. وقال ابو يوسف ان كان على الصبي الصغير حلي او طوق ذهب او فضة فان ابا حنيفة قال لا اقطعه وهو قول زفر ومحمد وقال ابو يوسف اقطعه اذا كان ما عليه يساوي عشرة دراهم فصاعدا ووجه قولهما ان المقصود بالسرقة هو الصبي الا ترى انه لو قصد الى الحلي لاخذه وترك الصبي والمقصود بالسرقة اذا لم يتعلق به القطع لم يتعلق بغيره. لابي يوسف ان الحلي بانفراده يتعلق به القطع فانضمام الصبي وهو لا يعقل كانضمام الحمار او البهيمة وقالوا جميعا اذا كان الصبي الحر يمشي ويتكلم فلا قطع عليه. وان كان عليه حلي لان له يدا على نفسه وعلى ما عليه فاخذه ليس بسرقة وانما هو خداع والخداع لا يتعلق به القطع. قال محمد ولو سرق كلبا في عنقه طوق ثمنه مائة درهم لم اقطعه. وقال الحسن عن زفر ان سرق قردا او خنزيرا او كلبا او ضبعا وفي عنقه شيء من ذلك قلادة تساوي عشرة او اكثر واقل انه لا يقطع وبه ياخذ الحسن وهذا على ما قدمنا ان المقصود بالسرقة اذا لم يتعلق به القطع لم يتعلق بالتابع له. وقال ابن سماعة عن ابي يوسف ان سرق منديلا فيه صرة دراهم فعليه القطع وكذلك قال ابو يوسف وهذا انما يريد به المنديل الذي يشد فيه الدراهم في العادة لان المقصود بالاخذ ما فيه دونه وما فيه نصاب كامل فيتعلق به القطع. قال ولو سرق ثوبا في طرفه صرة فيها دراهم فان ابا حنيفة قال لا قطع عليه الا ان يكون الثوب قيمته عشرة دراهم. قال كل شيء لا يكون وعاء مثل المنديل فكانت في ناحيته منه صرة دراهم سرقه رجل فلا يقطعه حتى يكون ذلك الشيء يساوي ما يقطع فيه فقال ابو يوسف ان علم بها فعليه القطع وان لم يعلم فلا قطع عليه. وقال ابن سماعة عن ابي يوسف خلاف هذا قال قال ابو حنيفة ان سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم وفيه عشرة مصرورة فان كان علم بها السارق قطع وان كان لم يعلم لم يقطع وقال ابو يوسف يقطع علم او لم يعلم لانه قد سرقهما جميعا. ووجه الرواية الاولى عن ابي حنيفة ان المقصود بالسرقة هو الثوب دون ما فيه لان الثوب ليس بظرف لعشرة دراهم في العادة فان كان المقصود نصابا قطع فيه والا لم يقطع. وكان اصحابنا يقولون ان كان في الثوب جملة من الدراهم يشد مثلها في ثوب قطع لان الثوب يكون ظرفا لمثلها فصار حينئذ كالمنديل اذا كان فيه صرة. ووجه الرواية الاخرى عن ابي حنيفة ... الرواية عن ابي يوسف انه اذا علم بالدراهم فقد قصدها فيتعلق بها القطع فاذا لم يعلم

بها فالمقصود الثوب فلا يقطع فيه. ووجه الرواية الاخرى عن ابي يوسف انه قد سرق جملة يتعلق بها القطع فعلمه بها لا يعتبر كما لو سرق شيئا لا يعلم قيمته. قال ولو سرق جرابا فيه مال او جوالقا فيه مال كثير قطع لان المقصود بالسرقة هو المال دون الظرف وذلك مما يتعلق به القطع. قلت ارايت ان سرق ثوبا فيه مال عظيم مصرور قد علم به اللص والثوب لا يساوي عشرة دراهم قال اذا كان هكذا قطعته فيه وهذا على ما قدمنا ان الثوب يصلح ان يكون ظرفا للمال الكثير ولا يصلح ان يكون ظرفا لليسير ففي الموضع الذي يكون ظرفا يعتبر المال وفي الموضع الذي لا يكون ظرفا يعتبر في نفسه.

باب المسائل المتفرقة

قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا اقر السارق بسرقة مرة واحدة قطع وقال ابن ابي ليلى لا يقطع حتى يقر مرتين وهو قول ابي يوسف. وحكى بشر بن الوليد في نوادره عن ابي يوسف انه رجع الى قول ابي حنيفة. ووجه قولهما ان كل ما جاز اثباته بشهادة شاهدين جاز اثباته باقرار مرة واحدة اصله الدليل عليه المال. ولانا لو لم نوجب عليه القطع بالمرة الاولى استحق به الضمان فلم يجب القطع بالاقرار الثاني لان الاخذ الذي يستحق به الضمان لا يقطع فيه كالغصب. ووجه قول ابي يوسف انه حد فوجب ان يعتبر عدد الاقرار فيه بعدد شهوده كحد الزنا. قال فان اقر انه سرق من فلان الغايب سرقة قيمتها عشرة دراهم لم يقطع عند ابي حنيفة ومحمد حتى يحضر المسروق منه يطالب بها فيقطع وقال ابو يوسف اقطعه. ووجه قولهما ما روي ان سمرة قال للنبي صلى الله عليه انى سرقت بعيرا لآل فلان فانفذ النبي صلى الله عليه فسالهم فقالوا انا فقدنا بعيرا لنا في وقت كذا فقطعه فلولا ان القطع يقف على مطالبتهم لم تكن المسالة معنى. ولان كل من في يده شيء فالظاهر انه ملكه فاذا اقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه المقر له. والغايب يجوز ان يصدق فيه ويجوز ان يكذب فيبقى الشيء على حكم ملك السارق فلم يجز ان يقطع فيه. لابي يوسف انه لو اقر بوجوب الحد فجواز ان يكذبه الغايب لا يمنع من اقامة الحد عليه اصله اذا اقر بالزنا بامراة غايبة يجوز ان تحضر فتدعي شبهة لم يمنع ذلك من اقامة الحد في الحال. قال واذا شهدت الشهود انه سرق من فلان الغايب عشرة دراهم لم يقطع حتى يحضر المسروق منه في قول ابي حنيفة ومحمد قال محمد واحبسه لانه من اهل التهمة والدعارة ويجب ان يكون هذا قولهم لان البينة لا تقبل الا بمدعي المال فغيبة المسروق منه تمنع من سماع البينة التي لا مدعي لها وانما حبس لانهم يشهدون بما يوجب التهمة وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه حبس رجلا في تهمة. قال محمد لو قال رجل سرقت هذه الدراهم ولا ادري لمن هي او قال سرقتها ولا اخبرك من صاحبها فانه لا يقطع وذلك لانه اقرار لغير معين والاقرار لغير المعين لا يتعلق به حكم فبقيت الدراهم على حكم ملكه فلم يقطع فيها. وقال ابو حنيفة في رجل ادعى على رجل سرقة فانكر انه يستحلف فان ابى ان يحلف لم يقطع وضمن المال وذلك لان دعوى السرقة يشتمل على وجوب الرد والقطع والمال يستحلف فيه والقطع لا يستحلف فيه فوجب ان يستحلف لاجل المال فان نكل عن اليمين فنكوله يقتضي وجوب المال والقطع والمال يستوفيه بالبدل والقطع لا يستوفى به فلذلك ثبت احدهما دون الآخر. قال ولو اقر بذلك اقرارا ثم رجع عن اقراره وانكر لم اقطعه وضمنته المال لان الرجوع يقبل في الحدود ولا يقبل في المال الذي هو حق الآدمي واقراره تضمن الامرين فاذا رجع سقط ما يسقط بالرجوع وبقي ما لا يسقط. قال ولو شهدت شهود على سرقة بعد حين لم يقطع وضمن المال وذلك لما روي عن عمر انه قال انما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا عند حضرته فانما هم شهود ضغن لا يقبل شهادتهم. ولان حد السرقة يثبت لحق الله تعالى كحد الزنا وقد بينا ان تاخير الشهادة يسقط حد الزنا فكذلك حد السرقة واذا سقط الحد وجب المال لان المال لا يسقط بالتاخير والحد يسقط به. وقال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في عبد لرجل محجور عليه في يديه الف درهم فقال سرقتها من هذا الرجل وقال المولى الالف لي قال اقطع العبد ولا اصدق المولى. وقال ابو يوسف اقطع العبد وهي للمولى. وقال محمد لا اقطعه وهي للمولى وهو قول زفر. وقال محمد في املائه مثل قول ابي حنيفة اذا كان العبد ماذونا في التجارة. وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف مثل رواية في الجامع. وقال بشر بن الوليد في نوادره عن ابي يوسف في عبد اقر انه سرق من هذا الرجل عشرة دراهم بعينها قال كان ابو حنيفة يقول لا اقطعه لان ما في يده لمولاه وان كان استهلكها قطعته ثم رجع عن ذلك وقال ارايت ان كانت الفا فاستهلك خمسمائة وفي يده خمسمائة كيف اقطعه بما استهلك واجعل هذا لمولاه فقال اقطعه في الوجهين مستهلكة كانت او قائمة. قال ابو يوسف رحمه الله وجملة هذا ان الماذون اذا اقر بسرقة قطع ودفع المال الى المسروق منه وقال زفر يدفع المال الى المولى ولا يقطع. ووجه قولهم ان العبد غير متهم على نفسه في الاقرار بالحد لما يلحقه فيه من الضرر فصار فيها كالحر. ولان هذا المعنى لا يملكه المولى منه فصار العبد فيه كالاحرار

وجه قول زفر ان هذا الاقرار تضمن اتلاف رقبته وهي مال المولي واقرار العبد باتلاف مال لا يقبل .: فاما المحجور اذا اقر بسرقة مال بعينه فوجه قول ابي حنيفة ان اقرار العبد بالحد جائز فلا يخلوا اما ان يقطعه في المال المقر به بعينه ويرده علي المسروق منه او علي المولي او يقطعه في غيره او لا يقطعه ولا يجوز ان يسقط القطع لانا قد دللنا علي وجوب الحد عليه باقراره خلاف زفر ولا يجوز ان يقطعه ويحكم بالمال للمولي لان قطع العبد في مال محكوم به لمولاه لا يجوز فيحكم بما يجوز اقراره به دون ما لا يجوز كما لو شهد رجل وامراتان بالسرقة وهذا ليس بصحيح لان هناك افرد المال عن القطع وذلك جائز وها هنا يفرد القطع عن المال وذلك لا يجوز .: وجه قول محمد ان اقرار المحجور بالمال لا يجوز فاذا لم يتعد اقراره في المال بقي علي حكم ملك المولي فلم يجز ايجاب القطع فيه .: وليس كذلك الماذون لان اقراره بالمال جائز .: فاذا صح اقراره بالمال تبعه القطع .: قال بشر سمعت ابا يوسف قال في رجل اقام بينة علي عبد انه سرق منه قال لا اقطع يده حتي يشهد مولاه ان كان غايبا وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ثم قال بعد ذلك اقطعه وان كان غايبا .: وقال محمد في املاه عن ابي يوسف انه اذا اقامت بينة علي عبد بحد او قصاص وهو يجحد ذلك قضي عليه وان كان مولاه غايبا بمنزلة الاقرار .: وجه قولهما ان هذه البينة يتعلق بها استحقاق جزء من العبد فصار كالبينة بملك شيء من رقبته فلا يقضي بها مع غيبة المولي .: وجه قول ابي يوسف ان العبد في الحدود كالاحرار بدلالة انه يجوز اقراره بها مع جحود المولي والحر لا يقف سماع البينة عليه علي حضور غيره .: قال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في الطرار ان طر الصرة وهي خارج لم يقطع وان ادخل يده في الكم فطرها قطع .: وقال ابو يوسف هذا كله سوا يقطع وكذلك روي ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة بعين رواية الجامع وقال قال ابو يوسف هما سوا وعليه القطع وكان ابو بكر يفسر هذه المسلة فيقول ان الدراهم اذا كانت بعد حل الرباط تكون علي ظاهر الكم لم يقطع الذي طرها لانه اخذها من غير حرز فان كانت اذا حل الرباط حصلت في داخل الكم فهو اخذ من حرز فيقطع وقال الرازي مالك كان ابو يوسف يفسرلنا قول ابي حنيفة فيقول اذا كانت مصرورة من خارج الكم فطرها من خارج قطعته وان كانت الصرة داخل الكم لا يقطع الا ان يكون ادخل يده الكم واخذها .: وجه ذلك انها اذا كانت علي ظاهر الكم فحرزها الرباط فاذا اخذها فهي ككيس معلق علي ظاهر الكم فيجب عليه القطع فاذا كانت في داخل الكم فهي محرزة بالكم فما لم يهتك الحرز بادخال يده فيه لا يقطع لابي يوسف ان الرباط حرز لها فاذا اخذها فليس باكثر من اخذ الدراهم موضوعة بين يديه او بقربه فيجب عليه فيها القطع .:

باب قطاع الطريق

قال الله تعالي انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا الاية .: والمحاربون المذكورون في الاية عند ابي حنيفة رضي الله عنه هم القوم الذين يجتمعون ولهم منعة بانفسهم ممن ارادهم يحمي بعضهم بعضا ويتناصرون ما قصدوا له ويتعاضدون عليه وسوا كان امتناعهم بحديد او بعصي او خشب او حجارة يكون قطعهم الطريق علي المسافرين في دار الاسلام من المسلمين او من اهل الذمة دون غيرهم وهذه الشروط اذا اجتمعت صاروا محاربين وهم ايضا محاربون عند زفر وابي يوسف ومحمد بن الحسن .: والاصل في حد قطاع الطريق هذه الاية وقد اختلف الناس في معناها فمنهم من قال ان قوله انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله المراد به يحاربون اوليا الله واوليا رسوله لان الله تعالي يستحيل ان يحارب ولكنهم لما حاربوا اولياه حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه وقيل ان المراد بالاية انهم في حكم المحاربين لله لانهم تحزبوا وامتنعوا وتظاهروا بخلاف امره فصاروا في حكم المحارب له وهذا اتساع في الكلام وهو كقوله تعالي ومن يشاقق الله وهذا مجاز لان المشاق من كان في شق والاخر في شق وهذا لا يوصف به الله تعالي وانما هو استعارة .: وقد قال اصحابنا وجميع الفقهاء ان الاية تتناول المسلم والكافر وهو قول السلف ومن المتاخرين من قال ان الاية خاصة في المرتدين وهذا فاسد لان قتل المرتد لا يقف علي المحاربة ولا علي اظهار الفساد في دار الاسلام ولا يجوز ان يقتصر به علي قطع اليد ولا علي النفي والاية تقتضي ذلك .: ولان الاية تقتضي سقوط الحد بالتوبة قبل القدرة والمرتد يسقط حده بالتوبة قبل القدرة وبعدها فدل ان الاية لا تعلق لها بالمرتدين .: والذي روي انس ان العرنيين لما دخلوا المدينة قال لهم النبي صلي الله عليه لو انطلقتم الي ذود فاشربوا ابوالها والبانها فمضوا فلما صحوا قتلوا راعي النبي صلي الله عليه واستاقوا الذود فبعث النبي عليه السلم في طلبهم فاتي بهم فقطع ايديهم وارجلهم وسمل عيونهم والقاهم في الحرة فنزلت الاية ولا دلالة فيه لان هذا الحكم فعله رسول الله صلي الله عليه قبل نزول الاية ثم نزلت الاية من بعد بوجوب القطع والقتل والصلب ويستحيل ان يقطع الا فيه من قد قطع ولم ينقل انه صلبهم فدل علي ان حكم العرنيين لم يكن مستفادا من الاية .: وقد روي الكلبي عن ابن عباس ان الاية نزلت في اصحاب ابي برزة الاسلمي وكان موادعا للنبي عليه السلم فجرح قوم الي النبي عليه السلم ليسلموا فقتلهم اصحاب ابي برزة واخذوا اموالهم فنزلت هذه الاية وهذا لا يوجب الاقتصار بحكمها علي الكفار لان الحكم عندنا بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .: واختلف العلما في الاحكام المذكورة في الاية قال اصحابنا انها علي الترتيب فمن خرج منهم فاخاف السبيل ولم يقتل ولم ياخذ مالا نفي ومن اخذ مالا قطعت يمينه ورجله اليسري ومن قتل ولم ياخذ المال قتل ومن قتل واخذ المال فالامام مخير فيه ان شا قطع يده ورجله وصلبه وان شا لم يصلبه .: وروي عن ابي يوسف انه قال لا اعفيه من الصلب .: وقال

محمد اقتله ولا اقطعه وقال مالك الحكم علي التخيير فيجوز للامام ان يقتل من خرج ولم ياخذ مالا ولم يقتل نفسا وهو قول سعيد بن المسيب .: وروي الحجاج بن ارطاة عن عطية العوفي عن ابن عباس ان الحد علي الترتيب مثل قولنا وهو قول ابرهيم والدليل علي ذلك ان الله تعالي جمع في ظاهر اللفظ بين الاشيا الاربعة فظاهر اللفظ لو كانت علي التخيير لا يقتضي ان للامام ان يقتصر علي النفي في حد القاتل الاخذ للمال وهذا لا يقوله احد فثبت ان الاية لم تتضمن التخيير .: ولان الخارج اذا لم ياخذ مالا ولم يقتل فانما هم بالمعصية وذلك لا يوجب القتل كالعزم علي ساير المعاصي فاذا ثبت ان الاية ليست علي التخيير ففيها فعل مضمر في كل حكم فكانه قال ان يقتلوا ان قتلوا او يصلبوا ان قتلوا واخذوا المال او تقطع ايديهم وارجلهم ان اخذوا المال او ينفوا من الارض ان اخافوا .: واذا ثبت انها علي الترتيب قلنا ان اخذ المال قطع لان اخذ المال يتعلق به القطع في غير قاطع الطريق فغلظ في قاطع الطريق بقطع الرجل .: وان قتل قتلوا لان القتل يتعلق به القتل وغلظ ذلك في قاطع الطريق ان صار القتل حتما لا يجوز العفو عنه .: وان قتلوا واخذوا المال كان للامام ان يجمع عليهم القطع والقتل عند ابي حنيفة وابي يوسف وذلك لان حد قاطع الطريق يجب بمعني واحد وهو المال الا تري انه انما يقتل ليتمكن من اخذ المال والحد اذا تعلق بسبب واحد لم يدخل بعضه في بعض كالجلدات في الزنا .: ولا يقال لو كان كذلك لم يجز للامام ان يقتصر علي القتل لانه انما يقتصر عليه لان الترتيب غير ماخوذ عليه في الحد فاذا بدا بالقتل سقط القطع حكما لا يستحق استيفاؤه بعد الموت وصار كالزاني اذا جلد بعض الجلدات فمات سقط بقية الحد عنه حكما .: وجه قول محمد ان النفس وما دون النفس اذا اجتمعا في حق الله تعالي دخل ما دون النفس في النفس كالسارق اذا زنا وهو محصن .: واما الصلب فالامام مخير فيه عندنا لان النبي صلي الله عليه لم ينقل عنه انه صلب العرنيين .: ولانه صفة في القتل وصفات القتل لا تكون شرطا لابي يوسف ان الله تعالي نص علي الصلب كما نص علي القتل فلم يجز اسقاط واحد منهما كما لا يجوز اسقاط الاخر .: واختلفوا في كيفية الصلب فذكر ابو الحسن عن ابي يوسف انه يصلب حيا ثم يبعج برمح حتي يموت .: وذكر الطحاوي انه يصلب بعد القتل والصحيح ما حكاه ابو الحسن ووجهه ان الصلب يفعل علي وجه الزجر والردع وذلك لا يكون بعد الموت .: ووجه قول الطحاوي ان الصلب حيا مثله وقد نهي صلي الله عليه عن المثلة .: ولانه يودي الي التعذيب في القتل وذلك ممنوع منه .: وقد قالوا ان الامام يصلبه ثلثة ايام ثم يخلي بينه وبين اهله لانه يتغير بعد الثلث فيستضر به الناس .: ولان المقصود منه الزجر واشتهار حاله وهذا المعني يكتفي به بثلثة ايام .: فاما النفي المذكور في الاية فهو ان يوخذ فيحبس حتي تحدث توبة وقال الشافعي يطلب في كل بلد وهذا ليس بصحيح لان الله تعالي قال او ينفوا من الارض فلا يخلوا ان يكون المراد به النفي من المكان الذي يقطع فيه لان الغرض ان يصرف اذيته عن المسلمين فلو نفيناه الي بلد اخر لاستضر به الناس هناك والامام مامور بدفع الضرر عن جميع الناس ولا يجوز ان يكون المراد به النفي من دار الاسلام لان اخراجه الي دار الحرب تعريض له بالردة وان يصير حربا للمسلمين وهذا لا يجوز فلم يبق الا ان يكون المراد به النفي من جميع الارض الا مكان الحبس .: وقد قيل لمن حبس انه لخروج من الارض .: وقال الشاعر

خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحيا فيها ولا الموتي
اذا جاءنا السجان يوما لحاجة فرحنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولان الحبس قد ثبت في العقوبات علي وجه التعزير ولم يثبت الطلب علي وجه التعزير فكان اثبات ما له نظير اولي .: فاما قوله تعالي الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم فقد دل علي ان قاطع الطريق اذا تاب قبل ثبوت اليد عليه سقط عنه الحد وان تاب بعد ثبوت اليد عليه لا يسقط الحد عنه كما لا يسقط الحدود بالتوبة .: وقد روي الشعبي عن سعيد بن قيس ان حارثة بن بدر قطع الطريق ثم تاب قبل ان يقدر عليه فكتب علي بن ابي طالب رضوان الله عليه الي عامله بالبصرة ان حارثة بن بدر خرج محاربا لله ولرسوله ثم تاب واصلح قبل ان يقدر عليه فلا تعرض له الا بخير .: واما الكلام في صفة المحارب المستحق للحد فهو الخارج اذا كان له منعة وشوكة لانه انما فارق السارق بهذا المعني .: ومن خرج في غير مصر بسلاح او خشب فامتنع وقدر ان يدفع عن نفسه فقد حارب وانفرد باليد فيجري عليه الحد .: فاما من فعل ذلك في المصر فان الحد لا يجري عليه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجري عليه الحد .: وجه قولهما ان الخارج في المصر يلحقه الغوث في الغالب فلا يتمكن من المغالبة فصار في حكم السارق .: لابي يوسف ان هذا حد فلا يختلف بالمصر وغير المصر كساير الحدود .: وكان اصحابنا يقولون انما اجاب ابو حنيفة علي ما شاهد في زمانه لان اهل الامصار كانوا يحملون السلاح فلا يتمكن قاطع الطريق من مغالبتهم في المصر فاما الان فقد ترك الناس هذه العادة فامكن ان تغلب قاطع الطريق في الامصار ولا يدفعون فان الحد يجري عليهم .: وعلي هذا قال ابو حنيفة فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجري عليه الحكم لان الغوث في زمانه كان يلحق في ذلك الموضع لاتصال المصر فاما الان فقد صار ذلك بالبرية فيجري فيه احكام الطريق .: وانما قال ان قاطع الطريق يستوي فيه الامتناع بالخشب او السلاح لان المعني يوجد جميعا وهو التغلب والامتناع وانما خصه بدار الاسلام لان الحدود اذا وجدت اسبابها في دار الحرب

في دار الحرب لم يستوفها الامام في دار الاسلام وانما خص ذلك من قطع على المسلمين واهل الذمه لان مال كل واحد منهم حظر على التابيد. واما المستامن فماله محظور حظرا موقتا فلا يتعلق به الحد كما لا يتعلق به القطع في السرقه. قال والسوا منهم من باشر القتل واخذ الاموال ومن لم يباشر وكان ردا لهم دافعا فالحكم فيهم كلهم سوا اما لزم المباشر فهو لازم لغيره ممن كان معينا لهم وذلك لانه حكم يتعلق باخذ المال على وجه المحاربه فيستوي فيه المعين والمباشر كالغنيمه. ولان المقصود من قطع الطريق ليس هو المباشر وانما هو التمكين وهذا المعنى موجود في الردا. وذكر ابو يوسف في قطاع الطريق في المصر ان قاتلوا نهارا بسلاح اجرى عليهم الحكم وان خرجوا بخشب لم يجد عليهم الحكم. وان قاتلوا ليلا بسلاح او خشب فهم قطاع طريق وذلك لان المقاتل بالسلاح الى ان يدركه الغوث ياتي على من خرج عليه واذا كان بخشب ادركه الغوث قبل ان ياتي عليه. فاما الليل فان الغوث يقل فياتي عليه بالامرين جميعا فلذلك استويا. قال وما وجب على قاطع الطريق من قتل او قطع او صلب فذلك الى الامام ليس الى الاوليا منه شي ولا الى ارباب الاموال طالب الاوليا به او لم يطالبوا عفوا عنه او لم يعفوا ابروا منه او صالحوا عليه فذلك كله مردود يتولى الامام اقامه ذلك عليهم لله تعالى وذلك لان القتل والقطع انما يثبت على طريق الحد والحدود تثبت لحق الله تعالى ولا يوثر فيها عفو الادمي ولا مصالحته. قال وليس للامام اذا ثبت ذلك عنده تركه ولا اسقاطه ولا العفو عنه لما روي عنه صلى الله عليه انه قال لا ينبغي لوالي حد ان يترك حدا من حدود الله الا اقامه. وروي انه قال تعافوا الحدود فيما بينكم فاذا رفعت الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا. قال وانما يجري الحد في قاطع الطريق اذا كان ما اخذوه من المال يصيب كل واحد منهم عشره دراهم فصاعدا. وقال الحسن بن زياد عشرون فصاعدا. وقال عيسى بن ابان اذا قتلوا اجري عليهم القتل حدا وان كان ما اخذه كل واحد منهم اقل من عشره. والواجب في اعتبار النصاب ان هذا الحد انما وجب صيانه للاموال الا ترى ان قطاع الطريق لا يخرجون للقتل وانما يخرجون لاجل الاموال وانما يقتلون ليتمكنوا من المال والحد الذي يجب باخذ المال يعتبر فيه نصاب مقدر في حق كل واحد من المشتركين كالسرقه. وجه قول الحسن ان في السرقه يقطع طرف واحد بسرقه عشره فاذا كان في قطع الطريق قطع الطرفين شرطت فيه نصابين. واما عيسى فانه يقول ان القطع في قاطع الطريق يجب باخذ المال والقتل بالقتل ومعلوم انهم لو اخذوا المال ولم يقتلوا اجري عليهم حد القطع كذلك اذا قتلوا ولم ياخذوا المال اجري عليهم حد القتل. قال وما يسقط الحد في السرقه والحدود من الشبهه فهو يسقط ما يلزم من حدود المحاربه وذلك لما بينا انها عقوبه تجب لحق الله تعالى فيؤثر فيها الشبهه كساير الحدود. قال واذا كان في المحاربين ذو رحم محرم من المقطوع عليهم لم يقطع واحد منهم وكان ابو بكر الرازي يقول هذه المسله محموله على ان المقطوع عليهم مشتركون في مال واحد وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم ولا يجري الحد على الباقين لان مال ذي الرحم كمال اخيه القاطع في باب الحد فصار كجماعه قطعوا على مال مشترك بين احدهم وبين المقطوع عليهم. فاما اذا كان لكل واحد منهم مفرد فان الحد يجري عليهم الا ان الاخذ من ذي الرحم المحرم لا يتعلق به حد والاخذ من غيره يتعلق به الحد وهو اخذ منفرد فيصير كجماعه سرقوا من اجنبي وسرقوا من حرز اخذ مالا تشارك فيه احدهم او لذي رحم محرم من احدهم. قال واذا كان في المحاربين صبي او مجنون سقط الحد عندابي حنيفه وزفر عن جماعتهم. وقال ابو يوسف ان باشر الاخذ والقتل الصبي والمجنون فلا حد على الباقين وان باشر العقلا حد الباقون. وجه قولهما ان الصبي والمجنون لا حد عليهم وقد شاركا في سبب الحدود وسبب العقوبه اذا شارك فيه من لا يلزمه العقوبه بنفس الفعل لم يجب على الباقين كالمخطي والعامد اذا اشتركا في القتل. لابي يوسف ان الصبي اذا باشر فهو المتبوع والباقون تبع فاذا لم يجب الحد على المتبوع فسقوطه عن التبع اولى. واذا باشر العاقل البالغ فقد وجب الحد على المتبوع فسقوطه عن التبع لا يمنع. وان كان فيهم امراه فان هشاما قال سمعت محمدا يقول في عشره قطعوا الطريق وفيهم امراه فوليت المراه القتل فقتلت واخذت مالا ولم يفعل ذلك الرجال فاخبرني ان ابا يوسف قال اقتل الرجال واصنع فيهم ما اصنع بالمحاربين ولا اقتل المراه. وقال محمد اقتل المراه ان كانت قتلت واضمنها المال ان كانت اخذت مالا ولا اقتل الرجال ولكن اوجعهم ضربا واحبسهم. وروى ابن رستم في نوادره قال محمد قال ابو حنيفه في قوم قطعوا الطريق وفيهم امراه والذي ولي القتل منهم امراه قال ادرا عنهم الحد وهو قول محمد. وقال ابو يوسف اقتل الرجال ولا اقتل المراه. وروى ابن سماعه وعلي بن الجعد عن ابي يوسف قال قال ابو حنيفه فان كانت معهم امراه قطعت معهم او غلام لم يحتلم درات الحد عنهم. وقال ابو يوسف ادرا عن المراه والغلام واقيم الحد على الرجال اذا اشتركوا. اما الكلام واجرا حد قطاع الطريق على النسا من قول اصحابنا انه لا حد عليهن وذكر الطحاوي في مختصره قال والرجال والنسا في قطع الطريق سوا وانكر ذلك اصحابنا فوجه قولهم المشهور انه حكم يلزم باخذ مال على طريق المغالبه والمحاربه ولا تساوي المراه فيه الرجال كالسهم في الغنيمه. وجه ما قاله الطحاوي انه حد فليستوي في وجوبه الرجل والمراه كساير الحدود. ولان الحد ان كان للقطع فذلك يثبت في حق النسا كالسرقه. وان كان القتل يثبت في حقهن كالرجم واذا ثبت ان الحد لا

يثبت على النسا لم يجب على الرجال لانهم شاركهم في سبب الحد من لا حد عليه بنفس الفعل. واما ابو يوسف ففرق بين المراه والصبي فقال ان الصبي اذا باشر لم يحد من لم يباشر واذا باشرت المراه حد الرجال لان المراه من اهل التكليف ويتعلق الحدود بفعلها وانما سقط عنها لمعنى في نقصان محاربتها فلا يوجب ذلك سقوط الحد عن غيرها. واما الصبي فلا يتعلق بفعله حد لعدم التكليف فيسقط عمن هو تابع. قال ويدفع من قتل منهم وهو رجل ليس بمجنون فقتل بحديده الى الاوليا فيقتلون او يعفون. وان كان قتل بعصا او حجر كان على عاقلته الديه لورثه المقتول. وان كان الذي ولي القتل الصبي او المجنون كان على عاقلتهم الديه وان كان اخذ الاموال ضمنها. وذلك لان الحد اذا سقط بقي حق الادمي في القصاص والضمان الا ترى ان الحد في السرقه لحق الله تعالى فاذا سقط وجب ضمان المال كذلك اذا سقط الحد هاهنا وجب القصاص في قتل العمد والديه في شبه العمد ولزم ضمان. وكذلك اذا تاب المحاربون قبل القدره عليهم وقد قتلوا واخذوا الاموال او فعلوا واحدا من الامرين وذلك لان الحد يسقط بالتوبه قبل القدره فيجب القتل واستهلاك المال ما يجب في غير المحاربه. قال وان جا وا تايبين وقد جرحوا جراحا اقتص فيما يقدر على القصاص فيه ويضمنون ما اخذوا من الاموال ان كانت مستهلكه وذلك لان الحد لما سقط بالتوبه صارت الجراح في غير قاطع الطريق. قال واذا اخذوا وقدر عليهم قبل التوبه ولم يكن منهم قتل ولا اخذ مال وقد كانوا اصابوا في ذلك جراحات فانه يقتص فيما يقدر على القصاص فيه ويضمنون ما لا يقدر على القصاص فيه ويستودعون الحبس وذلك لانهم اذا لم يصيبوا مالا ولم يقتلوا نفسا فالواجب عليهم التعزير ولا يدخل فيه الجراح واذا قتلوا واخذوا المال فالواجب فيه الحد فيدخل الجراح فيه. قال فان اخذهم الامام بعدما تابوا وكانوا اصابوا من الاموال ما لا يصيب كل رجل منهم عشره دراهم وقد كانوا اخرجوا وقتلوا فانهم لا يقطعون ويضمنون المال ويقتص منهم فيما اصابوا من قتل او جراح عمدا وغير ذلك لما بينا ان الحد لا يجري عليهم الا بعد كمال النصاب في حق كل واحد منهم واذا سقط الحد صار كالقتل والجراحه في غير الطريق وكذلك اذا سقط الحدود التي في الايه لمعنى من المعاني بتوبه او بشبهه بطل عنهم ما كان في الايه من الحدود ورجعوا في ذلك الى الحكم في غير المحاربين وهذا على ما قدمنا. وذكر حديث الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس في قوله تعالى انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله قال كان هذا فيما بلغنا في حي من كنانه كان بينهم وبين رسول الله صلى الله عليه حلف وموادعه فعمد ناس منهم فقطعوا الطريق على من ياتي رسول الله صلى الله عليه فنزل جبريل فيهم بهذه الصفه وامر رسول الله صلى الله عليه بطلبهم. وقال من قدرت عليه منهم وقد قتل واخذ المال فاقتله واصلبه ومن قدرت عليه منهم وقد قتل ولم ياخذ المال فاقتله ومن وجدته وقد اخذ المال ولم يقتل فاقطع يده ورجله ومن اعجزك ان تدركه فهو يخرج من نفيه فهذا النفي الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فمن جا منهم تايبا قبل ان يقدر عليه هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وكان الله غفورا رحيما وهذا الخبر يدل على ان الحد على الترتيب خلاف قول من جعله على التخيير. وذكر عن علي رضوان الله عليه في قوله تعالى انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله قال كان علي عليه السلم يقضي في الرجل اذا حارب الله ورسوله واخذ قبل ان يجي تايبا نظر في امره فان لم يجده اصاب مالا ولا دما نفي سنتين وان وجده اصاب مالا جلده دون حد المملوك وحرم نصيبه من الفي سنه وهذا يدل من قول علي رضوان الله عليه ان الحد يجري على المسلمين لان الكافر لا حق له في الفي. وذكر عن الليث بن سعد عن محمد بن عجلان عن ابي الزناد ان رسول الله صلى الله عليه لما قطع الذين سرقوا اللقاحه وسمل اعينهم بالنار عاتبه الله تعالى على ذلك فانزل انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله. وعن ابن سيرين في قصه العرنيين كان هذا قبل ان تنزل الحدود وهذا يدل على ان الايه لم تنزل في شان العرنيين وان ما جرى عليهم من الحكم كان بغير الايه.

باب من له ان يقيم الحدود

قال محمد في كتاب السرقه في الامير يكون بالسواد على طسوج او رستاق على معونه او خراج يوتى بسارق ويشهد عليه الشهود بالسرقه ويثبتونها قال ليس يقطع ولا يحكم في الحدود وانما ذلك الى امرا الامصار والمدن والاصل في هذا ان اقامه الحدود الى امام المسلمين لانها حق لله تعالى والامام هو المنصوب لاستيفا حقوق الله تعالى فللامام ان يستخلف على اقامه الحد الا ترى ان النبي عليه السلم كان يولي الامرا ويجعل اليهم تنفيذ الاحكام واقامه الحدود. ولان الامام لا يقدر على استيفا جميع الحدود بنفسه لانه مقيم في مكان واحد والحدود تجب في اقطار الارض فلو لم يستخلف عليها ادى الى ابطالها وهذا لا يجوز. واذا ثبت ان له ان يستخلف فذلك على ضربين احدهما ان ينص على اقامه الحدود فيجوز لخليفته اقامتها لانه اذن له في ذلك. والثاني ان يوليه ولايه عامه مثل اماره اقليم او بلد عظيم فيملك هذا الامام اقامه الحدود وان لم ينص له عليها لانه فوض اليه القيام بامر المسلمين في بلده تفويضا عاما فملك اقامه الحدود لانها من النظر في ساير مصالحهم. واما اذا ولى رجلا ولايه خاصه مثل جبايه الخراج لم يملك اقامه الحدود لانه لم ينص على توليتها ولا فوض اليه عموم التصرف وانما قلده امرا خاصا فوجب ان يختص كما فوض اليه فان في الامير يستعمل على الكثر فيدخل دار الحرب غازيا فيوتى بسارق من جنده وقد

الا

مالا قال ان كان امير مصر من الامصار او مدينة من المدن فغزا بجنده فانه يقيم الحدود ويقطع السارق ويقضي في عسكره كما يقضي في مصره ومدينته واذا كان ليس بامير مصر ولا مدينة وانما بعثه امير المصر او امراء المداين غازيا فلا ينبغي لهذا ان يقيم الحدود في عسكره ۞ وذلك لان امير المصر يملك اقامة الحدود في بلده فاذا خرج باهله او ببعضهم ملك عليهم ما كان يملكه منهم قبل الخروج وليس كذلك من اخرجه من امراء البلد غازيا لانه كان لا يملك منهم اقامة الحدود قبل خروجه ولم يجعل اليه ذلك ولا فوض اليه التصرف على العموم فلا يملك اقامة الحدود ۞ وقال في قوم من اهل البغي قاتلوا المسلمين وباينوهم فكانوا في عسكر او مدينة عظيمة لهم امام وحكمهم ظاهر على اهل تلك المدينة والبلاد والمسلمون واهل العدل في عسكر عظيم منعهم امامهم فاتي بسارق قد سرق من العسكر من الجند من اهل السواد او من اهل المدينة عبدا كان او حرا قال يقطعه وتقيم في عسكره الحدود ويقضي بالقصاص في الاشياء كلها كما يقضي اذا كان مقيما في غير العسكر وذلك لان الامام يده ثابتة على جميع دار الاسلام فسواء كان في مصره او معسكره لان يده باقية فله ان يقيم الحدود ∴ قال وكذلك ان استعمل قاضيا لان الحدود تفتقر الى سماع الشهادة والقاضي يملك ذلك ۞ واذا ملك اثبات الحد ملك الاستيفاء ∴ قال فان جاء رجل من اهل البغي تائبا واتاه بسارق قد سرق من عسكر اهل البغي لم يقطعه لانه سرق في موضع لا يد للامام عليه فيه فلم يثبت للامام حق المطالبة عند السرقة فلا يثبت له في الثاني ۞ قال ولو كان قوم من اهل العدل تجار في عسكر اهل البغي او كانوا اسرى في ايديهم فسرق رجل منهم متاعا من ذلك فلما خرجوا الى اهل العدل اخذ السارق واقام عليه البينة لم يقطعه الامام وذلك لانه سرق في موضع لا يجري فيه حكم الامام فصار كالسارق من دار الحرب ∴ قال وكذلك لو كان هؤلاء التجار وهؤلاء الاسرى في دار الحرب من اهل الشرك وذلك لان دار الحرب لا يد فيها للامام فلا يستوفي الحدود التي وجبت فيها ∴ قال وكذلك لو ان رجلا من المسلمين زنا في دار الشرك بامراة من المسلمين او من اهل الشرك او شرب في دار الحرب خمرا او فعل ذلك كله في عسكر اهل البغي ثم اتي به امام اهل العدل لم يقم عليه الحد في شيء من ذلك وهذا لما قدمنا ∴ قال وكذلك رجل من اهل العدل اغار في عسكر اهل البغي فسرق فجاء به اصحاب المسروق منهم الى امام اهل العدل لم يقطعه الامام وهذا لوجهين احدهما انه سرق في موضع لا يد للامام عليه ∴ والثاني انه اخذ بشبهة لان لاهل العدل ان ياخذوا اموال اهل البغي فيحبسوها حتى يتوبوا فيصرفوها بذلك والاخذ اذا قارنته شبهة يسقط القطع فيه ∴ قال وكذلك لو ان رجلا من اهل البغي اغار في عسكر اهل العدل ليلا فسرق ثم رجع الى عسكره ثم اخذ بعد ذلك فاتي به الى امام اهل العدل لم يقطعه ذلك لان اهل البغي يستحلون اموال الناس ولهم دار ينفردون بها واحكامهم تجري فيها ولم يطالبوا باحكامنا ثم لم يطالب الصحابة بعضهم بعضا في الفتنة من الدماء والاموال ∴ قال ولو ان رجلا في دار اهل العدل سرق مالا وهو ممن يشهد على صاحبه بالكفر ويستحل ماله ودمه فسرق منه مالا قطعته وذلك لان هذا من اهل دارنا سرق من دارنا ويد الامام ثابتة عليه فلو سقط الحد بتاويله لم يقم حد في سرقة الا ترى ان كل سارق يدعي استحلال مال المسروق منه فيسقط عن نفسه القطع وهذا لا يصح ۞

كتاب الهبة

قال ابو الحسن رحمه الله الهبة جايزة عند اهل العلم جميعا قال رحمه الله والاصل في جواز الهبة الكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ∴ وقال صلى الله عليه تهادوا تحابوا ∴ واجمع المسلمون على ذلك ∴ قال ولا تملك عند اصحابنا رحمهم الله جميعا الا بالقبض فاذا قبضت بعد القول ملكت وما لم تقبض فهي على ملك الواهب يجوز تصرفه فيها كما يجوز قبل القول والقبض له ان يعتق ما وهب قبل القبض ويبيع ويرهن ويواجر ويفعل جميع ما يفعل المالك في ملكه لا يمنع ما تقدم من عقد الهبة وسواء كان الموهوب له في هذا الوجه ذا رحم او اجنبيا ∴ وقال مالك يملك الهبة بالعقد من غير قبض ∴ لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال يقول الله تبارك وتعالى يا ابن ادم تقول مالي مالي ليس من مالك الا ما اكلت فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فامضيت ∴ فجعل الصدقة اذا قارنها الامضا ∴ وروي عن ابي بكر انه قال لعايشة في وصيته اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني جزتيه ولا قبضتيه وانما هو مال الوارث فلم يحكم بتمام الهبة لعدم القبض فيها ∴ وروي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما قالا لا تتم الصدقة الا بالقبض ∴ وروي مثل ذلك عن ابن عباس ومعاذ بن جبل ∴ والذي روي عن علي وعمر انهما قالا في الصدقة اذا اعلمت جازت فمحمول على صدقة الاب على ابنه الصغير ∴ ولان الهبة تبرع والتبرع لا تملك بمجرد القول حتى ينضم اليه غيره كالوصية ∴ ولان الهبة تبرع في حال الحيوة والوصية تبرع بعد الموت فاذا كان احدهما لا تملك بالقول فكذلك الاخر ∴ واذا ثبت ان الملك يقع بالعقد والقبض فالعقد من غير قبض كالايجاب من غير قبول ومعلوم ان ايجاب البيع اذا حصل جاز للبايع ان يتصرف في المبيع كما كان يتصرف قبل الايجاب [illegible] اذا حصل الايجاب والقبول في الهبة جاز للواهب ان يتصرف كما كان يتصرف من قبل ۞ قال

وللواهب ان يرجع فيها عند اصحابنا جميعا اذا كان الموهوب له ليس بذي رحم محرم ولا زوجا ولا زوجة ولم يعوض الواهب من هبته شيئا وكانت على حالتها في ملك الموهوب له لم يزد في نفسها خيرا سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له او بغيره فاذا تغيرت بما ذكرنا فللواهب ان يرجع فيها في الحكم ويكره له ذلك فيما بينه وبين الله وقال الشافعي لا يثبت الرجوع في الهبة الا فيما وهبه الوالد لولده ∴ لنا ما حدث ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ∴ وروي عن ابن عباس ان النبي عليه السلام الواهب احق بهبته والعايد في هبته كالكلب يقي ثم يعود فيه فدل هذا على جواز الرجوع وعلى كراهيته ۞ ولان التبرع على نوعين تبرع بالعين وتبرع بالمنافع وهو العارية فاذا كان احد العقدين مقتضاه الرجوع فكذلك الاخر ∴ واحتج الشافعي بقوله صلى الله عليه لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا فيما وهب الوالد لولده والجواب ان هذا محمول على الرجوع في الهبة على وجه الابتياع من الموهوب وذلك لانه يكره للواهب ان يبتاع الهبة من الموهوب له لانه يستحي منه فيسامحه في ثمنها فيصير كالراجع في بعضها ولهذا روي عن عمر انه قال حملت رجلا على فرس في سبيل الله فوجدته في السوق فاردت ان ابتاعه فسالت رسول الله صلى الله عليه عن ذلك فقال لي لا تعد في صدقتك فدل على انه يكره له الابتياع فالرجوع محمول عندنا على هذا الوجه وانما جاز فيما وهبه الاب لان بينهما مباسطة تمنع من التوقف عن الاستقصا فلم يكره ذلك ويحتمل ان يكون المراد بالخبر الرجوع بغير رضا ولا قضا وذلك لا يجوز عندنا الا فيما وهبه الوالد لولده فانه يحل له اخذه بغير رضا ولا قضا اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه فاذا ثبت ان عقد الهبة يقتضي الرجوع قلنا اذا كانت لذي رحم محرم فلا رجوع فيها لان الثواب حصل بعقدها وهو صلة الرحم الكامل فصار الثواب كالعوض وقد قال النبي صلى الله عليه الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ∴ ولان الولد والوالد بينهما رحم كامل فلا يرجع احدهما فيما وهبه للاخر كالاخوين واما هبة كل واحد من الزوجين للاخر فلا رجوع فيه لان الزوجية اجريت مجرى القرابة بدلالة انه يتعلق بها التوارث في جميع الاحوال والقرابة الكاملة تمنع من الرجوع في الهبة ∴ واما اذا عوض عن الهبة في العقد او بعد العقد فلقوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ∴ ولان الواهب انما يهب ليعوض الا ترى انه لو لم يقصد العوض لتصدق واذا سلم له العوض فقد حصل له المقصود بالعقد فيسقط الرجوع ∴ واما اذا زادت الهبة زيادة متصلة سقط الرجوع سواء كانت تلك الزيادة بفعل الموهوب له او بفعل غيره وذلك لان الزيادة لم يقع عليها العقد فلا يقع عليها الفسخ لعين اخرى فاذا تعذر الفسخ في الزيادة لم يمكن في الاصل دونها فسقط الفسخ فاما اذا خرجت الهبة من ملك الموهوب له سقط الرجوع لان اختلاف الملك كاختلاف العينين ومعلوم انه اذا وهب عينا لم يرجع في عين اخرى فكذلك اذا اوجب ملكا لم يفسخ ملكا اخر ∴ قال والصدقة لا تملك الا بالقبض بعد العقد لقوله عليه السلام ليس لك من مالك الا ما تصدقت فامضيت ∴ ولانه عقد تبرع فلا يتم بمجرد القول كالوصية ∴ قال ولا رجوع في الصدقة بعد قبضها على حال وذلك لان الصدقة يقصد بها الثواب وقد حصل ذلك من جهة الله تعالى فصار كالعوض اذا سلم من جهة الموهوب له ∴ قال ولا يجوز هبة المشاع فيما يقسم ولا صدقته ويجوز فيما لا يقسم وقال الشافعي يجوز في الجميع لنا ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لعايشة رضي الله عنها اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني جزتيه ولا قبضتيه فاعتبر امرين القبض والحيازة وليس هاهنا معنى غير القبض يعتبر الا القسمة ∴ ولان الهبة لا تملك الا بالقبض والاشاعة موثرة في القبض فاذا قارنت سبب الملك ما يوثر فيه على وجه يمكن ازالته منع من وقوع الملك ∴ وليس كذلك ما لا يقسم لان الحاجة داعية الى هبته بعينه ولا يمكن ازالة اشاعته بالقسمة ثم التسليم بعد ذلك ∴ ولان الهبة لو جازت في مشاع يحتمل القسمة كان للموهوب له ان يطالب الواهب بالقسمة عقيب الهبة فيلزمه اجرة القسام فيودي ذلك الى ايجاب الضمان على الواهب للموهوب له فيما وهب لاجل هبته وهذا المعنى لا يوجد فيما لا يحتمل القسمة فلذلك جازت هبته ۞

باب قبض الهبة

قال واذا كانت الهبة عينا من الاعيان لم يصح القبض فيها الا ان يكون محوزة مفرزة من غيرها غير مشغولة فاذا كان كذلك جاز القبض وصح ملك الهبة للموهوب له وخرجت عن ملك الواهب وهذا على ما قدمنا ان الهبة لا تملك الا بالقبض فاذا كانت محوزة مفرزة فقد صح القبض فيها ووقع له الملك ∴ فان قبضت وهي معلقة بغيرها او مشغولة لم يصح القبض ولم يملكها الموهوب له وكانت باقية على ملك الواهب وذلك مثل ان يهب دارا فيها متاع للواهب او ظرفا فيه متاع الواهب دون المتاع او نخلا فيه ثمرة للواهب معلقة به فيهب النخل دون الثمرة او يهب ارضا فيها زرع للواهب دون الزرع او يهب دابة عليها حمل الواهب دون الحمل فيقبضها جميعا فان ذلك لا يكون قبضا تصح به الهبة والهبة على ملك الواهب ۞ وقبض النخل والثمرة والارض والزرع وذلك لان الموهوب مشتغل بما لم يقع عليه الهبة فصار كهبة المشاع ∴ ولان يد الواهب ثابتة على متاعه الذي في الدار من طريق الحكم فصار كثبوت يده في البقعة من طريق المشاهدة فيمنع ذلك من الموهوب له ۞ قال وان وهب له عبدا او ثوبا او عينا من الاعيان محوزة مفرزة ولم ياذن له في قبضها فقبضها [illegible] له في الحال والواهب حاضر كذلك جاز القبض عند اصحابنا جميعا استحسانا فان قبضها بغير حضرة الواهب [illegible]

القبض فكذا القياس والاستحسان في الزيادات وجه القياس أن القبض في الهبة يقع به الملك وما يقع به الملك يقف على إذن المملك وتسليطه كالقبول ولأن البيع يتم بالإيجاب والقبول ولا يصح قبضه إلا بإذن البائع فلأن لا يصح القبض فيما لا ملك بغير إذن أولى وأحرى ❊ وجه الاستحسان أن الواهب إنما يقصد بالهبة التمليك وذلك لا يتم إلا بالقبض فصارت الهبة تسليطا على القبض فكأنه أذن فيه ولأن الإيجاب والقبول في الهبة كإيجاب البيع وقبضها كقبول البيع ومعلوم أن إيجاب البيع إذا حصل كان تسليطا على القبول كذلك الإيجاب والقبول في الهبة ❊ وأما إذا قام من المجلس ثم قبض الموهوب له لم يصح القبض لما بينا أن القبض كالقبول في البيع ومعلوم أن القبول لا يثبت حكمه بعد الافتراق فكذلك القبض ❊ قال فإن أذن له في القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته جاز القبض أما إذا قبض بحضرته فلا يشتبه فيه لأنه لو قبض بغير إذنه جاز فإذا قبض بإذنه فهو أولى ❊ وأما إذا افترقا ثم قبض فالقياس أن لا يجوز القبض لأن الإذن لا يثبت حكمه بعد الافتراق كما لا يثبت حكم الإيجاب ولأن القبض كالقبول فلا يصح بعد الافتراق وإن أذن فيه والاستحسان أن يصح القبض لما روي أنه صلى الله عليه وسلم حمل إليه ست بدنات فجعلن يزدلفن إليه فقام فنحرهن بيده وقال من شاء فليقتطع وانصرف فأذن لهم في القبض بعد الافتراق فدل على أن الملك يقع به ولأن التسليط إذا حصل بالإيجاب لم يثبت حكمه بعد الافتراق وفي مسئلتنا قد صرح الأمر بالقبض فيثبت حكمه بعد الافتراق كالبائع إذا أذن للمشتري في قبض المبيع ❊ قال فإن وهب له دينا على رجل وأذن له أن يقبضه من الذي هو عليه جاز إذا قبض ذلك استحسانا وإن لم يأذن له في قبض الدين لم تجز الهبة وإن قبضه الموهوب له بحضرة الواهب والقياس والاستحسان ذكره أبو يوسف في الإملاء وجه القياس أن الدين حق من الحقوق لا يجوز هبتها كالمنافع ولأن القبض لا يتأتى فيما في الذمم والهبة لا تصح إلا بالقبض وجه الاستحسان أنه إذا أذن له في القبض قام قبضه مقام قبض صاحب الدين فيصير المال ملكا للواهب وصار الموهوب له قابضا بعد ذلك فيجوز كما يجوز قبض الهبة بعد الافتراق وليس كذلك إذا لم يأذن له في القبض لأن ما يتعين من المال ملك الذي عليه الدين فلا يصح هبة الواهب فيه فلذلك لم تجز ❊ قال فإن وهب له شيئا مشاعا ثم قسم ما وهب وأفرزه ثم سلم إلى الموهوب له جاز وكذلك إذا وهب دارا فيها طعام الواهب أو ثمره في نخل أو زرعا في أرض وأخرج الطعام من الدار وجز التمر من النخل وحصد الزرع ثم سلم ذلك يجوز اعتبرنا جواز ذلك ننظر في ذلك إلى حال القبض دون حال العقد وذلك لأن هبة المشاع جائزة وإنما لا يقع الملك بقبضها بدلالة ما روي أن أبا بكر وهب لعائشة جداد عشرين وسقا فلولا أنه عقد عقدا جائزا ليقسمه ويسلمه لم يجز عقده ❊ ولأن المانع من وقوع الملك إذا زال وقع الملك كالبيع إذا ألحق به شرطا فاسقط ذلك الشرط ❊ قال ولو وهب دارا لرجلين أو كرا من الطعام أو الف درهم أو شيئا مما يكال أو يوزن أو يقسم لرجلين فقبضا ذلك لم تجز الهبة عند أبي حنيفة وهي جائزة عند أبي يوسف ومحمد وأصل أبي حنيفة في هذا أن الإشاعة إذا حصلت في قبض الموهوب له منعت الهبة وإن حصل قبضه في غير مشاع جازت الهبة فيجوز هبة الاثنين من الواحد ولم يجز هبة الواحد من الاثنين فاعتبر أبو يوسف ومحمد في فساد العقد حصول الإشاعة في الطرفين فإذا حصلت الإشاعة في أحد الطرفين لم تمنع الهبة فتجوز هبة الواحد من الاثنين وهبة الاثنين من الواحد ❊ لأبي حنيفة أن الإشاعة مؤثرة في القبض وقبض الموهوب يقع به الملك فإذا قارن ما يقع به الملك ما يقدح فيه منع ذلك من الملك كعقد البيع إذا قارنه الشرط المفسد ❊ ولأن الهبة لا يكون بعضها شرطا في بعض فكأنه أفرد كل واحد منهما بالعقد ❊ وليس كذلك هبة الاثنين من الواحد لأن الحكم لا يتعلق بالعقد وإنما يتعلق بالقبض وقد حصل القبض في غير مشاع وليس هذا كالصدقة على الاثنين لأن المقصود بالصدقة واحد وهو الله تعالى والقابض قائم مقامه في القبض فصار كالهبة من الواحد إذا وكل وكيلين بقبضها ❊ وجه قولهما أن الإشاعة في أحد الطرفين لا تمنع من الهبة كهبة الاثنين من الواحد ❊ ولأن الهبة يعتبر فيها القبض كالرهن ثم جاز رهن الواحد من الاثنين فكذلك الهبة ❊ والجواب أن المقصود بالهبة الملك ولا يجوز أن يحصل الملك لكل واحد منهما إلا في البعض فكأنه أفرد ذلك بالعقد والمقصود من الرهن الوثيقة ويجوز أن يتوثق كل واحد منهما بجميع العين فلذلك صح الرهن فافترقا ❊ قال ولو قسم ذلك وسلم إلى كل واحد منهما حصته مقسومة جاز وهذا التفريع على قول أبي حنيفة لأنه إذا قسم زال المعنى المفسد وحصل القبض على وجه الصحة ❊ قال وإن وهب عبدا أو ثوبا لرجلين أو شيئا مما لا يقسم جاز ذلك في قولهم جميعا لأن الإشاعة فيما لا يحتمل القسمة غير مؤثرة في الهبة ❊ قال ولو وهب رجلان دارا بينهما لرجل وسلماها إليه جازت في قولهم جميعا أما على أصل أبي حنيفة فلأن القبض وقع في غير مشاع وعلى أصلهما الإشاعة في أحد الطرفين وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال لرجلين قد وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها فهو جائز وذلك لأنه وهبها جملة ثم فسر ما اقتضته الجملة من الحكم بعد وقوع الهبة فلا يمنع ذلك من صحة العقد ❊ قال ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لأنه أفرد أحد النصفين عن الآخر بلفظ العقد فوقع العقد في مشاع ❊ فإن قال وهبت لكما هذه الدار لهذا ثلثاها ولهذا ثلثها لم يجز ذلك عند أبي يوسف وجاز عند محمد واتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على فساد هذا العقد من أصلين أما أبو حنيفة فأفسده لوجود الإشاعة في القبض ❊ وأما

أبو يوسف فإنه قال لما خالف بين نصيبيهما دل على أنه العقد لأحدهما غير العقد للآخر فصار كأنه أفرده بالعقد ❊ ولأن القبض شرط في الهبة كالرهن ولو رهن عينا واحده من اثنين لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين لم يجز كذلك ههنا ❊ وجه قول محمد أن العقد لما جاز للاثنين فلا فرق بين أن يسوي بينهما أو يخالف كعقد البيع ❊ وإذا كانت الدار بين رجلين أو شيء يقسم فوهب أحدهما نصيبه لشريكه وسلم إليه الكل لم تجز الهبة في قولهم جميعا ❊ وذلك لأن المانع من الهبة وقوع قبض الموهوب له في مشاع يحتمل القسمة وهذا المعنى موجود في الشريك ❊ قال ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضروعها أو وهب له سمنا من لبن قبل أن يمخض أو زبدا فيه قبل أن يمخض أو دهنا في سمسم قبل أن يعصر أو زيتا في زيتون أو دقيقا في حنطته وسلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فإن ذلك لا يجوز وذلك لأن الموهوب لا يصح العقد فلا تصح هبته كما لا يجوز بيعه ولا يجوز العقد وإن فسره لك لأن العقد عليه في الأصل لم يصح ألا ترى أن بيعه لا يجوز فصار كالفساد في نفس المعقود عليه فلا يرتفع من العقد ❊ وليس كذلك هبة المشاع إذا قسم لأن المعقود عليه يجوز العقد عليه ألا ترى أنه لو باعه جاز وإنما أثر في هبته لمعنى يعود إلى القبض فإذا زال ذلك صح القبض ❊ وعلى هذا إذا وهب صوفا على ظهر غنم ثم جزه وسلمه لأن العين موجود وإنما منع من هبتها اتصالها بغيرها وإذا زال ذلك صح العقد ❊ وليس هذا كالدين إذا وهبه وأذن له في قبضه لأن الدين على مليء ويتصرف فيه جائز بدلالة أنه يجوز أن يملكه لمن هو في دينه وإنما لم تصح هبته لعدم القبض فإذا قبضه بأمره جاز ❊ قال ولو وهب له جارية واستثنى ما في بطنها أو حيوانا واستثنى ما في بطونها جازت الهبة في الأمهات والحمل جميعا وكان ذلك كله للموهوب له وجملة هذا أن العقود على ثلثة أضرب أحدها إذا عقدها على الأم دون الحمل بطل العقد والاستثناء وهذا كالبيع والإجارة والرهن لأن العقد إذا وقع على الأم اقتضى دخول الولد فيه فإذا استثنى فقد نفى موجب العقد ونفي موجب البيع والإجارة يوجب فسادها ❊ والنوع الثاني يصح فيه العقد ويبطل الشرط وهو النكاح والخلع والصلح من دم العمد والهبة وذلك لأن العقد يقتضي دخول الولد فإذا نفى موجب الهبة صحت الهبة وبطل الشرط كأصله العمرى ❊ والنوع الثالث يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية إذا أوصى له بجارية إلا حملها بقي الحمل للورثة لأن الوصية يجوز أن تقع بالحمل وما جاز أن يفرد بالعقد جاز أن يستثنى منه ❊ قال ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهبها جازت الهبة في الأم وقال في كتاب العتاق إذا دبر ما في بطن جاريته ثم وهبها لم تجز الهبة فمن أصحابنا من قال هذا اختلاف رواية ووجه الرواية التي قال لا تجوز الهبة فيها أن الموهوب مشغول بما لا يدخل في الهبة فصار كهبة الدار إذا كان فيها متاع الواهب ❊ وجه الرواية التي قال تجوز الهبة على ظاهر هذا الكتاب أن حرية الحمل تقتضي استثناءه من العقد ولو استثناه لفظا لم تفسد العقد فكذلك إذا استثناه من طريق المعنى ❊ ومن أصحابنا من قال في المسألتين روايتين واحدة وإنما اختلف الحكم بين التدبير والعتق وذلك لأن المدبر مال للمولى ومن وهب ما هو مشغول بمال له لم تصح الهبة كهبة الدار التي فيها متاع الواهب ❊ وليس كذلك الحر لأنه ليس بمال فصار كمن وهب دارا فيها حر جالس فلا يمنع ذلك من جواز الهبة ❊ قال ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكينين جاز وهذا لما بينا أن المقصود بالصدقة واحد فإن تصدق على غنيين لم تجز الهبة في قول أبي حنيفة لأن المقصود بالصدقة على الغني ليس هو الله تعالى لأن الثواب لا يحصل بذلك وإنما المقصود العوض فصار كالهبة ❊ قال وإذا وهب له وديعة في يده أو عارية أو ما هو أمانة في يده وقبل صحت تلك الهبة وصح قبضه لها بكونها في يده بعد العقد عليها فالقياس أن لا يكون قابضا حتى يخلي بين نفسه وبينها لأن يد المودع يد المودع فكأنه وهب له ما في يده فلا بد من قبض والاستحسان أن الهبة تقف على مجرد القبض ولا تفتقر إلى قبض مضمونه والمودع متمكن منها فحصل عقيب العقد القبض الذي يفتقر الهبة إليه فوقع الملك ❊ وليس هذا كبيعها من المودع لأن قبض البيع قبض مضمون والقبض الموجود عقيب العقد قبض أمانة فلا بد من تجديد قبض آخر وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه وبين الوديعة ❊ قال وكذلك إن كانت مضمونة في يده بقيمتها أو مثلها كان ذلك كذلك أيضا وهذا يتصور في العين المغصوبة والمقبوض على وجه السوم لأن القبض الذي يفتقر الهبة موجود وزيادة وهو الضمان وذلك الضمان تصح البراءة منه فيسقط بهبته ويبقى قبض بغير ضمان فيصير قابضا ❊ وإن كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن أو البيع فيهب المالك لمن هو في يده فإنه لا يكون قابضا بكون ذلك في يده إلا أن يقبضه قبضا مستأنفا بعد عقد الهبة وذلك لأن القبض إذا كان مضمونا بغيره من عوض أو دين لم تصح البراءة منه فيبقى القبض مخالفا للقبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض آخر ❊

باب العوض في الهبة

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا وهب رجل شيئا فعوض الموهوب له الواهب من هبته شيئا فقال هذا عوض من هبتك أو قال قد نحلتك هذا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أثبتك أو هذا بدل هبتك أو ... أو قال تصدقت بهذا عليك بدلا عن هبتك أو أنحله أو أعمره فقال هذا عوض من هبتك فإن هذا عوض ... الوجوه كلها إذا سلمه المعوض وقبض صح والعوض هبة تصح بما تصح به الهبة ويبطل بما يبطل به ال...

اصحابنا جميعا ووجهه هذا ان العوض في الهبه علي ضربين عوض بعد العقد وعوض مشروط في العقد فاما العوض المتاخر عن العقد
فهو لاسقاط الرجوع ويعتبر فيه الشرايط المعتبره في الهبه من القبض وعدم الاشاعه وذلك لانه غير مستحق على الموهوب له
وانما يتبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فصار كالهبه المبتداه وانما ماد عوضا بهذه الالفاظ التي ذكرها لان كل واحد منها
يفيد ما يفيده الاخر والحكم عندنا يتعلق بمعاني المعقود دون عباراتها الا انه على هذا ان يضيف العوض الى الهبه ليسقط
الرجوع فيها فاما اذا وهب له هبه مبتداه ولم يعلقها بالاولى لم يصر عوضا منها وثبت حكم الرجوع في الهبتين جميعا
قال واذا قبض العوض لم يكن لواحد منهما ان يرجع على صاحبه فيما ملكه من ذلك اما الواهب فقد سلم له العوض عن هبته
فمنع ذلك من الرجوع كالعوض في العقد لانه انما يهب ليعوض فاذا قبل العوض حصل مقصوده فلم يرجع به وقال صلى الله عليه
الواهب احق بهبته ما لم يثب عنها واما المعوض فليس له ان يرجع في العوض لانه سلم له في مقابلته وهو اسقاط الرجوع
فلم يجز ان يرجع فيه قال وكذلك لو عوض رجل اجنبي عن الموهوب له الواهب عن هبته وقبض العوض لم يكن
للواهب ان يرجع في هبته وسوا عوضه بامر الموهوب له او بغير امره ولا للمعوض ايضا ان يرجع في العوض
على الواهب ولا على الموهوب له وان كان العوض بامر الموهوب له فهو متبرع في ذلك وذلك لان الاجنبي
اذا عوض بامر الموهوب له فقد قام مقامه في العوض فكانه عوض بنفسه وان عوض بغير امره فقد تبرع
باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جايز كما لو تبرع بخلع امراه من زوجها وليس للمعوض
ان يرجع على الواهب لان مقصوده بدل العوض سلامه الهبه واسقاط الرجوع فيها وقد سلم له ذلك ولا
يرجع المعوض على الموهوب له اما اذا كان بغير امره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلم يملك ان يجعل ذلك
مضمونا عليه واما اذا عوض بامره لم يرجع عليه الا ان يقول له عوض عني على اني ضامن وذلك لانه اذا امره
بالعوض ولم يضمن له فقد امره بما ليس بواجب عليه وانما هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الامر الا
بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره اطعم عن كفاره يميني او اد زكاتي لم يرجع عليه الا ان يقول له على
اني ضامن لانه امره بما ليس بمضمون عليه وليس هذا كالامر بقضا الدين لانه مضمون على الامر فاذا امره
به تعلق عليه الضمان قال ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبه كان عوضا عن نصفها وكان
له ان يرجع في النصف الاخر الذي لم يعوض عنه ولا يرجع فيما عوض عنه وذلك لان الرجوع في الهبه مما يصح تبعيضه
فاذا عوض عن بعض دون بعض سقط الحق فيما حصل فيه العوض ولم يسقط فيما لا عوض فيه وصار حكم البعض
معتبرا بالجميع فلو عوض عن جميع الهبه لم يرجع كذلك اذا عوض عن بعضها لم يرجع في ذلك البعض وكما لو لم يعوض
عنها رجع فيها لذلك اذا لم يعوض عن بعضها رجع فيه وليس هذا كالعفو عن دم العمد والطلاق لانه لا يتبعض
واسقاط الحق عن بعضه اسقاط عن جميعه قال فان عوض الموهوب له الواهب بعض ما وقع عليه عقد الهبه
عن باقيها لم يكن ذلك عوضا في قول ابي حنيفه ومحمد وابي يوسف قال هذا على وجهين فان كان العوض على
الصفه التي وقعت عليها الهبه لم يكن عوضا لان العوض يلحق بالعقد فلا يجوز الحاقه على وجه لا يثبت ولا العقد
ومعلوم انه لا يجوز ان يهب له شيا على ان يعوضه عوضا عنه فكذلك هذا ولان غرض الواهب بالعوض
لا يجوز ان يكون بعض ما وهب لانه لو اراد ذلك امسكه ولم يهبه واذا لم يسلم له غرضه لم يسقط الرجوع
واما اذا كان الذي عوض به قد تغير عن حاله تغيرا يمنع من الرجوع فانه يصح ان يكون عوضا عن بقية الهبه
لانه صار بالتغيير في حكم عين اخرى فجاز ان يكون عوضا قال وان كان وهب شيئين كل واحد منهما
في عقد فعوض من احدى الهبتين عن الاخرى فانه يكون عوضا في قول ابي حنيفه ومحمد وقال الشيخ ابو يوسف
لا يكون عوضا في الوجهين جميعا ووجه قولهما ان الواهب يجوز ان يكون غرضه بهبته الثانيه عوض
الهبه الاولى الا ترى ان الانسان قد يبدو له في الشي بعد فعله فصار ما وهبه باحد العقدين كعين اخرى
وليس كذلك اذا عوضه بعض الهبه لانه لا يجوز ان يكون غرضه بهبته ان يسلم له بعضها عوضا عن بعضه
وما ملك بالعقدين اذا صار عوضا لا يودي الى كون الشي عوضا عن نفسه فلذلك جاز لابي يوسف
ان الرجوع في الهبه مستحق واذا عوض بها عن هبه اخرى وقعت عن مستحقها فلم يقع موقع العوض
وليس كذلك اذا تغيرت لان الرجوع فيها سقط فجاز ان يقع موقع العوض قال ولو كانت هبه وصدقه
فعوضه الصدقه من الهبه كانت عوضا وهذا صحيح اما على اصل ابي حنيفه ومحمد فلانهما ملكا بعقدين واما
على اصل ابي يوسف فلان الصدقه لا يثبت فيها الرجوع فوقعت موقع العوض قال ابو الحسن رحمه الله
واذا وهب رجل لرجل هبه فعوض الموهوب له الواهب عوضا على غير شرط فقبضه ثم استحق العوض
فله ان يرجع في الهبه ان كانت قايمه في ملك الموهوب له لم تزد خيرا او لم يحدث فيها ما يمنع من الرجوع
وذلك لان العوض اذا استحق صار كانه لم يكن فكانها هبه لم يعوض عنها قال وان كانت الهبه قد
هلكت واستهلكها الموهوب له لم يضمنها في قولهم وذلك لان العوض لما استحق صار كالهبه بغير عوض
[illegible] هلكه لم يضمنها الموهوب له قال وان استحقت الهبه المعوض عنها رجع الموهوب له في العوض
[illegible] المعوض انما عوض ليسقط حق الرجوع واذا استحقت الهبه تبينا ان الرجوع لم يكن ثابتا فصار
[illegible] لم يثبت ان لا دين عليه قال وكذلك ان استحق نصف الهبه وهي مما لا ينقسم رجع في
نصف العوض

لان المعوض انما جعله عوضا عن الرجوع في جميع الهبه فاذا استحق بعضها وجب ان يرجع فيما بازاه من العوض حتى لم يسلم له
العوض قال فان كان العوض مستهلكا ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان
استحقت الهبه كلها ضمنه قيمه العوض وهذه روايه الاصل ورواه عنه في الاملا من غير خلاف ذكره في الموضعين وهي احدى الروايتين
بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفه وروى بشر في الاملا عن ابي يوسف عن ابي حنيفه انه لا يضمن العوض اذا استحقت الهبه
والعوض مستهلك وهو قول ابي يوسف رواه عنه ابن سماعه وبشر وجه الروايه الاولى ان المقبوض على وجه
العوض اذا استحق المعوض كان مضمونا كالعوض المشروط ولانه بدل في مقابله ما لم يسلم له فكما يرجع لو كان باقيا
يرجع بقيمته اذا هلك وجه الروايه الاخرى ان العوض المبتدا في حكم الهبه ولهذا شرط فيه شرايط الهبه والهبه
اذا هلكت لم تكن مضمونه فكذلك العوض عنها قال فان استحق بعض العوض وبقي بعض فما بقي منه شي فهو عوض
عن الهبه كلها فان شا رد ما بقي في يده من العوض ورجع بالهبه كلها ان كانت قايمه لم تخرج من ملك الواهب ولم تزد في
بدنها وذلك لان بعض العوض اذا استحق فما بقي يجوز ان يكون عوضا لاسقاط الرجوع فكانه لم يعوض الا به الا ان للواهب
ان يرده ويرجع لانه قد غره حين عوضه لاسقاط الرجوع بشي لم يسلم له فثبت له الخيار وقال زفر يرجع في الهبه
بقدر ما استحق وقال محمد في الاملا رواه سعيد الموصلي فان كان الذي استحق نصف الهبه ولم يستحق من
العوض شي قليل ولا كثير كان للموهوب له ان يرجع في نصف العوض ليس له غير ذلك ان زاد العوض او نقص في السعر
او زاد في بدن او نقص في بدن كان له ان ياخذ نصفه ونصف النقصان فان كان قد هلك في يد الواهب كان له
ان يضمنه نصف قيمته وهذا على ما قدمنا ان استحقاق الهبه يوجب استحقاق العوض واستحقاق بعضها يوجب
الرجوع في العوض بقدره وانما يثبت له الرجوع في العوض وان زاد لانه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد
فاسد فيثبت الفسخ في الزوايد فان قال ارد ما بقي من الهبه وارجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض
كان على غير شرط وذلك لان العوض الملحق ليس بعوض عن العين وانما هو لاسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع
فيما بقي من الهبه فلم يكن له ان يرجع في العوض ولو لم يستحق من الهبه شي ولا من العوض ولكن الموهوب له وجد بالهبه
عيبا فاحشا او غير فاحش فقال ارد الهبه وارجع في العوض لم يكن له ذلك وكذلك لو كان الذي وجد العيب الواهب وحده
في العوض فقال ارده وارجع في هبتي لم يكن له ذلك لان الرجوع بالعيب يثبت في المعاوضات والعوض الملحق ليس بعوض عن
وانما هو في حكم هبه والموهوب لا يرد بالعيب قال وهذا اذا كان الاستحقاق في الهبه او العوض وهما لا ينقسمان
فان كانا ينقسمان فاستحق بعض احدهما بطل العوض ان كان هو المستحق به ولذلك بطل الهبه ان كانت هي المستحقه
فاذا بطل العوض رجع في الهبه واذا بطلت الهبه رجع في العوض وذلك لانه بالاستحقاق تبين ان الهبه او العوض وقع
في مشاع يحتمل القسمه وذلك باطل قال واذا كانت الهبه على شرط عوض فقال وهبت لك هذا العبد على ان
تعوضني هذا الثوب جاز ذلك ولكل واحد منهما ان يرجع في سلعته ما لم يقع القبض في واحد منهما للسلعتين
جميعا فان قبض احدهما ولم يقبض الاخر فكذلك وكل واحد منهما القابض منهما وغير القابض في ذلك سوا
حتى يتقابضا جميعا واذا تقابضا جميعا كان ذلك بمنزله البيع يرد كل واحد منهما بالعيب ويرجع في الاستحقاق وتجب
الشفعه وهذا هو القسم الثاني من القسمين الاولين وهو العوض المشروط في العقد فعندنا ان عقده عقد هبه وجوازه
جواز بيع وقال زفر عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع فلا يثبت الاستحقاق عندنا حتى يتقابضا العوضين جميعا
وقال زفر يثبت الاستحقاق بالعقد لنا انه عبر عنهما بالهبه واثبا احكام البيع من المعاوضه فوجب ان
يعطي العقد شبه العقدين فيعتبر فيه التقابض ونفي الاشاعه كالهبات ويثبت فيه الشفعه والرد بالعيب كالبياعات
ولانه عقد انفرد باسم فلا بد من ان ينفرد بمعنى ولا معنى ينفرد به الا ان يكون له حكم قبل التقابض وحكم بعده
وجه قول زفر ان هذا نقل ملك بعوض كالبيع واختلاف العباره لا يوجب اختلاف الحكم كقوله ملكت واعطيت
قال واذا وهب الرجل شيا وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له ايضا وهب شيا للواهب ولم يقل هذا
عوض من هبتك فانه لا يكون عوضا ولكل واحد منهما ان يرجع فيما وقع لان العوض انما يكون عوضا اذا جعل
في مقابله الهبه فاما اذا عقد كل واحد منهما عقدا مبتدا ولم يعلق الثاني بالاول انفرد بنفسه ولم يتعلق حكم
الاول والهبه المبتداه يثبت فيها الرجوع

باب الرجوع في الهبه

قال واذا وهب الرجل لرجل اجنبي هبه وقبضها الموهوب له فله ان يرجع فيها في الحكم ان كانت الهبه قايمه في
ملك الموهوب لم تزد في نفسها ولم يحدث الموهوب له فيها شيا يكون صفه لها يزيد بها قيمتها فللواهب ان يرجع
في الهبه ويكره له ذلك في الاخوين والاهل من ذلك ان الهبه مقتضاها الرجوع وقال الشافعي لا يثبت الرجوع الا في
هبه الوالد لولده لنا قوله صلى الله عليه الواهب احق بهبته ما لم يثب منها وقد بينا ذلك والاسباب المانعه من الرجوع
الرحم الكامل وقد قدمناه والزياده المتصله وذلك لان العقد لم يقع عليها فلا يقع عليها الفسخ فاذا تعذر الفسخ فيها
تعذر في الاصل وخروجها من ملك الموهوب له وذلك لان اختلاف الملكين كاختلاف العينين فكما لا يجوز ان يرجع
في غير العين الموهوبه كذلك لا يرجع في غير الملك الذي اوجبه ومن هذا القبيل اذا مات الموهوب له لان الملك
انتقل الى ورثته فكانه انتقل الى حال حيوته وكذلك موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له
فلم يجز له الرجوع في ملك لم يوجبه والعوض يسقط الرجوع وهو على ضربين عوض مشروط وعوض ملحق وقد قدمنا ذلك

وانما قلنا ان الرجوع يكره لقوله صلى الله عليه العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود فيه . والكلب لا يوصف فعله بالتحريم والاباحة ويوصف
بالكراهة والاستقباح . وقال ابن سماعه في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل وهب عبدا لرجل وقبضه منه والموهوب
له اجنبي ولم يعوضه عوضا ولم يزد العبد خيرا فان للواهب ان يرجع في هبته واكره له ذلك وافضي بها له وهذا عليها
قال فان منعها الموهوب له فذلك له حتى يقضي له القاضي فاذا قضى القاضي بالنقض للواهب والرجوع في العبد ملك
الواهب وان لم يقبضه الموهوب له ولا ضمان على الموهوب له فيه الا ان يحدث فيه شيئا بعد القضا فيضمن وجملته هذا
ان الرجوع في الهبة لا يثبت به الفسخ الا ان يكون بتراضيهما او بحكم حاكم لان الفسخ يقع بعد تمام العقد لمعنى قارن العقد فصار
كالفسخ بالعيب فان تراضيا بالفسخ جاز لان الحق لهما وقد اتفقا عليه . وان حكم الحاكم فقد فسخ في موضع جعل له الفسخ
فيزول الملك بفسخه كما لو حكم بالرد لاجل العيب فاذا انفسخ العقد عادت العين الى ملك الواهب كما كانت قبل الهبة
والقبض لا يعتبر في انتقال الملك كما لا يعتبر في البيع . واما لم يجب على الموهوب له ضمان بعد الفسخ لان قبض الهبة
لا يتعلق به ضمان فاذا انفسخ عقدها بقي القبض على ما اقتضاه العقد غير موجب للضمان ولا يضمن الا بما يضمن به الامانات
من التعدي . قال ولو كان العبد نقص او زاد او جني عليه فيما دون النفس بالحال فيما بين الواهب والموهوب له
سوا فليس للواهب ان يرجع في الارش ولا ان يضمن الموهوب له شيئا من النقصان وذلك المعنى لا يمنع من الرجوع
لان الواهب لو رجع في بعضها مع بقا العين جاز فاذا نقصت فالرجوع يقع في البعض وذلك جائز . فاما الارش
فالزيادة لم يقع عليها العقد فلا يجوز ان يقع عليها الفسخ ولا يضمن الموهوب له النقص لما ذكرنا ان القبض لا يتعلق به
الضمان والقبض اذا لم يتعلق به الضمان لم يضمن به الاخر . قال ولو لم يترادا الهبة ولم يحكم القاضي بها حتى وهبه
الموهوب له للواهب وقبلها الواهب الاول فان ذلك لا يجوز حتى يقبض الواهب الاول العبد فاذا قبضه فهو بمنزلة
الرد وبمنزلة حكم الحاكم وليس للواهب ان يرجع في الهبه وكذلك النحلي والعطيه والعمري والصدقه وذلك لان
العين على ملك الموهوب له فاذا وهبها ولم يات بلفظ الفسخ وانما قصد التمليك فلا يزول ملكه الا بالقبض وليس
كذلك اذا اتفقا على الرجوع لانهما انما فسخا العقد ولم يبتديا بالتمليك والفسخ لا يفتقر الى شروط العقد فاذا تقابضا
الهبه الثانيه قامت مقام الرجوع لان الرجوع مستحق فيقع الهبة بحق الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتداه
فلذلك لا يصح الرجوع فيها . وقال ابو يوسف ومحمد له ان يرجع في نصف الهبه مشاعا وان كان مما يقسم لو وهب
له دارا فباع الموهوب له نصفها مشاعا كان للواهب ان يرجع في الباقي وليس الرجوع كالهبه المستقبله في هذا
الوجه وكذلك لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله ان يرجع في بعضها دون بعض . وقد قال
اصحابنا ان الرجوع في الهبه بغير قضا فسخ كالرجوع بالقضا وقال زفر الرجوع في الهبه بغير قضا هبه مبتداه والذي
يدل من مذهبهم على انه فسخ انه يجوز في المشاع الذي يحتمل القسمه ولو كانت هبة مبتداه لم تصح مع الاشاعه .
وقالوا انه لا يقف على القبض ولو كانت هبة مبتداه لوقفت على القبض . وقالوا فيمن وهب عبدا لرجل فوهبه
الموهوب له لاخر ثم رجع فيه فللاول ان يرجع في هبته ولو كان ذلك هبه مبتداه لم يجز الرجوع والدليل عليه ان الفسخ يتناول
عوضا واحدا فكان فسخا وان لم يحكم به الحاكم اصله اذا تقايلا البيع الفاسد . وجه قول زفر ان الملك استقر بتراضيهما
فصار في حكم عقد مبتدا . وقد ذكر محمد في كتاب الهبة في الموهوب له اذا رد الهبه في مرضه انها تكون من الثلث فمن
اصحابنا من قال بان هذا يدل على ان الرجوع بغير قضا هبة مبتداه وحمل المسئله على روايتين وهذا ليس بصحيح لانهم انما جعلوه
من الثلث لانه متبرع في الرد في حق ورثته فصار ذلك فسخا فيما بين الواهب والموهوب وهبه مبتداه في حق الورثه وليس يمتنع
ان يكون للعقد حكمان مختلفان كالاقاله التي هي فسخ في حق المتعاقدين وبيع في حق غيرهما واذا ثبت ان الرجوع فسخ وليس
بهبه جاز في المشاع لانه يجوز ان يرجع في الكل جاز ان يرجع في البعض لانه يستوفي بعض حقه ويسقط بعضه .
قال واذا زادت الهبه في يد الموهوب له في نفسها خيرا كانت جاريه مهزوله فسمنت وعبلت او دارا فبنى الموهوب له
فيها بنا او غرس فيها نخلا او شجرا او كانت ارضا فجعل ذلك فيها ونصب فيها دولابا او غير ذلك مما يستقي به وهو
مثبت في الارض مبني فيها حتى يكون تبعا للارض يدخل في البيع اذا وقع عليها لم يكن للواهب ان يرجع قليلا كان ذلك
او كثيرا بعد ان يكون زايدا في الارض وكذلك ان كان ثوبا فصبغه بعصفر او زعفران او قطعه قميصا وخاطه او جبه
وحشاها او قبا لم يكن للواهب ان يرجع فيها وذلك لما قدمنا ان الزيادة المتصله لا يجوز الرجوع فيها لان العقد
لم يقع عليها ولا يمكن الرجوع في الاصل فتعذر الرجوع . قال فان صبغ الثوب صبغا لا يزيد فيه او ينقصه
فله ان يرجع ذكر ذلك الحسن في سنن روايته لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا كان الصبغ لا يزيد في القيمه
فوجوده وعدمه سوا . قال وان كانت الزيادة من سعر فله ان يرجع في قولهم لان زيادة السعر لا يتعلق بها حكم في
الاصول الا ترى انها لا تعتبر في ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمنع الرد بالعيب لانها لا تعود الى العين وانما هي رغبه
يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع . قال واذا وهب حيوانا فتولد في يد الموهوب له فللواهب ان يرجع
في الامهات دون الاولاد وذلك لان الولد لم يقع عليه العقد فلا يجوز ان يقع عليه الفسخ . واما الام فلان
الولد غير موجب بالعقد عليها بدلالة ان المغرور في الهبه لا يرجع بقيمة الولد على الغار واذا لم يكن موجبا جاز
الفسخ في الام دونه وليس كذلك المبيعه اذا ولدت لان الولد موجب بالعقد بدلالة ان المغرور يرجع بقيمته
على الغار فلم يجز ان يسلم موجب العقد للمشتري مع فسخ العقد . ولان البيع عقد معاوضه فلو فسخناه

دون الولد لسلم الولد للمشتري بغير عوض والهبة عقد بغير عوض فيجوز ان يسلم الولد فيها بغير شي .

باب الهبة على شرط

قال اصحابنا رحمهم الله اذا وهب الرجل للرجل هبة وشرط فيها شرطا فاسدا فالهبة جائزه والشرط باطل . قال بشر عن ابي يوسف
في رجل وهب لرجل امة وقبضها واشترط عليه ان لا يبيعها فان ابا حنيفه قال الهبة جائزه والشرط باطل وكذلك قال ابو يوسف
لا تشبه الهبه البيع ولو شرط فيها ان يتخذها ام ولد او ان يبيعها من فلان او يردها عليه بعد شهر كانت الهبه جائزة
وهذه الشروط باطله . والاصل في هذا ان كل عقد من شرطه القبض فان الشرط لا يفسده كالهبه والرهن وقد
دل على الهبه ما روي ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل الشرط . وقد دل على الرهن قوله صلى الله عليه لا يغلق الرهن لصاحبه
غنمه وعليه غرمه . وقد كانت الجاهلية ترهن على ان الراهن اذا اخر القضا عن وقت معلوم فالرهن للمرتهن فابطل
النبي صلى الله عليه هذا الشرط ولم يبطل به الرهن فان قيل الصرف من شرطه القبض والشروط تبطله قيل له بان القبض ليس
بشرط في صحة الصرف وانما يمنع التقابض من فسخه بعد صحته واذا ثبت ان الهبه لا يؤثر فيها الشروط وهذه الشروط
كلها لا تقتضيه العقد فوجودها وعدمها سوا . قال وكذلك لو وهب له جاريه واستثنى الواهب لنفسه ما في بطنها
فان الهبه جائزه في الجاريه وفي ولدها وكذلك لو وهب جاريه وفي بطنها ولد حر وقد بينا هاتين المسئلتين فيما تقدم .

باب العمرى

قال محمد في املايه قال ابو حنيفه اذا قال الرجل قد جعلت هذه الدار لك عمري او قال قد جعلتها لك عمرك او قال هي لك
حيوتك فاذا مت فهي رد علي او قال هي لك عمرك فاذا مت فهي رد علي فهذا كله هبه وهي له حيوته وموته
والشرط الذي شرطه باطل . قال ابو الحسن هي عندهم جميعا كذلك يجوز فيها ما يجوز في الهبه ويبطل منها ما يبطل في الهبه
وقبضها فيما يجوز وفيما لا يجوز كقبض الهبه . وكذلك الرجوع فيها كالرجوع في الهبه وكذلك حكم العوض فيها
كحكم العوض في الهبه ما يجوز فيه وما لا يجوز . والاصل في ذلك ما روى ابو الزبير عن النبي صلى الله عليه انه قال
امسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فان من اعمر شيا فانه لمن اعمره . وروى الزهري عن ابي سلمه عن جابر قال
قضى رسول الله صلى الله عليه بالعمرى له ولعقبه من بعده ليس للمعطي فيها شي . وروى سعيد بن المسيب وعروه
بن الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه من اعمر عمرى حيوته فهي له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه من
بعده واذا ثبت ان الشرط باطل بقيت العمرى مجرده وهي في معنى الهبه فيصح بما يصح به الهبه ويبطل بما يبطل به

باب الرقبى والحبيس

قال محمد في املايه قال ابو حنيفه اذا قال الرجل للرجل هذه الدار لك رقبى ودفعها اليه او قال هذه الدار لك
حبيسه ودفعها اليه فهي عاريه في يده اذا شا اخذها . قال محمد وهذا قولنا ايضا . قال ومعنى الرقبى هي
الحبيس . وقال ابو يوسف هذه هبه وقوله رقبى باطل . وجه قولهما ما روى الشعبي عن شريح عن النبي صلى الله عليه
انه اجاز العمرى ورد الرقبى . ولان الملك في الرقبى متعلق بخطر لانه يقول ان مت قبلك فهي لك
وان مت قبلي فهي لي وتعليق الملك بالخطر في حال الحيوه لا يصح . وليس كذلك العمرى لان الملك
الحال وانما علق الفسخ بخطر الا ترى انه لو قال وهبتها لك عمرك والفسخ يجوز فيه ما لا يجوز في ابتدا الملك
لابي يوسف ما روى ابو الزبير عن جابر ان النبي عليه السلام اجاز العمرى والرقبى وهذا لا دلالة فيه لان الرقبى يجوز ان
كانت تعني الارقاب وهو هبه الرقبه وانما لا يجوز اذا كانت تعني الترقب فيحتمل ان يكون الخبر محمولا على
الاول . وقال في الاصل في رجل حضره الموت فقال داري هذه حبيس على عقبي من بعدي قال لا يكون
حبيسا وهي ميراث . وذلك لما روي عن شريح انه قال جا محمد ببيع الحبيس . وقال ابن عباس لا حبيس عن
فرايض الله تعالى . ولانه لم يجعل اخرها للفقرا فلا يصح وقفا . واذا لم يكن وقفا فقد منع ورثته من
التصرف فيها وهذا لا يصح . ولو قال داري حبيس على اطولكما حيوه كان ذلك باطلا لان الملك ههنا
معلق بخطر الا ترى انه لا يعلم اطولهما حيوه في الحال . ولو قال الرجل داري حبيس لك فان هذا باطل وهذا
قول ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف اما انا فاري انه اذا قال هي لك حبيس فهي له اذا قبض وقوله حبيس
باطل وكذلك اذا قال هي لك رقبى . وجه قولهما انه اذا قال هي لك حبيس او حبيس لك فقد فسر المعنى
الذي اراده بقوله هي لك فوجب ان يحمل التفسير وقد بينا ان التحبيس لا يجوز . وجه قول ابي يوسف
ان قوله هي لك تمليك وقوله حبيس مشاوره فيما يفعل بها فلا يتعلق به حكم . قال محمد في املايه قال ابو حنيفه
اذا قال الرجل لرجل هذه الدار لك رقبى او قال هذه الدار لك حبيس ودفعها اليه فهي عاريه في يديه قال
محمد وهذا قولنا قال ابو يوسف في هذين الوجهين هي هبه . وجه قولهما انه فسر قوله هي لك
بالرقبى والحبيس فكانه ابتدا ذلك ليمنع التمليك . واذا امتنع التمليك بقيت في يده على ملك الدافع وقد اذن له
في الانتفاع وهذا معنى العاريه . ولابي يوسف ان قوله لك يقتضي التمليك ثم نفى مقتضى التمليك فلا يصح

باب المنحة

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل منح رجلاً بعيراً أو شاة أو ثوباً أو دراهم أو طعاماً أو ما أشبه ذلك قال كل شيء منحه مما ينتفع به السكنى أو اللبس مثل الدار والثوب ولبن الشاة وظهر البعير وغلة العبد وما أشبه ذلك فإنه عارية عليه رد ذلك. فإن منحه طعاماً أو دراهم أو دنانير فهو هبة وكذلك ما أشبهه مما لا منفعة فيه إلا أكله أو إنفاقه وذلك لأن المنحة عبارة عن بذل المنافع بدلالة قوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة فدل على أن المنحة لا تفيد أكثر من تمليك المنافع وإذا كانت في حكم العارية فإذا أضافها إلى ما له منافع تعلقت بمنافعه وإن أضافها إلى ما لا ينتفع به إلا باستهلاكه كانت قرضاً كعارية الأعيان التي لا منافع لها لا تكون تمليكاً لأنه لا ينتفع به إلا باستهلاكها. قال وإن منحه جدياً أو عناقاً فهي عارية لأن هذا مما يبلغ أن ينتفع به فيكون فحلاً ويكون هذه حلوباً وهذا صحيح لأن العارية قد تتناول العين المنتفع من قبل وإن لم يمكن في الحال وكذلك السفينة الهروية عارية لأن الانتفاع بها يمكن مع بقاء عينها.
وقال أبو حنيفة إذا قال هذه الدار لك منحة ودفعها إليه فهي عارية لأنه بين التمليك وخصها بالمنفعة فوجب أن يحمل على التفسير. وكذلك إذا قال هذه الأرض لك منحة فإنما منحه زراعتها وكذلك كل شيء يحتاج فيه إلى منفعة مثل السكنى والزراعة والخدمة وأشباه ذلك فهذه عارية لأن هذه الأعيان ينتفع بها مع بقاء أعيانها فاختصت المنحة بمنافعها. ولو قال الأرض منحة هذه الأرض طعمة فهذا على الزراعة وهي في يديه عارية يأخذها صاحبها منه إذا شاء ما لم يزرعها فإذا زرعها فإن أراد صاحبها أن يأخذها منه فإن في هذا ضرراً عليه فيخير الزارع فإن شاء دفعها إلى صاحبها وأخذ زرعه وإن شاء كانت في يده بأجر مثلها إلى أن يستحصد زرعه وهذا قول أبي يوسف ومحمد وذلك لأن الطعمة إذا أضيفت إلى ما يمكن أكله كانت تمليكاً مثل أن يقول أطعمتك هذا الطعام وإذا أضيفت إلى الأرض كانت عارية لأن الأرض لا تطعم فمعناه أطعمتك ما يكون منها وذلك يكون بالزراعة وإذا ثبت أنها عارية فله الرجوع فيها متى شاء. فإن كانت لا زرع فيها أخذها صاحبها وإن كان فيها زرع فالقياس أن يقلع لأن العارية انفسخت وصار المستعير شاغلاً ملك غيره بزرعه فيؤمر بقلعه كالغاصب وإنما استحسنوا فقالوا إنه يترك إلى وقت الحصاد بأجر المثل لأن ابتداء الزرع كان بحق ويمكن إبقاء كل واحد من الحقين من غير ضرر فيحصل للزارع الزرع وللمالك الأجر وذلك أولى من إسقاط أحد الحقين. وعلى هذا قالوا في مدة الإجارة إذا انقضت وفي الأرض زرع. وليس هذا كالغصب لأن ابتداء الزرع وقع بغير حق فلم يجب تبقيته. وليس هذا كالغرس لأن في تبقية الغرس ضرراً على صاحب الأرض لأنه لا غاية لقلعه. قال محمد قال أبو حنيفة إذا دفع إليه طعاماً فقال هذا لك منحة ودفع إليه شاة يحلب فقال هذه لك منحة فله أن يشرب لبنها وأن يأكل الطعام لأن منفعة هذا الأكل والشرب. وعلى هذا ما قدمنا أن المنحة فيما له منفعة لا تنافي ولا ملك العين وفيما لا منفعة له تقتضي تمليك العين. قال وكذلك الزبد وما يؤكل ويشرب فهو عندنا على الهبة. وأما ما يلبس أو يستخدم أو يسكن أو يزرع فمنحته عارية إلا أن يعني المعطي الهبة فيكون على ما عنى وذلك لأنه إذا قال نويت الهبة فقد شدد على نفسه والمنع من التمليك لحقه فإذا رضي بذلك جاز.

باب السكنى

قال محمد قال أبو حنيفة رحمه الله إذا قال الرجل للرجل داري لك سكنى أو قال لك سكنى عمري أو قال صدقة سكنى أو قال هي لك عمري عارية أو سكنى ودفعها إليه فهذا كله عارية يأخذها منه متى شاء ولا يجوز للذي يقبضها فيها بيع ولا هبة ولا رهن ولا إجارة ولا غير ذلك غير السكنى خاصة إذا كان ذكر السكنى أو العارية مع غيرها أو الهبة والصدقة وغير ذلك إن قدم السكنى أو العارية أو أحدهما فهو سواء وذلك كله سكنى وذلك لأنه إذا ذكر السكنى فقد دل على أن العقد وقع على المنافع وإذا قال سكنى هبة فقد أضاف الهبة إلى السكنى فكأنه قال وهبت لك منافعها وكذلك إذا قال هبة سكنى لأن الهبة تحتمل هبة العين وتحتمل هبة المنفعة فإذا قال هبة سكنى فقد فسر المحتمل بمختص بالسكنى. وإن قال هي عمري تسكنها أو هي لك هبة تسكنها أو قال لك صدقة تسكنها ودفعها إليه فهبة وعمرى وصدقة جائزة وذلك لأنه لم يضف الهبة إلى السكنى وإنما وهب ثم شاور فيما يعمل بملكه فتعلقت الهبة بالعين وهو كقوله وهبتها لك تؤجرها. وأما قوله في الفصل الأول إنه ليس له البيع فلأنه لم يملك العين فلا يجوز بيعه فيها وكذلك ليس له أن يؤجرها لأن العقد يقتضي العارية فإذا أجر المستعير قطع حق المعير من الرجوع وهذا لا يصح. ولو قال هي لك تسكنها كانت هبة جائزة إذا قبضها لأن اللام تقتضي التمليك وقد شاوره فيما يعمل بملكه.

باب في الصدقة

قال محمد في إملائه قال أبو حنيفة إذا قال الرجل للرجل قد تصدقت عليك بهذه الدار غنياً كان المتصدق عليه أو فقيراً ودفعها إليه فذلك جائز ولا سبيل للمتصدق على الرجوع فيها بوجه من الوجوه وكذلك لو قال قد جعلتها لك أو قد وهبتها لك وهو يحتاج إلى وجه الصدقة ودفعها إليه لم يكن له أن يرجع فيها وهذا قول أبي يوسف ومحمد. أما الصدقة على الفقير فقد بينا أنه لا يجوز الرجوع فيها لأن المقصود منها الثواب وقد سلم ذلك من جهة الله تعالى. وأما إذا وهب للفقير فإنه لا يرجع أيضاً لأن المقصود من العقد ليس هو العوض وإنما العوض هو الثواب فصار كالصدقة لأن المعتبر معنى العقد دون لفظه ومعنى هبة الفقير الصدقة فلم يجز الرجوع فيها. وأما إذا تصدق على غني فالقياس أن يرجع لأن المقصود بهبة الغني العوض فصار كالهبة إلا أنهم استحسنوا فقالوا لا يرجع فيها

لأنه عوض عنها بالصدقة ولو أراد الهبة لعبر بلفظها. ولأن الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنياء ألا ترى أن له مقدار النصاب وعيال لا تكفيه ما في يده ففي الصدقة عليه ثواب فلذلك لا يجوز الرجوع. قال ولا تجوز الصدقة ولا العطية ولا العمرى حتى تقبض لأنه تبرع فلا يقع بحيز القبول كالوصايا. وقال محمد إذا تصدق الرجل أو وهب لابن له وهو صغير في عياله فقبضه له قبض وهو جائز وليس له أن يرجع فيه إذا أشهد عليه وأعلمه وذلك لأن الأب هو الذي يتولى القبض للصغير الذي له أن يقبض ما وهبه الأجنبي فصار قابضاً عقيب العقد فصح الهبة. وقد قالوا في الأب إذا باع ماله من ابنه الصغير صح البيع كان مضموناً على الابن لأن الأب صار قابضاً للصغير عقيب العقد. وأما قوله إذا أشهد عليه فليس ذلك بشرط في الجواز وإنما يحتاج إلى الإشهاد حتى لا تشهد الورثة. قال محمد وكذلك إن كان في حجر وصيه وأهل الكوفة يجوز الصدقة إذا أعلمه وإن لم يقبض ولا يجوز الهبة ولا النحلى إلا مقبوضة. قال محمد وقال أبو حنيفة هما سواء ولا يجوز واحد منهما إلا مقبوضاً معلوماً محوزاً مقسوماً لأنهما صلة جميعاً. وهذا قول أبي يوسف ومحمد وذلك لما بينا أن الصدقة عقد تبرع فلا تتم بمجرد العقد كالهبة ولأن الإشاعة مؤثرة في القبض. قال وولي الابن إذا وهب للصغير وأخذه أبواه أو وصي أبيه أو جده فهو مثل الأب في ذلك كل واحد من هؤلاء له عليه ولاية في محل الأب.

باب هبة الأجنبي للصغير ومن يجوز قبضه عليه

قال وإذا وهب الأجنبي للصغير هبة فقبضها أبوه أو وصي أبيه بعده أو جده أبو أبيه أو وصيه جاز لأن قبض الهبة تصرف في حق الصغير فيملكه من يملك الولاية عليه وكل واحد من هؤلاء له عليه ولاية فجاز قبضه له. قال ومن غاب منهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية وذلك لأن تأخير قبض الهبة حتى تقدم الغائب فيه ضرر فانتقلت الولاية إلى من دونه كما قالوا في ولاية النكاح. قال ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن. وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً وذلك لأن وجود من له الولاية يمنع التصرف في حق الصغير كما لا يجوز التصرف في حق البالغ لأنه يملك القبض بنفسه. قال وإذا لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة فقبض للصبي من كان الصبي في حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن في عياله من ذي الرحم المحرم ولا غيره وذلك لأن من يعوله له عليه ضرب من الولاية إذا لم يكن له ولاية ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي في ذلك المنفعة وله في قبض الهبة منفعة محضة فجاز قبضه له وأما من ليس في عياله فلا ولاية له عليه فلا يجوز قبضه له كالأجنبي. قال وإن كان الصبي يعقل ولم يبلغ بعد فقبض ما وهب له وأحد من هؤلاء الأربعة حي جاز قبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز. وجه القياس أنه لا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع. وجه الاستحسان أن له في هذا الفعل منفعة ولا ضرر عليه فيه فصار فعله كفعل من هو في عياله. قال وكذلك الصبية إذا عقلت وكان لها زوج قد دخل بها فقبضت أو قبض لها زوجها جاز ذلك. وكذلك إن قبض الأب في هذه الحالة جاز أيضاً على الصبي والصبية أما قبض الصبية فإنما جاز لما بينا. وأما قبض زوجها فلأنها في عياله وأما قبض الأب فيجوز لأنه يملك الولاية عليها. قال وإن وهب الأب شيئاً من مال الصغير لم يجز على ابنه وكانت الهبة مردودة لأنه تبرع بملك غيره ولأن فيه ضرراً على الصغير لا منفعة في مقابلته. قال فإن اشترط الأب عوضاً لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف قال محمد إذا شرط الأب عوضاً في الهبة جاز وهو بمنزلة البيع إذا تقابضا. وجه قولهما أن الهبة لما لم يملكها الأب في حق الصغير دون عوض لم يملكها بعوض كالعتق. ولأنها صريح التبرع فلا يملكها في حق ابنه الصغير كالعتق على مال. وجه قول محمد أنه تمليك بعوض كالبيع. واختلاف العبارة غير معتد به كما لو قال ملكتك. وعلى هذا الخلاف المأذون والمكاتب إذا وهبا لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنهما لا يملكان الهبة بغير عوض فلا يملكانها أيضاً بعوض. قال محمد كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض لأنها في معنى البيع. قال وإذا وهب رجل هبة لعبد رجل فالقبول إلى العبد فإن قبل وقبض صحت الهبة وكان الملك للمولى ولا يجوز قبول المولى ولا قبضه كان على العبد دين أو لم يكن. وللواهب أن يرجع فيها. وإنما كان القبول إلى العبد لأن الإيجاب وقع له والقبول يعتبر فيمن وقع له الإيجاب والقبض إليه لأنه من حقوق العقد والعقد وقع له. وإنما كان الملك للمولى لأن الهبة من أسباب الملك واكتساب العبد لمولاه. وإنما جاز الرجوع فيها وإن انتقلت إلى ملك المولى لأن عقد الهبة أوجب انتقال الموهوب إلى العبد على وجه لا يستقر ملكه وإنما ينتقل إلى مولاه فصار العبد كالوكيل. وليس هذا كما لو زال ملك الموهوب لأن ذلك الزوال لم يوجبه العقد فمنع من الرجوع. فإن قيل بأن الغرض في الهبة للعبد ليس هو العوض لأنه لا يملك العوض فهلا صار فيه كالهبة للفقير في منع الرجوع. قلنا العبد لا يملك التعويض بالأموال ويملك بالمنفعة فصار كالغني. وكذلك المكاتب يوهب له الهبة فالقبول إليه والقبض فإذا قبل وقبض فالمكاتب أحق بها ولا يملكها المولى وللواهب الرجوع. وكذلك إن عتق المكاتب فللواهب أن يرجع في قولهم. وإنما لم يملك المولى

وهب المكاتب لانه لا يملك اكسابه والهبة من اكسابه ويجوز الرجوع لان الهبة باقية على الملك الذي اوجبه الواهب
وكذلك ان عتق المكاتب لان الملك الذي اوجبه له الهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له ابتدا وهو حر فان عجز
المكاتب جاز للواهب ان يرجع في قول ابي يوسف ولم يجز في قول محمد لابي يوسف ان عقد الهبة اوجب كون الملك
فيها موقوفا على المكاتب وعلى مولاه فاذا استقر احد وجهي المراعاة لم يسقط الرجوع كما لو استقر ملك المكاتب
بالعتق وهذا ينبني على ان المولى لا يملك اكساب المكاتب بحكم ملك مستانف وانما يملكها بحكم الملك الاول بدلالة
انه يستحق بالعجز اكسابه ورقبته فاذا لم يملك الرقبة بحكم ملك مستانف فكذلك الاكساب :. وجه قول محمد
ان المولى يملك اكساب المكاتب ببطلان تصرف المكاتب بالعجز كما يملك الوارث اكساب الحر ببطلان تصرفه بالموت :.
فاذا لم يجز رجوع الواهب على الوارث فكذلك لا يجوز رجوعه على المولى :. قال واذا وهب رجل لعبد هبة والعبد
ذو رحم محرم من الواهب او مولاه ذو رحم محرم من الواهب فللواهب ان يرجع في هبته في قول ابي حنيفة ايهما كان
ذا رحم محرم من الواهب وكذلك ان كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب فان محمدا قال قياس قول ابي حنيفة ان يرجع
وقال ابو يوسف ومحمد ينظر الى المولى فان كان ذا رحم محرم من الواهب لم يرجع وان لم يكن المولى ذا رحم محرم من
الواهب وكان العبد ذا رحم محرم من الواهب رجع الواهب اما اذا كان المولى اجنبيا فللواهب الرجوع في قولهم
من اصلين مختلفين اما ابو حنيفة فيقول ان الهبة لا يحصل بها صلة كاملة لانها تقع للعبد من وجه وللمولى من
وجه فصار كالهبة لرجل غير محرم :. فاما هما فيقولان الملك بالعقد يحصل للمولى وهو اجنبي فكان الواهب
اوجب الهبة له :. واما اذا كان المولى ذا رحم محرم والعبد اجنبيا فللواهب ان يرجع عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا يرجع :. لابي حنيفة ان الهبة حاصلة للعبد من وجه وللمولى من وجه الا ترى انها موجبة
للعبد ولهذا تقضى منها ديونه والملك حاصل للمولى اذا لم يكن دين فلم يكمل معنى الصلة فيها فصارت كالهبة
لرحم غير محرم :. وجه قولهما ان الملك يحصل للمولى وهو ذو رحم محرم من الواهب فكانه وهب له ابتدا
فلا يرجع :. واما اذا كان المولى والعبد كل واحد منهما ذا رحم محرم فقد ذكر ابو الحسن عن محمد ان قياس قول ابي حنيفة
ان يرجع لان رحم العبد غير موثر عنده اذا كان الملك لا يحصل له ورحم المولى غير موثر اذا كان الايجاب وقع لغيره
فيثبت الرجوع :. وكان ابو جعفر الهندواني يقول ليس له ان يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما ان
تعتبر فيها حال العبد او حال المولى وايهما كان من جهته كامل وذلك يمنع الرجوع وعلى هذا التفريع اذا وهب
لمكاتب وهو ذو رحم محرم من الواهب او مولاه ذو رحم من الواهب فان ادى المكاتب اعتبر حاله فان كان ذا
رحم محرم من الواهب لم يرجع فان كان اجنبيا فله ان يرجع لان ملكه استقر بالعتق فكان الهبة وقعت له
وهو حر :. فان كان اجنبيا رجع الواهب وان كان ذا رحم محرم لم يرجع :. وان عجز المكاتب فرد في الرق ففي
قياس قول ابي حنيفة يعتبر حال المولى فان كان اجنبيا فللواهب ان يرجع وان كان ذا رحم محرم من الواهب فليس
له ان يرجع لما بينا ان كسب المكاتب موقوف عليه وعلى المولى فاذا استحقه المولى استقر له فكانه وهبه له
بالعقد :. وعلى قول محمد لا يرجع الواهب في الاحوال كلها لان كسب المكاتب لنفسه فاذا انتقل الى المولى
بعجزه فكانه وهب فمات وانتقل الى ورثته ☙ تم كتاب الهبة

كتاب الوديعة

قال الوديعة عندنا عقد جائز والدليل على جوازه قول الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان
وهذا من التعاون على البر :. وقال صلى الله عليه لا يزال الله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه :. وروي انه
قال من ائتمن امانة فليؤدها :. ولان الناس يفعلون هذا في سائر الاعصار من غير خلاف :. ولانه لا خلاف في ذلك
بين الامة وهي من عقود الامانات :. والدليل عليه قوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان ولا على المستعير
غير المغل ضمان :. قال ابو الحسن والوديعة عند اصحابنا جميعا امانة فاذا قبلها المودع فهو موتمن مستحفظ
وهذا على ما قلنا :. وانما كان مستحفظا لانه موكل بالحفظ ونحوه فكان عليه ان يفعل ما امر به قال ويلزمه
حفظها مما يحفظ به ماله من يد او حرز :. وذلك لان الانسان لا يلزمه حفظ مال الغير الا على الوجه الذي يحفظ
ماله واذا فعل ما يفعله في ماله لم يضمن :. قال وسوا حفظها في يده او في يد غيره اذا كان الغير ممن يكون
ماله في يده ويستحفظه اياه وهذا اذا كان الحافظ في عيال المودع لانه لا يتمكن من الحفظ الا بمن في عياله
فصار ماذونا في التسليم اليه :. ولانه لو لم يسلم الوديعة اليه لحصلت في يده من طريق الحكم اذا خرج المودع
من داره وخلا بين عياله وبين الدار واذا لم يضمن بذلك لم يضمن بالتسليم :. فان اخرجها من يده الى غيره
ممن لا يد له في عياله ولا يستحفظه او جعله في حرز ليس يحرز فيه ماله فهو بمنزلة الضامن للوديعة
لو هلكت قبل ان يردها الى يده او حرزه ☙ اما اذا اخرجها من يده الى يد من ليس في عياله فلان المالك رضي
بيده ولم يرض بيد غيره والايدي تختلف :. فاذا سلمها الى من ليس في عياله فقد حفظها بيد لم يرض المالك
بها فيضمن ولهذا المعنى قالوا ليس للوكيل ان يوكل لان المالك رضي برايه ولم يرض براي غيره :. واما قوله
اذا حفظها في حرز ليس يحرز فيه ماله ضمن فانما يعني بذلك انه احرزها في حرز غيره فيصير بذلك

في حكم المودع :. واما اذا استاجر حرزا لنفسه وحفظها فيه دون ماله لم يضمن لان هذا حرز له كالحرز الذي فيه ماله
قال فان ردها الى يده او حرزه بري من الضمان وعادت الوديعة الى حال الامانة كما كانت في الاول :. وكذلك
ان استعمل الوديعة فكانت دابة فركبها او حمل عليها او عبدا فاستخدمه او ثوبا فلبسه او شيئا مما يفرش فافترشه
ثم اقلع عن ذلك وردها الى حالها الاولى بري من الضمان فان لم يفعل حتى هلكت في تلك الحال قبل ان يردها الى الحال
الاولى لزمه ضمانها :. قال وجملة هذا ان المودع اذا تعدى في الوديعة ثم ازال التعدي بري من الضمان عندنا
وقال الشافعي لا يبرا لنا ان امره بالحفظ عام في سائر الاوقات والامر لا يبطل بالتعدي بدلالة ان من وكل رجلا يبيع
عبده فاعتقه الوكيل او وهبه او باعه بثمن يسير فقد تعدى في فعله ولا يمنعه ذلك من بيعه في الثاني فاذا لم
يبطل الامر بالتعدي وازال التعدي فقد رجعت العين الى يد تقوم مقام يد المالك فكانه ردها الى وكيله
فيبرا من الضمان :. وليس هذا كالمودع يجحد الوديعة ثم اقر بها لان الجحود لا يكون الا بعد مطالبة المالك بالرد والمالك اذا طالب
بالرد فقد عزله عن الحفظ فاذا اعترف بالوديعة فلم يردها الى يد تقوم مقام يد المالك فلم يسقط الضمان :. وقد قالوا
في المستاجر اذا تعدى ثم ازال التعدي لم يبرا من الضمان لان يده لنفسه الا ترى انه يقبض الشي لمنفعة نفسه فاذا ازال التعدي
لم يرد العين الى يد تقوم مقام يد المالك :. وطعن عيسى بن ابان على هذا فقال بان يد المستاجر يد للمواجر بدلالة ان له ان
يرجع عليه بما لحقه من الضمان كالمودع وهذا ليس بصحيح لانه لا يرجع للمعنى الذي قاله وانما يرجع لانه غره بايجاب
عقد فيه بدل كما يرجع المشتري على البائع بما لحقه من الضمان وان لم تقم يده مقام يده :. ولذلك قالوا في المستعير
اذا تعدى ثم ازال التعدي لم يبرا من الضمان لان يده لا تقوم مقام يد المالك الا ترى انه يمسك الشي لمنفعة نفسه لا لمنفعة
المالك ☙ فاما المودع فيده قائمة مقام يد المالك لانه يمسك لمنفعته فصارت يده كيده :. قال فان اخرجها
عن يده في حال ضرورة مثل ان يقع في داره حريق غالب يخاف عليه على الوديعة او يكون معه في سفينة فيلحقه
غرق او لصوص وما اشبه ذلك فيدفعها الى غيره فلا يضمن وذلك لانه مامور بالحفظ ولا يقدر على الحفظ في هذه
الحالة الا بالايداع فكان ماذونا فيه :. قال ابو يوسف ولا يصدقه على العذر حتى يقيم بينة وكذلك قياس قول ابي حنيفة
وذلك لان الايداع سبب للضمان فاذا ادعى سقوط الضمان بالضرورة لم يقبل قوله الا ببينة كما لو ادعى ان المالك اذن له
في الايداع :. قال وان سافر فاستودعها رجلا فهو ضامن في قول ابي حنيفة وابي يوسف وان خرج بها معه فلا
ضمان عليه :. وقال في هذه المسئلة ان كانت الوديعة لها حمل ومونة فليس للمستودع ان يخرجها من المصر الذي استودعها
فيه ☙ فان خرج بها من ذلك المصر فلا ضمان عليه فيما لا حمل له واحدة ان طعاما كثيرا او نورا كثيرا فافة يضمن
استحسانا وليس بقياس والقياس ان لا يضمن ☙ وقال ابو حنيفة يخرج بها حيث شا كان لها المونة او لا ☙
وروي هشام عن محمد مثل قول ابي يوسف :. وجه قول ابي حنيفة ان المودع لا يلزمه حفظ الودايع
ليترك السفر الذي يحتاج اليه لمصالحه واذا عن له سفر لم يجز ان يودع الوديعة فيضمن ولا يكلف ان
يستاجر لها منزلا لان هذا ضمان لم يلتزمه المالك فلم يبق الا ان يسافر بها :. ولان المودع لما اطلق الامر
بالحفظ اقتضى ذلك عموم الحال في السفر والحضر :. وجه قولهما ان ما له حمل ومونة يلحق المالك ضرر بالسفر
فيه لمونة الرد فلم يجز للمودع ذلك :. وما ليس له مونة لا يلزمه ضرر في رده فبقي على اصل القياس ☙
قال فان ذهبت الوديعة بغير فعل من المودع او دخلها نقص بغير فعله فلا ضمان عليه :. وان ادعى
في ذلك دعوى انها هلكت او هلك بغير فعله او ادعى ان كان ذلك بفعل غيره بغير امره فالقول
قوله مع يمينه وذلك لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من استودع وديعة
فلا ضمان عليه :. وعن عمر بن الخطاب انه قال العارية بمنزلة الوديعة لا يضمن صاحبها الا ان يتعدى ☙
وعن الحسن قال ادركت من ادركت من اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم ما رايتهم يضمنون الودايع ☙ ولانه موتمن
فلا يلزمه الضمان الا بالتعدي :. ولان يده كيد المالك ولو هلكت العين في يد المالك لم يضمنها فكذلك
اذا هلكت في يد المودع ☙ وانما يرجع الى قوله لان الامين يقبل قوله في اسقاط الضمان عن نفسه كالاب والوصي
ولان الاصل انه لم يوجد منه سبب من اسباب الضمان ومن تمسك بالاصل فالقول قوله وانما كان القول
قوله مع يمينه لانا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة والشي مما يصح بذله فكان عليه اليمين كالمدعى عليه الدين
قال فان اخرجها من يده الى يد غيره او امر غيره ان يحدث فيها حدثا يستهلكها به او يدخلها نقصا فاحشا
ثم ادعى ان ذلك كان بامر المودع لم يصدق على ذلك الا ان يقيم عليه بينة وان لم يقم له على ذلك بينة
ضمن بعد ان يحلف المودع بالله ما امره بذلك فان حلف ضمنه وان ابى ان يحلف فلا ضمان عليه وذلك
لان اخراجها من يده والامر بالتعدي فيها سبب من اسباب الضمان ادعى البراءة منه واقر المالك فلا
يقبل قوله في اسقاط الضمان :. وانما وجب استحلاف المودع لان للمودع فائدة في يمينه لما يودي
النكول اليه من اسقاط الضمان عنه فلذلك استحلفه فان حلف فقد قطع الخصومة فوجب الضمان ☙
وان نكل فقد بذل الاذن وذلك مما يصح بذله فيسقط الضمان :. قال واذا ادعى رجل انه اودع رجلا
شيا فجحد المدعى قبله الوديعة فالقول قوله مع يمينه :. فان اقام المدعي البينة على الوديعة او استحلفه
فنكل عن اليمين ثم اقر بعد اقامة البينة او بعد امضا اليمين فقال قد كنت استودعتني فهلكت الوديعة

في يديه لم يقبل منه وضمن وذلك لانه لما جحد الوديعة فقد حكمنا له بحكم الملك فيها ولا يجوز ان يحكم له بالملك في ملك
غيره حتى يوجب عليه الضمان فاذا ضمنها لم يسقط عنه الضمان بالهلاك ∴ ولان الامر بطل بالجحود فصار المودع غاصبا
فلا يقبل قوله في الهلاك ∴ قال وكذلك ان اقام بينة بعد جحوده الوديعة لم يسمع من بينته لان جحود الوديعة اكذاب
البينة بهلاكها والمودع اذا كذب بينته لم يسمع ∴ فان اقر رب الوديعة انها هلكت في يده قبل جحوده اياها برئ المودع
من الضمان وان لم يقر بذلك ولم يقم له بينة وقال المستودع استودعتني فهلكت يحلفه ما هلكت قبل ان يجحده فان
القاضي يحلفه ما يعلمه هلكت قبل جحوده وذلك لان الاقرار ثبت حكمه بنفسه فاذا اقر رب الوديعة انها هلكت قبل
الجحود فقد هلكت على الامانة والجحود بعد ذلك لا يوجب الضمان عنها ∴ فان لم يقر استحلفه لان اليمين فيها فايدة للمودع
ويستحلف على العلم لانها يمين على فعل الغير ∴ قال بشر سمعت ابا يوسف في رجل استودع رجلا الف درهم
فقال المستودع قد ضاعت فالقول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه ∴ وقال ابو يوسف اخبرنا الحجاج عن ابي الزبير عن
جابر ان رجلا استودع رجلا وديعة فقال سرقت فاختصما الى ابي بكر رضي الله عنه فلم يضمنه وهذا على ما قدمنا ∴
قال ولو ان المستودع قال قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت دفعتها اليك واوهمت فانه لا يصدق وهو ضامن لانه اكذب
نفسه في ردها بدعوى الهلاك واكذب نفسه في الهلاك بدعوى الرد فاذا اسقطت الدعويان بقي الشي في يده في
الظاهر فيلزمه ضمانه ∴ وقد قال ابو يوسف في الوديعة اذا جحدها المودع صاحبها ضمن فان جحدها مع غيره
لم يضمن وذلك لان الضمان انما يجب بترك التسليم عند وجود الاخذ وهذا المعنى موجود في مطالبة المالك دون غيره ∴
ولان المودع قد يجحد الوديعة مع غيرها لكنها على طريق الحفظ لها فلم يوجب ذلك الضمان عليه ∴ وقال زفر
يضمنها في الوجهين جميعا لان الجحود لما تعلق به الضمان استوى فيه ان يكون بحضرة المالك او بغير حضرته ∴ في التعدي
قال ابو حنيفة اذا استعار ثوبا ليلبسه او دابة ليركبها او كان عنده مال وديعة فبعث به مع رسول من
اهله وعياله فلا ضمان عليه وان بعث مع رجل ليس في عياله فهو ضامن وكذلك قال ابو يوسف ∴ وقال ابن ابي ليلى
لا ضمان عليه في الوجهين جميعا وهذا على ما بينا ان المودع له ان يحفظ الوديعة بنفسه وبمن في عياله فجاز ان يسلمها
اليهم ∴ ومن ليس في عياله لا يجوز ان يحفظ به فلا يجوز ان يسلم اليه ∴ واما ابن ابي ليلى فمن اصله ان المودع يجوز
له ان يودع فاذا اسلم الى اجنبي لم يضمن بالتسليم ∴ قال واذا استودع رجل رجلا الف درهم فقال اخبأها في
بيتك هذا فخبأها في بيت اخر في داره تلك فضاعت الوديعة فلا ضمان عليه ∴ وكذلك لو قال ضعها في كيسك
هذا فوضعها في صندوقه لم يضمن وكذلك لو قال امسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهارا فوضعها في بيته
فهلكت لم يكن عليه ضمان وذلك لان البيوت في الدار الواحدة حرز واحد الا ترى ان السارق اذا نقل من بيت
لم يقطع والحرز الواحد لا فايدة في تعيين بعضه دون بعض والامر الذي لا فايدة فيه يسقط حكمه اصله اذا قال اودعك
على ان تنظر اليها بعينك اليمنى دون اليسرى ∴ وليس هذا كما لو قال احفظها في هذه الدار فحفظها في دار اخرى
لان كل واحدة من الدارين حرز منفرد والاحراز تختلف فللمالك غرض في بعضها دون بعض فصح تعيينه ∴
فاذا اودع في غير الحرز ضمن ∴ واما اذا قال له عليك ان تمسكها بيدك ولا تضعها فهذا لا يمكن والامر به
لا يتعلق به حكم فيسقط ∴ ولو قال لا تخرجها من الكوفة ووضعها في بيتك فخرج بها عمدا الى البصرة او الى غيرها
ضمن لان السفر فيه خطر بالمال فاذا نهاه عنه فقد خص الحفظ تخصيصا فيه فايدة فتعلق الحكم به ∴ فان انتقل من
الكوفة الى البصرة او الى غير ذلك لشيء لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه وهذا انما يريد به اذا خاف لم يمكن عليها فهو
مامور بالحفظ فاذا لم يقدر على حفظها في المصر جاز له النقل كما يجوز له في نقلها عن بلده عند الحريق ∴ قال فان استودع
وديعة وقال له لا تسلمها الى امرأتك فاني اتهمها او الى عبدك او الى امتك او الى ابنك فاني اتهمهم
فدفعها المستودع الى بعض من ذكرنا فهلكت الوديعة قال ان كان المودع لا بد له مما صنع ولا يجد بدا من ان
يدفعها الى بعض من ذكرنا لم اضمنه وذلك لان من كان في عياله ممن لا يستطيع منعه منها لانه يصير في يده
من طريق الحكم فلا يكون للنهي فايدة ∴ ومن ليس في عياله يقدر على حفظها منه فلم يجب التسليم اليه كالاجنبي ∴
قال فان اودع رجلان رجلا وديعة دراهم او دنانير او دراهم او عبيدا او ثيابا فجاء احدهما والاخر غايب فقال
للمستودع ادفع الي حصتي من ذلك فابى ذلك عليه فتقدما الى القاضي فان القاضي لا يقضي عليه ان يدفع الى الحاضر
حصته دون الاخر حتى يجتمعا جميعا ∴ وقال ابو يوسف ومحمد اقسم ذلك وادفع اليه حصته ولا يكون قسمة جايزة
على الغايب وروي عن محمد انه قال قول ابي حنيفة اقيس وقول ابي يوسف اوسع ∴ لابي حنيفة ان المدفوع
لا يخلو اما ان يكون نصيب الحاضر خاصة او من النصيبين ولا يجوز ان يكون نصيبه خاصة لان ذلك لا يكون الا
بالقسمة والمودع ليس بوكيل في القسمة ولا يجوز قسمة المال مع غيبته ولا يجوز ان يكون المدفوع من النصيبين
جميعا لان تسليم نصيب الغايب الى الحاضر لا يجوز ∴ وجه قولهما ان الغايب لو حضر فاخذ شريكه بعض
المال او اتلفه لم يجبر على رده فكذلك اذا كان غايبا جاز اخذه من جهة المودع وهذا انما يتصور في المكيلات
والموزونات خاصة وليس بصحيح لانه ليس اذا اخذ المستحق بعض المال المشترك لم يجبر على رده مما
يدل على انه يجوز للمستودع الدفع اليه الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال غريمه جنس حقه لم يجبر على رده ∴ ولا
يجوز للمودع الغريم ان يدفع اليه ∴ ولهما ان الدين المشترك اذا حضر احد الشريكين كان له ان يطالب بحقه

فكذلك العين المشتركة وهذا ليس بصحيح لان اذا دفع الى احد الشريكين مقدار دينه فانما يدفع مال نفسه لا مال
الغايب وفي مسالتنا يدفع مال الغايب بغير اذنه فلا يجوز ∴ واما قولهما انه لا يكون قسمة جايزة في حق الغايب
فمعناه ان الباقي في يد المودع اذا حضر الغايب كان له ان يرجع على القابض بنصف ما قبض لان القسمة لم تصح وقد سلم
لاحد الشريكين من المال المشترك ما لم يسلم لشريكه مثله فلذلك رجع عليه ∴ قال واذا اودع رجل رجلين
مالا فاراد ان يأخذ كل واحد منهما نصفه حتى يقتسمانه فان دفع احدهما المال كله الى صاحبه ضمن في قول ابي حنيفة
ولم يضمن في قول ابي يوسف ومحمد وهذا فيما يمكن قسمته فاما ما لا يمكن قسمته فلكل واحد منهما ان يدفع الى الاخر
لابي حنيفة ان المالك رضي بحفظهما ولم يرض باحدهما فاذا امكن كل واحد منهما الحفظ على الوجه المامور به
فلم يفعل صار ضامنا كالمودع الواحد اذا اسلم الوديعة الى غيره ∴ وليس كذلك ما لا يقسم لان المودع يعلم انهما
لا يجتمعان ابدا في مكان واحد فتسليمه اليهما رضا بيد كل واحد منهما ∴ وجه قولهما ان المالك
رضي بامانتهما فلكل واحد التسليم الى الاخر كالشي الذي لا يقسم ∴ وعلى هذا قال ابو حنيفة في المرتهنين
والوكيلين بالشرى اذا سلم احدهما الى الاخر ما يمكن قسمته ضمن لما بينا ∴ قال واذا اودع رجل رجلا مالا فاودعه
الذي قبض الوديعة غيره فضاع فان ابا حنيفة قال الضمان على الاول ليس على الثاني ضمان ∴ وقال ابو يوسف
ومحمد لرب الوديعة ان يضمن الاخر فان ضمنه رجع على الاول وان ضمن الاول لم يرجع على الاخر ∴
لابي حنيفة ان الضمان انما وجب بقبض المودع الثاني والفعل الواحد لا يوجب ضمانا على اثنين في عين
واحدة على كل واحد منهما في جميعها كالغصب وليس هذا كالغاصب وغاصب الغاصب لان كل واحد منهما
وجد منه غصب مبتدا فلزم احدهما الضمان بفعل غير ما لزم به الاخر ∴ وفي مسالتنا تسليم الوديعة لا يتعلق
به ضمان لانه لو سلمها ليحفظها المودع بحضرة المودع الاول لم يضمن واحد منهما فعلمت ان الضمان انما هو
لما بعد التسليم ∴ ولا يلزم الشرى الموجب للضمان على الوكيل والموكل لان الوكيل يضمن بعقد الشرى
والموكل يضمن بعقد الوكالة لا بالشرى ∴ ولا يلزم القصار اذا غلط فدفع ثوب رجل الى غيره فقطعه ان كل
واحد منهما ضامن لان الثاني ضمن بالتصرف والاول ضمن بالدفع الا ترى انه ممنوع من دفع ثوب الانسان
الى غيره ∴ ولان الضمان لما وجب على الاول بفعل الثاني لم يجب على الثاني ضمان كاجير الاجير المشترك اذا
دق الثوب فتخرق ضمن الاجير المشترك ولم يضمن اجيره ∴ ولانه مودع لمودع فصار كمودع الشريك
والمضارب ∴ وجه قولهما ان الاول تعدى بالتسليم والثاني تعدى بالقبض فصار كالغاصب
وغاصب الغاصب ∴ وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره سمعت محمدا قال في رجل اودع رجلا وديعة
فجاء بها المودع فوضعها في منزل المودع فضاعت الوديعة ان المستودع ضامن لها وذلك لان المودع رضي
بيده ولم يرض بيد غيره فاذا اخرجها من يده الى غير يد المالك ضمن ∴ وعلى هذا لو دفعها الى من في
عيال المالك لان المالك لم يرض بيدهم فصاروا في حقه كالاجانب وهذا هو القياس عندنا في العارية
والاجارة اذا ردها الى بيت مالكها وانما استحسنوا فيهما للعادة وهو ان الجيران يستعير بعضهم من
بعض اله البيت ويردونها الى الخدام من غير تسليم وكذلك يستعار الدابة وترد الى الاصطبل
الا ترى ان العادة لم تجر ان يستعار دابة الامير ثم تعاد الى مجلسه وانما ترد الى القيم بها وترك القياس للعادة ∴
وهذه العادة غير موجودة في الودايع ولهذا قالوا في العارية اذا كانت عقد جوهر لم يجز ان يردها الا الى المعير
لان مثل هذا لم تجر العادة بطرحه في الدار ولا بدفعه الى غلمان الخدمة فصار كالوديعة ∴ وقال ابن سماعة عنه في
الرجل يبعث بالوديعة تكون عنده مع غلمانه او اجيره الذي استأجره مشاهرة مع ابنه الصغير او الكبير الذي
هو في عياله يمونه ويكفيه طعامه وكسوته او مع رجل هو في عياله على مثل تلك الحال فالذي هو جايز ولا
ضمان عليه ∴ واما رجل يجري عليه نفقته دراهم في كل شهر فليس هذا بمنزلة الذي هو في عياله فهو ضامن وهذا
صحيح لان من كان في عياله لا يقدر على حفظ الوديعة عنهم فالتسليم اليهم ماذون فيه ومن كان في منزله
وان كان في نفقته فهو يقدر على منعهم فيضمن بالتسليم اليهم ∴ قال ولو اودع الوديعة شريكا له
مفاوضة او شركة عنان او عبدا ماذونا له في التجارة او عبدا له محجورا عن منزله فضاع لم يكن في شي من هذا
ضمان وكذلك اجيره وخادمه ∴ وكذلك لو استحفظها شريكه فحملها الى منزله فضاعت لم يكن عليه ضمان
وكذلك صبي فيما شريكان اودع احدهما رجلا وديعة فوضعها في كيسه فامر شريكه بحفظها فحمل
الكيس بما فيه من الوديعة والبضاعة فضاع لم يضمن ∴ وذلك لان كل واحد من الشريكين يحفظ
مال الشركة ومملوكه فصارت يدهم في المال كيده فلم يضمن ∴ قال واذا اودع رجل رجلا وديعة
فخلطها بغيرها خلطا لا يتميز منه فهو ضامن فان كانت متميزة حتى يصل اليها فلا ضمان على المودع
ولو اودعه رجلان كل واحد منهما الفا على حدة فعمد المودع الى الالفين فخلطهما جميعا فاختلط المال فان
ابا حنيفة قال لا سبيل لواحد منهما على اخذ هذه الدراهم ولهما على المودع الفان ∴ وقال ابو يوسف
ومحمد هما بالخيار فان شاءا ضمناه الفين وان شاءا اخذا هذه الالفين فاقتسماها بينهما نصفين وقد مر هذه المسالة
في الغصب وذكرنا لابي حنيفة ان الخلط يمنع من الوصول الى عين الوديعة كاتلافها وليس كذلك

الخلط الذي لا يتميز لانه لا يمكن الوصول الى عين الوديعه فكانها لم تختلط ⁖ وجه قولهما ان عين المال بحاله وانما
دخله نقص بالشركه فكان مالكه بالخيار ان شا اخذه مع النقصان وان شا ضمن ⁘ قال محمد لا يسع المودع اكل هذه
الدراهم حتى يودي مثلها الى اصحابها وهذا صحيح من قولهم ⁖ اما على قولهما فلان المودع لم يملكها ⁖ وعلى قول ابي حنيفه
ملكها من وجه محظور لم يود بدله ⁖ قال واذا اودع رجل رجلا مالا فمات المودع فان كانت الوديعه معروفه بعينها
قايمه في يدي الورثه ردت على صاحبها وان كانت لا تعرف بعينها فهو دين في تركه الميت يحاص الغرما ⁖ وان
كان دين الصحه يكون كالعدم ⁖ اما اذا وجدت بعينها فلقوله عليه السلام من وجد عين ماله فهو احق به فان لم يوجد
فقد ضيع المودع الحفظ فيها بترك بيان حالها فصار المودع اذا ضيع الحفظ ⁘ ولانه لما لم يبين حالها فالظاهر انها باقيه
في يده وقد حكمنا فيها بحكم الملك ولا يجوز ان نحكم له بالملك فيما لا يملكه حتى نحكم عليه بضمان قيمته واذا ثبت
انها دين عليه ساوى صاحبها الغرما ⁖ وانما صارت كدين الصحه وان كان الحكم عن بيانها في المرض لانه
ضمان له سبب معلوم ويساوي ديون الصحه وان كان في المرض كالقرض المعروف وثمن البيع ⁘

ومن مسايل هذا الكتاب المشهوره

اذا اودع صبيا محجورا عليه وديعه فاتلفها لم يضمن عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف يضمن ولو اودعه
عبدا فقتله ضمن في قولهم جميعا ⁖ وجه قولهما ان الصبي من عادته تضييع الاموال فاذا سلمه اليه مع علمه
بهذه العاده فكانه رضي باتلافه فلم يكن له تضمينه كمن قدم طعاما الى رجل فاكله وليس كذلك العبد
لانه ليس من عاده الصبيان قتل العبيد ⁖ ولان المودع يستعمل الصبي في حفظ الوديعه ومن استعمل صبيا
كان ضامنا فيما يصيب الصبي في عمله ⁖ ولو لزمه ضمان في ذلك لرجع به على المودع فلم يكن لايجاب الضمان
معنى ⁖ وليس كذلك العبد لان المسله محموله على انه عبد تمكنه ان يحفظ نفسه فلم يكن ايداعه عند
الصبي استعمالا للصبي في حفظه ⁖ لابي يوسف ان قبول الصبي الوديعه لا يتعلق به حكم فكانه اتلف
المال من غير ايداع فلزمه ضمانه ⁖ وعلى هذا الخلاف اذا اودع عبدا محجورا قال ابو حنيفه ومحمد لا ضمان
عليه في الحال لانه مستعمل العبد في الحفظ ولو لزمه ضمان في استعماله رجع به على المودع فلا معنى لايجاب
الضمان عليه ⁖ لابي يوسف ان قبول العبد الوديعه لا يتعلق به حكم فصار كانه اتلفها من غير ايداع الا ان حكم
العبد مفارق للصبي من وجه لان العبد يضمن اذا اعتق ولا يضمن الصبي بعد بلوغه لان العبد في نفسه ممن يملك
قبول الوديعه وانما لا يلزمه ذلك لحق المولى فاذا زال حق المولى بالعتق صار كالحر والصبي لا قول له ولا يثبت
لقوله حكم في الحال ولا بعد البلوغ ⁘

تم كتاب الوديعه

كتاب العاريه

قال رحمه الله العاريه عقد جايز والدليل عليه ان النبي صلى الله عليه استعار من صفوان بن اميه ادرعا ⁖ وقال صلى الله عليه المنحه
مردوده ⁖ ولان المنافع يصح تمليكها فجاز ان تملك بعوض وغير عوض كالاعيان ⁖ ولا خلاف في جواز ذلك بين الامه
واختلف اصحابنا رحمهم الله في معنى العاريه فذكر ابو الحسن انها اباحة المنافع ⁖ وكان ابو بكر يقول انها تمليك المنافع
واحتج من نصر قول ابي الحسن بان المستعير لا يجوز له ان يواجرها استعاره ولو ملك المنافع لجاز له ان يواجرها
كالمستاجر ⁖ والصحيح انها تمليك وذلك لان المستعير يملك ان يعير ولو كانت اباحة لم يجز ان يملكها
لغيره كما لا يجوز لمن ابيح له طعام ان يبيحه لغيره ⁘ ولان العريه والعاريه اشتق احدهما من الاخر وانما اختصوا
كل واحد من الاسمين بما هو فالواجب في تمليك الاعيان عريه وفي المنافع عاريه فدل على ان احدى اللفظتين
تمليك كالاخرى ⁖ واما امتناع الاجاره فليس لانه لم يملك لكن لمعنى انه ملكه المنافع على وجه لا يستطيع حقه عنها
متى شا ان يرجع فلو اجرا المستعير لتعلق بالاجاره الاستحقاق فيقطع حق المعير عنها فلذلك لم تجز الاجاره ⁖
قال ابو الحسن رحمه الله العواري على ضربين ضرب مضمون وضرب غير مضمون فما كان من العواري له
منافع يقع عليها عقد الاجاره فهي امانه ومنافعها مباحه غير مملوكه يجوز لصاحبها الرجوع فيها متى شا كان
وقت للانتفاع وقتا او لم يوقت ⁖ وما لم تكن له منها منافع يجوز عقد الاجاره عليها فهي قرض وان كانت
بلفظ العاريه وهي مضمونه اذا قبضت بامثالها ⁖ قال وهذا التقسيم الذي ذكره ابو الحسن ليس هو على ظاهره
لان عاريه الدراهم والدنانير ليس بعاريه في الحقيقه وانما هو عقد على الاعيان والعاريه ما انعقد على المنافع الا انه
تسمى على الاسم لا على المعنى ⁖ فاذا اعار ماله منافع مثل الرقيق والثياب والاواني والعقار فالعقد وقع على
منافعه وللمستعير ان ينتفع به على الوجه المعتاد ⁖ وقوله ومنافعها مباحه غير مملوكه قد تكلمنا عليه
ويجوز ان يتاول قوله فيقال انه اراد بها عين مملوك يعني الملك المستقر الذي لا يجوز الرجوع فيه ⁖ وانما
جاز الرجوع في العاريه متى شا المعير وقت او لم يوقت لقوله صلى الله عليه المنحه مردوده والعاريه موداه ⁘
ولان التمليك يقع على المنافع وهي معدومه انما يملكها المستعير حالا فحالا فما لم يوجد منها لم يتصل
به القبض فكان للمعير الرجوع فيه ⁖ والدليل على ان العاريه امانه اذا هلكت في يد المستعير لم يضمن قوله عليه السلم

ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان ⁖ ولان هذا القبض لا يتعلق به ضمان الاجر اذا تلفت بالاستعمال
فلا يتعلق به ضمان العين كقبض المستاجر ⁖ وعكسه قبض الغاصب ⁖ والذي روي ان النبي صلى الله عليه استعار من صفوان ادرعا
فقال له اغصبا تاخذها يا محمد فقال لا بل عاريه مضمونه موداه لا دلالة فيه من وجوه احدها ان كان هذا القول وهي يوميذ دار حرب
والشرط الفاسد في دار الحرب كالشرط الصحيح في دار الاسلام ⁖ ومن اصحابنا من قال ان العاريه انما لا تضمن اذا لم يشترط
ضمانها فاذا اشترط ضمانها ضمنت وقد شرط النبي صلى الله عليه الضمان ⁖ فان قيل لو كانت العاريه لا تضمن لم تضمن بالشرط كالاجاره
والوديعه ⁘ قيل له ان الاجاره والوديعه انما لم تضمن بالشرط لانه لا فايده في شرط ضمان فيها الا ترى انما يلحق
المستاجر والمودع من الضمان يرجع به على المواجر والمودع وفي شرط الضمان في العاريه فايده لان المستعير لا يرجع
بما يلحقه من الضمان على المعير ⁖ وجواب ثالث وهو ان النبي صلى الله عليه اخذ الادرع من صفوان بغير رضاه
الا ترى ان صفوان رجل من اهل اللغه لا يخفى عليه اسم الغصب وقد قال له اغصبا تاخذها يا محمد فدل على انه اخذها بغير قوله
وللامام عندنا اذا احتاج المسلمون الى مثل هذا ان ياخذه بغير اذن مالكه فيكون مضمونا على بيت المال ⁖ وجواب
رابع وهو ان جابرا روى ان هذه الادرع كانت لاهل مكه في يد صفوان فقد اعارها بغير اذنهم وهذه العاريه يتعلق بها
الضمان ⁘ وجواب خامس وهو ان قوله بل عاريه مضمونه معناه مضمونه الرد الا ترى انه جعل الضمان صفة العاريه
وضمان القيمه لا يكون صفة لها وانما يكون بعد هلاكها ⁖ قال ولا تضمن العاريه الا ان يتعدى فيها او يفعل الاستعمال
لغير ما استعاره كما يضمن المستاجر في استعمال ما استاجر في غير ما استاجره له وذلك لانه قبضها بامر المالك
فان تعدى او خالف ما امره به فكانه استعمل العين بغير اذن مالكها فلزمه الضمان ⁖ فاما القسم الثاني وهو
عاريه ما لا منافع له مثل الدراهم والدنانير والحنطه والشعير فانما كان قرضا لان العاريه تمليك المنافع والمنافع المقصوده
من الدراهم والدنانير انفاقها واستهلاك اعيانها فكان المعير اذن له في ذلك ⁖ ثم لما كان عقد العاريه يتضمن وجوب
الرد اوجب ذلك الضمان فيها بامثالها وهذا معنى القرض فلذلك جعلوا عاريه الدراهم قرضا ولا تملك الا بالقبض
كما لا تملك القرض الا بالقبض لان القرض تبرع فلا يتم الا بمعنى ينضم الى عقده ⁖ قال واذا استعار رجل من رجل
دابه على ان يذهب عليها حيث شا ولم يسم مكانا ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذلك جايز وله ان يحمل عليها ما شا
ويذهب بها حيث شا من المصر وان يخرج بها عن المصر ⁖ وله ان يعيرها غيره لانه استعارها له الا ان تكون شرط
ان يكون هو الذي يركبها او كان ثوبا فشرط ان يلبسه هو فليس له ان يركب غيره او يلبس الثوب غيره وما كان غير
هذين فما للمعير ان يفعله فله ان يعيره غيره وذلك لانه لما اطلق العاريه ولم يخص منفعه دون منفعه ولا مكانا
دون مكان ولا راكبا دون راكب كان ذلك على العموم اذ لو اراد الخصوص لخص ⁖ واما اذا استعار الشي على
ان يستعمله بنفسه فهو على وجهين كل ما يختلف منافعه باختلاف المستوفي فليس له ان يعيره وذلك
لان لبس الثوب يختلف باختلاف اللابس وركوب الدابه يختلف باختلاف الراكب وعلمه بالركوب فاذا
رضي المعير بلبس رجل او بركوبه لم يكن ذلك رضا بغيره ⁖ فاما ما لا يختلف منافعه باختلاف المستوفي مثل
الدار يستعيرها فله ان يعيرها فلا ضمان عليه لان المنافع غير مختلفه فاذا رضي باستيفا المستعير لها فاستيفا غيره كاستيفايه
فكانه اذن فيه ⁖ قال والاصل ان ما كان للمعير ان يفعله فكل ذلك للمستعير منه وما ليس له ان يفعله فكذلك
المستعير لان المستعير انما ملك المنافع بالعاريه فمقدار ما ملكه يجوز ان يملكه غيره وما لم يملكه لا
يجوز تمليكه له ⁖ قال وليس للمستعير ان يواجر شيا مما استعار مما يصح فيه الاجاره وان فعل فهو ضامن
حتى يسلمه الى المستاجر ويكون المعير في ذلك بالخيار ان شا ضمن المستعير وان شا ضمن المستاجر فايهما ضمن
لم يرجع على صاحبه ⁖ وانما لم يجز ان يواجره لما قدمنا انه بالاجاره يقطع الحق الثابت للمعير في الرجوع وهذا
لا يجوز ⁖ فان قيل فهلا جوزتم اجارته وجعلتم حق المعير في الرجوع عذرا يفسخ به الاجاره فلا ينقض حق
المعير قيل له انا لو جوزنا الاجاره لصارت من مقتضى عقد العاريه فكان المعير اذن له فيها فلا يجوز ان
يفسخ لحقه واذا لم يملك ان يواجر فسلم الى المستاجر فالتسليم تعدي من جهته فيتعلق به الضمان
والمستاجر ضامن لانه قبض العين على وجه لا يجوز قبضها عنه ⁖ فان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر
لانه ملك العين بالضمان فكانه اجر ملك نفسه فهلك وان ضمن المستاجر لم يرجع على المواجر وهذا
محمول على انه استاجرها وهو يعلم انها عاريه فلا يوجد فيها المستعير غرور له والرجوع انما يثبت بحكم
الغرور ⁖ فاما ان لم يعلم فيرجع عليه لانه قد غره بايجاب عقد فيه بدل ⁖ قال واذا استعار دابه
للركوب او ثوبا للبس ولم يسم من يلبسه فاعاره غيره ليلبسه او اعاره دابه غيره ليركبها فلا ضمان على
واحد منهما وذلك جايز له غير محظور عليه لانه ملكه المنافع تمليكا عاما ولم يخص استيفاها بشخص
دون شخص فكان له ان يستوفيها بنفسه وبغيره ⁖ قال واذا استعارها ليحمل عليها شيا ذكره وسماه
فحمل عليها غيره فان كان مثله في الكيل والوزن والخفه على الدابه فلا ضمان عليه ⁖ وان كان اثقل من
ذلك او حمله اضر على الدابه ضمن اذا حمل عليها ⁖ وذلك لان التعيين في العقود انما يثبت حكمه
اذا كان فيه فايده واذا لم يكن فيه فايده سقط ولم يثبت حكمه ⁖ الا ترى انه لو قال اعرتك هذه الدابه
لتحمل عليها قفيزا من طعام زيد كان له ان يحمل عليها قفيزا من طعام عمرو لانه لا فايده في هذا التخصيص

واذا ثبت هذا فمتى اعاره الدابه ليحمل قفيز حنطه فحمل عليها قفيز شعير لم يضمن لان الطعام اثقل وضرره اكثر
وقد رضي رب الدابه بضرره فضرر الشعير اقل منه فصار راضيا به فكان المستعير حمل عليها بعض قفيز فلا يضمن
واما اذا قال له احمل عليها مايه منا قطن فحمل عليها مايه من حديد فهو مخالف لان هذا التعيين فيه فايده الا ترى
ان الحديد يخالف القطن من غير ناحيه الثقل ولكنه يجتمع فياخذ من ظهر الدابه موضعا والقطن يتفرق في
ظهرها فكان في هذا التعيين فايده فثبت حكمه وضمن بالمخالفه فيه . قال واذا رد المستعير العاريه
مع ابنه او ابيه او عبده او اجيره او احد ممن في عياله فعطب في الطريق فلا ضمان على المستعير ولا على الرسول
وهذا على ما بينا ان الانسان يحفظ الامانات بنفسه وبمن في عياله فاذا سلم اليهم لم يضمن . قال وكذلك
لو ردها الرسول او المرسل على عبد صاحبها وهو عبده الذي يقوم عليها فهلكت فلا ضمان عليه . وان رد الدابه
الى منزل صاحبها الذي يكون فيه فربطها على اريها فهلكت بعد ذلك فلا ضمان عليه وهذا استحسان والقياس
ان يضمن لانها امانه فلا يبرا منها الا بالرد الى مالكها كالوديعه وانما تركوا القياس لان العاده جرت في رد
العواري بهذا النوع الا ترى ان من استعار دابه من احد لم يردها الى يده وانما يردها الى اصطبله ويستعير
الجيران الات البيت ويلقونها في دار صاحبها فتركوا القياس للعاده . قال واذا استعار الرجل دارا او ارضا
على ان يبني فيها او يغرس فيها نخلا فاذن له في ذلك ثم بدا لصاحبها ان يخرجه فله ذلك في الحكم ولا يضمن شيا
من الغرس ولا من البنا ويأخذ صاحب الغرس غرسه وبناه وقال مالك يضمن المعير قيمه الغرس والبنا وانما جاز
له الرجوع لقوله صلى الله عليه المنحه مردوده ولان المنافع انما تملك حالا فحالا واذا رجع المعير فيما لم يقبض منها
فله ذلك واذا ابطلت العاريه بالرجوع صار مشغلا الارض ببنايه وغرسه فكان عليه قلعه منه . وانما لم
يضمن لانه لما لم يوقت في العاريه وقتا لم يوجد منه غرور للمستعير وانما غر المستعير نفسه حتى بنا في ملك
غيره مع علمه ان له حق الرجوع فيه . قال فان كان صاحب الارض وقت له وقتا في العاريه عشرين سنه او
اكثر من ذلك او اقل فاخرجه قبل ذلك في الحكم ويضمن صاحب الارض للمستعير قيمه غرسه وبنايه ويكون ذلك
لرب الارض والدار اذا ادى قيمته . فان قال صاحب البنا والغرس لا اضمنك ولكن انقض بنايي واخذ غرسي فله ذلك
وانما جاز له الرجوع وان وقت لان مقتضى العاريه الرجوع فلا يتغير ذلك بالتوقيت . ولانه وعد وعدا
فلا يستحق عليه الوفا به واذا ثبت الرجوع لزم المستعير ازاله بنايه وغرسه . ولانه قد شغل ملك غيره
بملكه فكان عليه ازالته كما فسخت العاريه وهناك قناع موضوع . وانما كان للمعير ان يضمن البنا والغرس
لانه تابع لملكه وفي ازالته ضرر عليه . واما قوله ان للمستعير ان يقلع ذلك ولا يضمن فهذا محمول
على انه لا ضرر على الارض في القلع . فاما ان اضر بها فالخيار لرب الارض لان ملكه هو المتبوع وانما
رجع المستعير بنقصان قيمه البنا والغرس على المعير لانه غره حين وقت له وقتا فرجع فيه الا ترى ان الظاهر
انه يفي بما وعد فيغتر المستعير بذلك فلذلك ضمن له . قال فان اعاره الارض فزرعها المستعير
فلما تقارب حصاده اراد ان يخرجه قال اما الزرع فاني استحسن فيه اذا زرعها ان لا يوخذ منه حتى يحصد
الزرع . فاذا حصده اخذ رب الارض الارض . اما القياس فلانه لما رجع في العاريه بطلت وصار
المستعير شاغلا الارض بملكه فلزمه قلعه كالغرس وجه الاستحسان ان الزرع له غايه ينتهي اليها
وامكن ايفا الحقين من غير ضرر وهو ان يبقى الزرع الى ان يحصد ويدفع الى المعير مثل اجره الارض فيوفي الحقين
وليس كذلك الغرس لانه لا غايه لقلعه فلو بقيناه بالاجره لادى الى استحقاق المنافع على التابيد وفي
هذا ضرر . قال واذا استعار دابه ليركبها الى موضع فقال رب الدابه لم اذن لك ان تبلغ هذا الموضع
وقال المستعير قد اذنت لي او اختلفا في الايام فقال اعرتك يوما او فيما يحمل عليها فالقول قول رب
الدابه في ذلك كله مع يمينه والمستعير ضامن لان الاذن يستفاد من جهه المالك فالقول قوله
في مقدار ما اذن فيه ولهذا قال صلى الله عليه اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البايع . قال وكل
تصرف تصرف فيها المستعير مما استعمل فيه العاريه مما يوجب الضمان وادعى اذن المعير فيه لم يصدق
اذا جحد المعير وهو ضامن الا ان تقوم له بينه على الاذن لان سبب الضمان قد وجد فاذا ادعى الاذن
المسقط للضمان لم يقبل قوله الا ببينته . تم كتاب العاريه ولله الحمد والمنه وصلى الله على سيدنا محمد واله

باب الدعوى والبينات

قال الشيخ ايده الله الدعوى في اللغه قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وهو فعل متعدي
… الا في مدعى عليه . والمدعي اسم لفاعل الدعوى كالضارب الذي هو فاعل الضرب الا ان
… اسم يتناول من ادعى شيا لا دلاله عليه الا ترى ان الحاكم اذا اقامت البينه لم يقل للطالب انه
… ويقول له ذلك قبل اقامتها … ان يقال مسيلمه مدعي النبوه لانه لا دلاله معه ولا يقال ان
… الله عليه يدعي النبوه لان المعجز دل على صدقه . ومن اصحابنا من قال ان اختصاص الاسم بالخارج
… فاما اللغه فالاسم يتناول كل مدعي . وكان شيخنا ابو عبد الله يقول اطلاق الاسم في

اللغه يتناول من لا ظاهر معه . والاصل ان الاسامي مستعمله على اصل اللغه غير منقوله عنها فالدعوى على
ضربين صحيحه وفاسده فالصحيحه ما يلزم المطلوب حكمها ان صحت ويجوز للحاكم الحكم بها والتسليم والفاسده ما لا
يتعلق بالمطلوب او لا يصح الحكم بها لجهالتها واذا صحت الدعوى اوجبت حقا على المطلوب وهو حضور مجلس
الحكم والجواب واليمين عند الانكار . والدعوى الفاسده لا يتعلق بها حكم فلا يسمعها الحاكم . والدليل على
ان الحضور يجب بالدعوى قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون . وهذا ذم على
الامتناع . وروي عن علي رضوان الله عليه انه قال جات امراه الوليد بن عقبه الى رسول الله صلى الله عليه
تستعدي على زوجها فاعداها فجات فقالت انا ادعي ثم اعطاها هدبه من ثوبه ليهديه العدوى فجات
ولان الحكام يحضرون الناس بمجرد الدعوى من لدن النبي صلى الله عليه الى يومنا هذا من غير نكير . واما الدعوى الفاسده
فقد بينا انها تفسد لوجهين احدهما ان لا يلزم المطلوب حكمها مثل ان يدعي عليه انه وكله فهذه لو صحت
كان للمطلوب ابطالها فلا معنى لمسالته عنها . والثاني ان يدعي مجهولا فلا يسمع الحاكم الدعوى لان البينه
لا تصح ان تقوم عليه ولو نكل عن اليمين لم يمكن القضا عليه بشي فلذلك لم يلزم حكمها . وذكر ابو الحسن
حديث ابن ابي مليكه عن ابن عباس عن النبي عليه السلم انه قال لو اعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دما قوم واموالهم
لكن البينه على المدعي واليمين على المدعى عليه . وفي خبر اخر لم يذكر البينه . وهذا الخبر يشتمل على فوايد منها
ان المدعي غير المدعى عليه لان النبي صلى الله عليه فرق وافرد كل واحد منهما بحكم خصه . ولو كان كل واحد
منهما مدعيا لاشترك لانه لما افرد كل واحد منهما باسم فالظاهر زوال الاشتراك كساير اسما الاشخاص وهذا
الخبر من اخبار الاحاد . رواه ابن عباس وعمرو بن شعيب وغيرهم الا انه في حيز التواتر لان الامه اتفقت على العمل بموجبه
لاجله فاذا ثبت ان المدعي غير المدعى عليه احتجنا الى بيان كل واحد منهما . وقد تكلم اصحابنا فمنهم من قال
المدعي من التمس غير الظاهر والمدعى عليه من تمسك بالظاهر . ومنهم من قال ان المدعي من اذا ترك
الخصومه لم يجبر عليها والمدعى عليه من يجبر على الخصومه وان تركها . وذكر ابو الحسن ان المدعي عندنا
الذي كلفه رسول الله صلى الله عليه البينه هو من التمس بدعواه اخذ شي من غيره او اثبات حق في ذمته
والمدعى عليه من ينفي ذلك عن نفسه وهذا ليس بخبر عام لان صاحب اليد اذا قال في جواب الدعوى ابتعت
من الخارج لم يلتمس اخذ شي من يد غيره ولا اثبات حق في ذمته وهو مدعي . ومن اصحابنا من قال المدعي من
ادعى معنى حادثا وهذا ليس بصحيح لان المتنازعين في الشي اذا ادعى كل واحد منهما ملكا مطلقا او ادعى ملك
الاصل فليس بمدع حادث . وقال محمد في كتاب الدعوى والمدعى عليه هو المنكر . واعترض على هذا فقيل من
ادعى دارا في يد غيره وهو ينكر ان يكون لصاحب اليد وصاحب اليد ينكر ان يكون له وهذا ليس بصحيح لان الخارج
لا يحتاج في صحه دعواه الى انكار وانما ذلك في مضمون دعواه وصاحب اليد لا بد له من الانكار في صريح دعواه
فان قيل المودع اذا طولب بالوديعه فقال رددتها فليس بظاهر وهو مدعى عليه قيل له هذا قد اعترف بالدعوى
وهو الابداع ثم ادعى الرد فهو مدعي . وانما جعلت حجته في الشرع يمينه ولهذا تقبل على الامانات وقد دل هذا
الخبر على احكام عقليه واحكام شرعيه فاما العقلي فهو ان المدعي لا يستحق بدعواه والشرعي انه يستحق
بالبينه فان القول قول المدعى عليه عقلي الا ان وجوب اليمين شرعي وقوله عليه السلم البينه على المدعي
عام لان كل مدعي يثبت حقه بالبينه وقوله واليمين على المدعى عليه خاص لان اليمين لا يجب على من ادعى حدا
ولا فيما لا يصح بذله عند ابي حنيفه ولا يجب على الامام والحاكم واشباهه فيما يتعلق بالحكم . وقد دل هذا الخبر على
ان رد اليمين على المدعي لا يجوز لان النبي صلى الله عليه جعل جنس الايمان في جنبه المدعى عليه ولانه اخرج الكلام
مخرج التمييز والتفصيل فلا يستعمل حكم احدهما في الاخر كقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله البكر تستامر
في نفسها والثيب تشاور وقد دل الخبر على ان بينه صاحب اليد لا تقبل لان النبي صلى الله عليه جعل جنس
البينات في جنبه المدعي فلا يبقى بينه تثبت في حق المدعى عليه . وقد دل الخبر على ان القضا بالشاهد واليمين
لا يجوز لانه صلى الله عليه جعل جنس الايمان في حق المدعى عليه وجعل فصل الحكم متعلقا اما بالبينه واما باليمين .
وذكر عن ابن ابي مليكه قال كتبت الى ابن عباس وكنت عاملا في امراتين كانتا على حواد فجات احديهما
تدمى بان صاحبتها وجاتها وليست لها بينه فكتب الي ابن عباس ان سالها البينه فان لم يكن لها بينه فاستحلفها
واقرا عليها القران ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا فانه بلغنا ان النبي عليه السلم قال لو اعطي
الرجل بدعواه لادعى الرجل مال الرجل فاستحلفها فابت ان تحلف فالزمتها . وهذا يدل على ان الحاكم
يسال المدعي عن البينه قبل الاستحلاف ويدل على وجوب اليمين في دعوى الجنايه وقد دل على ان
القاضي يعظم حرمه اليمين ويعظ المطلوب قبل الحلف حتى لا يقدم على يمين كاذبه . ويدل على وجوب
القضا بالنكول لانه قال فنكلت فالزمتها . وذكر عن قتاده في قوله تعالى واتيناه الحكمه وفصل الخطاب
قال الحكمه البينه وفصل الخطاب البينه على المدعي واليمين على المدعى عليه وهذا يدل على ان الاحكام التي
ذكرها النبي صلى الله عليه في خبر ابن عباس ثابته في شريعه من قبلنا وقد صارت شريعه لنا بقوله عليه السلم .
قال ابو الحسن رحمه الله بعد ذكر المدعي فاذا كانت الدعوى على حاضر سال الحاكم المدعى عليه عما ادعي عليه فان

اقر به الزمه اقراره وحكم به عليه وان جحد كلف المدعي البينة علي دعواه فان كان عليها بينة قضي له بها وان لم يقم له علي
دعواه بينة استحلف المدعي عليه ان التمس المدعي يمين المدعا عليه ولا يستحلف الحاكم المدعا عليه حتي يساله المدعي
استحلافه فاما قبل ذلك فلانا قد بينا ان المدعي الصحيحة بحسب مسله المطلوب عنها لان الغرض بالمنازعه
معرفه ما يقوله ∴ ولان البينه تثبت مع الانكار ويجوز ان يكون مقرا فلا تسمع البينه عليه ∴ ولانا اذا اجوزنا ان
يقر فتنقطع الخصومه وجب ان يبتدي بمسالته فان اقر الزمه القاضي اقراره لقوله تعالي بل الانسان علي نفسه بصيره
يعني شاهدا ∴ ولانه غير متهم علي نفسه ومعني قوله الزمه اقراره اي ياخذه وقوله وحكم عليه به فان ذلك يقف
علي طلب المدعي لانه لا حق له الا تري انه يجوز ان يعزل القاضي او يموت فيجحد الخصم فاذا حكم واشهد علي حكمه
كان اوثق لحقه ه واما قوله فان جحد كلف المدعي البينه فليس معناه انه يلزمه ذلك لان اقامه البينه من
حقوقه موقوف علي اختياره وانما يعني انه يساله اله بينه اولا وذلك لان في مذهب ابي حنيفه ان المطلوب
لا يستحلف اذا قال المدعي لي بينه حاضره ∴ وعلي قول ابي يوسف ومحمد اذا كان الشهود في مجلس الحكم لم يستحلف
الخصم فلذلك يساله الحاكم عن اقامه البينه ∴ واما قوله فان اقام عليها بينه قضي له بها فلان الشهاده كشف
عن صدق الدعوي فوجب الزام الخصم حكمها ه ولان البينه لا يتعلق بها حكم حتي ينضم اليها القضا فلذلك حكم بها
اذا التمس المدعي منه ذلك ∴ واما قوله فان لم يقم بينه استحلف المدعا عليه فلان القاضي منصوب لقطع الخصومه
وذلك يكون باحد ثلثه معاني اما الاقرار او البينه او اليمين وقد فات الاقرار فلم يبق الا اليمين ولا يستحلفه الا
لمطالبه المدعي لان الاستحلاف حق له فاستيفاوه يقف علي مطالبته ∴ ولا يجوز ان يختار تاخير اليمين الي
ان يقدر علي بينه فاذا استحلف الخصم لم يامن ان يرفعه الي قاض لا يري سماع البينه بعد اليمين فلذلك وقفت
اليمين علي مطالبته ∴ قال ولا يقبل الحاكم علي الدعاوي الا شهاده رجلين او رجل وامراتين احرار عدول
الا في الولاده خاصه والعيوب التي لا يطلع عليها الا النسا فانه تقبل عليها شهاده امراه اذا كانت حره مسلمه عدلا
وجمله هذا ان الشهاده علي مراتب لا تقبل في الزنا اقل من اربعه لقوله تعالي ثم لم ياتوا باربعه شهدا فاجلدوهم
وقوله فاستشهدوا عليهن اربعه منكم وما سوي الزنا مما يوثر فيه الشبهه لا تثبت الا بشهاده رجلين لما روي
عن الزهري قال مضت السنه من رسول الله صلى الله عليه والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهاده النسا في الحدود ولا في
القصاص ∴ ولان شهاده النسا قايمه مقام شهاده الرجال وما سقطه الشبهه لا تثبت بما قام مقام الغير واما
ما لا يسقط بالشبهه ويجوز للرجال الاطلاع عليه فيثبت بشهاده رجل وامراتين او رجلين لقوله تعالي فان لم
يكونا رجلين فرجل وامراتان ∴ فان قيل هذه الايه تدل علي قبول شهاده العدد المذكور ولا تنفي غيره قلنا
بلي تنفي شهاده ما دونه لان المقادير لا بد لها من فايده لتقدير ما قبلها ∴ فاما ان لا يجوز الزياده عليها ولا النقصان
منها كالحد والعده ∴ ومنها ما لا يجوز الزياده عليها ويجوز النقصان منها كعدد المنكوحات ومنها ما يزاد عليه
ولا ينقص منه كمده السفر وقد ثبت ان الزياده علي العدد المذكور في الشهادات مقبوله فلو جاز النقصان
لبطلت فايده التقدير ∴ واما ما لا يطلع عليه الرجال مثل الولاده والعيوب الباطنه بالنسا فيقبل فيها
عندنا شهاده امراه واحده وقال مالك امراتين وقال الشافعي اربعه ∴ لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه انه
اجاز شهاده القابله في الولاده ∴ ولان ما يقبل فيه قول النسا منفردات لا يشترط فيه العدد كالاخبار ه
ولم يذكر اصحابنا شهاده الرجال علي الولاده ∴ قال واذا احضرها الضروره عدم النسا قبل شهاده واحد
لانه اذا جاز قبول شهاده امراه واحده فلان يقبل قول رجل واحد وهو اكد واولي ه واما اعتبار
العداله فلقوله تعالي ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا ∴ ولان الفاسق يعلم ان الفسق حرام ويقدم عليه فلا يومن
ان يقدم علي شهاده الزور فصار متهما في شهادته ∴ فاما اعتبار الحريه فشهاده العبد والمدبر والمكاتب
وام الولد لا تقبل عندنا ∴ فالعبد مسلمه لا خلاف فيها بين اهل العراق علي قوله وسمعته ه
قال لا خلاف ان شهاده العبد لا تقبل وقد دل علي ذلك اجماع الصحابه لان عليا عليه السلم كان يقول في المكاتب يعتق بقدر
ما ادي من كتابته ∴ وكان زيد بن ثابت يقول لا يعتق ما لم يود جميع كتابته فقال زيد لعلي ارايت لو شهد اتجيز شهادته
قال لا ∴ وروي عن عمر رضي الله عنه انه كان يقول اذا شهد العبد فردت شهادته ثم عتق فشهد تلك الشهاده جازت
شهادته ∴ وقال عثمان رضي الله عنه لا يقبل فقد اتفقا انه لا يقبل في حال الرق ∴ وعن ابن عباس ان شهاده العبد لا تقبل ولان
الله تعالي قال ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا والعبد لا يقدر علي اتيان الحكم اذا دعاه فدل علي انه لم يدخل تحت الايه
ولانه قول يودي الي ايجاب القطع عليه الا تري انه اذا رجع عن الشهاده ضمن وهذا المعني لا يصح من العبد كالكفاله
واما العبد المعتق بعضه فعند ابي حنيفه انه مكاتب فلا تقبل شهادته وعلي قولهما انه حر عليه دين فيقبل شهادته
كساير الاحرار ه قال ويقبل القاضي شهاده اهل الذمه بعضهم علي بعض اذا كانوا عدولا في دينهم وان اختلفت
مللهم وهو قول شريح والشعبي وعمر بن عبد العزيز وابي سهاب ويحيى بن سعيد قال الليث خالف مالك فعليه
في شهاده النصاري بعضهم علي بعض كان ابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعه يجيزونها ∴ قال الطحاوي قال ابن ابي عمران
سمعت يحيى بن اكثم يقول ما وجدت عن احد من المتقدمين ان شهاده النصاري بعضهم علي بعض لا تقبل الا ربيعه فاني
وجدت عنه روايتين ∴ وقال مالك والشافعي لا يجوز ∴ لنا ما روي جابر ان النبي صلى الله عليه قبل شهاده اربعه من اليهود

علي اليهوديين في الزنا ورجمهما ولا يقال روي انهما اقرا لانه لا يمتنع ان يكونا اقرا بعد الشهاده عليهما الا تري ان
الاقرار لو سبق لم يجز ان تسمع الشهاده ∴ ولان من جاز ان تثبت له الولايه علي غيره جاز ان تقبل شهادته عليه
كالمسلم ∴ ولانه عدل في دينه فجاز ان تقبل شهادته كالمسلم ∴ واما اذا اختلفت مللهم فعندنا تقبل شهاده
بعضهم علي بعض وقال ابن ابي ليلي لا تقبل ∴ لنا ان من جاز ان تقبل شهادته علي اهل دينه جاز ان تقبل علي غيرهم
كالمسلم ه قال والكفر عند اصحابنا مله واحده ما داموا في حكم دار واحده فان اختلفت دورهم في احكامهم
لم تجز شهاده اهل دار علي اهل دار غير دارهم وذلك لقوله تعالي لكم دينكم ولي دين فجعل لنا دينا وللكفار
دينا ∴ وقال النبي صلى الله عليه نحن حيز وجميع الناس حيز ∴ ولانه يجمعهم اعتقاد واحد يفرون عليه
فصاروا كالمسلمين ∴ ولا يقال ان احكامهم مختلفه لانه يجوز للمسلم ان يتزوج بالكتابيه ولا يجوز ان يتزوج
بالمجوسيه لان هذا الاختلاف فيما بيننا وبينهم وكلامنا في احكامهم فيما بينهم ∴ فاما اذا اختلفت الدور فقد
قالوا ان شهاده المستامن لا تقبل علي الذمي وتقبل شهاده الذمي علي المستامن لان اختلاف الدارين
يقطع العصمه والموالاه كما يقطع اختلاف الملتين فكما تقبل شهاده المسلم علي الكافر ولا تقبل شهاده
الكافر علي المسلم كذلك تقبل شهاده اهل دارنا عليهم ولا تقبل شهادتهم علي اهل دارنا ∴ قال
والمسلمون عندنا عدول في شهادتهم يجرون علي ذلك وتمضي شهادتهم الا من ظهرت منه ريبه عند
ابي حنيفه الا ان يطعن المشهود عليه في الشاهدين فيوقف الامر حتي يسال عنهم فان زكوا حكم
بشهادتهم وان ظهرت ريبتهم وان خرجوا اوقف الشهاده ∴ ولم تمضها ولم يكشف عن حال الشهاده
ما خلا الحدود فانه لا يحكم بشهاده الشهود حتي يسال عنهم ه اما جواز الحكم بظاهر العداله فهو
قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد لا تقبل شهادتهم حتي يسال القاضي عن عداله الباطن وهو قول
الشافعي وكان ابو بكر الرازي يقول لا اختلاف في هذه المسله في الحقيقه لان ابا حنيفه اجاب علي
اهل زمانه وكان الغالب عليهم العداله وقد زكاهم رسول الله صلى الله عليه بقوله خير الناس قرني الذين
بعثت فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب ∴ واجاب ابو يوسف ومحمد في اهل عصرهما
وقد تغير الناس وكثر الفساد فلو شاهد ابو حنيفه لقال مثل قولهما ∴ لابي حنيفه علي ظاهر الروايه
ما روي ان النبي عليه السلم قبل شهاده الاعرابي علي رويه الهلال لما اظهر الاسلام ولم يسال عن امر عدالته
ولان الظاهر ان الانسان بلغ وهو غير مرتكب لمعصيه فيحصل له عداله الاسلام فيجب الحكم بها الا ان
يظهر ما ينافيها كمن عدله الحاكم لما ثبت له عدالته لم يجب المسله في الباقي ∴ ولان الايمه لم يسلوا
عن الشهود واول من سال عن ذلك ابن سيرين فدل عن اتفاقهم علي اعتبار عداله الاسلام وجه
قولهما ان الشاهد يجوز ان يكون عدلا في الباطن ويجوز ان يكون فاسقا فوجب اعتبار حاله حتي لا يحكم
بقول من لا يجوز الحكم بقوله ه ولان الواجب الحكم بشهاده العدل فوجب البحث عن حصول هذه الصفه
كالشهاده بالحدود ∴ واما اذا طعن الخصم فقد ادعي معنا خاصا فصارت المسله حقا له بدعواه وان لم يكن
حقا قبلها كالاحقاد والاستحلاف ∴ فان قيل اذا كانت العداله حاصله بالاسلام فوجب ان لا يسال عنه
وان طعن الخصم فيه وقد عدله الحاكم قيل له ان التعديل ان كان متقدما فوجب ان يسال لان العداله قد
تتغير ∴ وقال محمد ان القاضي يجب عليه ان ينظر في عداله الشهود علي سنه اشهر فان عرف القاضي
وان كان التعديل قريبا فلا معني للمسله وقد عرف القاضي حكمها ∴ واما في الحدود فلانه قد اعتبر فيها من
الاحتياط ما لم يعتبر في غيرها ولهذا لا يقبل فيها شهاده النسا ولا الشهاده علي الشهاده فجاز ان يوكد
ايضا بعداله الباطن ∴ ولان المسله في ذلك اجماع لان القايل احد قايلين اما من قال ان المشهود عليه
في الحدود قد جرح الشهود بقوله لم ازن فكانه قال كذبوا فيما ذكر الشهاده في المال اذا طعن الخصم
ولا يقال ذلك في الاموال لان جحود المطلوب من المال ليس بتكذيب لجواز ان يشهد الشهود
بالغصب في الظاهر فيقول المطلوب ما غصبت لان العين كانت وديعه في الباطن ∴ او كان له عليه
دين فلم يكن في الجحود جرح له ∴ واما قوله فان زكوا حكم بشهادتهم وان ظهرت ريبتهم فلان القاضي
اذا زكي الشهود في الباطن اظهر التزكيه لجواز ان يكون عند بعض الناس جرح لم يظهره اختيارا
للستر فاذا علم ان الحكم ينفذ بقوله اظهره للحاكم فهذا فايده اظهار التعديل ه فاما اذا جرح الشاهد
اوقف شهادته لانه لا يجوز الحكم بقوله مع عدم العداله ولا يظهر ذلك لانا قد امرنا بستر المسلمين وان
لا يهتك عوراتهم فلم يجز اظهار جرحهم ∴ واما الحريه والاسلام فلا يبين حال الامام ∴ وقد كان بعض شيوخنا
يقول انه يرجع في الحريه والاسلام الي ظاهر الدار ولا يرجع الي المسله فيها لان ظاهر الدار يقتضي
الاسلام والحريه كما يقتضي ظاهر الاسلام العداله ولا يقال ان الاعرابي لما شهد عند النبي عليه السلم برويه
الهلال قال له اتشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله فدل انه لا يرجع في الاسلام الي الظاهر وذلك
لان الاعرابي لم يكن من اهل المدينه فيثبت له حكم الدار ولم يكن للبوادي كلها دار الاسلام

باب اختلاف الدعوى والشهادة عليها

قال ابو الحسن رحمه الله واذا كانت الدار في يدي رجل او العبد او الثوب او مال من الاموال كاينا ما كان فادعاه رجل ليس في يده وادعاه الذي هو في يده فان القول قول الذي ذلك الشي في يده وعلى الآخر البينة على ما قدمت في صدر الكتاب فان اقام الذي ليس في يديه ذلك الشي انه له واقام الذي في يده الشي ايضا انه له فالبينة بينة الذي ليس في يديه لانه هو المدعي واذا لم تكن له بينة فعلى الذي في يده اليمين لانه مدعى عليه الى اخر الفصل :. قال رحمه الله هذا لان الخارج هو المدعي لانه يدعي خلاف الظاهر :. ولانه لا يجبر على الخصومة ان تركها وقد قال صلى الله عليه البينة على المدعي ه واما صاحب اليد فهو المدعا عليه لانه يجبر على الخصومة :. ولانه يدعي الظاهر وقد قال صلى الله عليه وعلى المدعا عليه اليمين ه فاما بينة صاحب اليد على الملك المطلق فلا يقبل عندنا وقال الشافعي تقبل اذا اقام صاحب اليد بينة كانت اولى من بينة الخارج :. لنا ان النبي صلى الله عليه جعل جنس البينة في حق المدعي وقد بينا ان الخارج هو المدعي فلم يبق بينه مثبت في حق غيره ه ولانه اقام البينة على ما يشهد له ظاهر يده فلم تقبل كما لو اقامها ابتداه ولان يده قد دلت على الملك والشهود انما يرجعون في الشهاده الى هذا الظاهر وقد عرف القاضي هذا ولم تعارضه بينة الخارج فلذلك الشهاده المقصوده عنه :. ولا يلزم البينة بالتاريخ لان الظاهر لا يدل على التقدم في الملك فقد اقام البينة على معنى لا يدل عليه ظاهر يده ه وكذلك اقامة البينة على النتاج وعلى الشري من الخارج :. ولا يلزم اذا اقام المدعي البينة ان هذا عبده واقام هو البينة على الحرية لان الشهود لا يرجعون في الشهادة بالحرية الى ظاهر الدار ولا يقال ان البينة يغلب على الخارج لضعف بينته فاذا اقام البينة فصاحب اليد اضعف سببا فقبلت بينته لان القاضي اذا قضى ببينة الخارج فصاحب اليد اضعف سببا فلا تقبل بينته ه ولو شهد الخارج بالملك عبيد ونسا قوي سببه ولا تقبل بينة صاحب اليد واذا ثبت ان بينة صاحب اليد لا يتعلق بها حكم بقيت بينة الخارج فيقضى بها :.

قال فان وقت الغيبتان وقتا والبينات متساويتان او احدهما اقدم من الاخر او وقت احدهما ولم يوقت الاخر حكم لصاحب الوقت الاول ايهما كان عند ابي حنيفة وابي يوسف وحكى ابن سماعه عن محمد انه كان يقول هذا ثم رجع عنه بعد رجوعه من الرقه سنة ثلث وثمانين ومايه وقال لا اقبل من الذي في يده بينة على وقت ولا غيره وذكر محمد هذه المسله في الدعوى فقال عند ابي حنيفة يقضى بها للخارج ثم رجع فقال يقضى بها لصاحب اليد وهو قول محمد فمن اصحابنا من قال قوله وهو قول محمد يعني قوله الاول ورواية ابن سماعة الرجوع يبطل هذا التاويل :. لابي حنيفة وابي يوسف ان صاحب اليد اقام البينة انه اول المالكين وان الشي في المدة لا يستحق الا من جهته فلم تقبل بينة الخارج على استحقاق في المدة من غير جهته كما لو اقام صاحب اليد البينة على النتاج :. ولانه اقام البينة على ما لا يدل عليه ظاهر يده وهو جهة استحقاق فصار كما لو اقام البينة انه ابتاع من الخارج :. لمحمد ان التاريخ ليس بجهة الملك فصار كاقامة البينة على الملك المطلق وعلى هذا لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يعتبر الوقت فكانهما اقاما البينة على الملك فتكون بينهما وان كانت الدار في يد ثالث واقام الخارجان كل واحد منهما بينة على ملك موخر فصاحب التاريخ المتقدم اولى في قولهم لان احدهما اقام البينة على تقدم الملك وبينه الملك المطلق مسموعه فيجوز ان يترجح بالتاريخ واما اذا تساوى الوقتان فبينة الخارج اولى في قولهم لان التاريخ لا يدل على تقدم احد الملكين فصار كما لو اقاما البينة من غير تاريخ :. وان كان الشي في يد ثالث فاقام خارجان البينة ووقتا وقتا واحدا فالشي بينهما لان التاريخ لما لم يدل على تقدم احد الملكين صار كانهما اقاما البينة على ملك مطلق فيكون بينهما واما اذا وقت احدهما ولم يوقت الاخر فالبينة بينة الخارج عند ابي حنيفة ومحمد وروى بشر عن ابي يوسف في الاملا ان البينة بينة الذي وقت ايهما كان في قول ابي حنيفة وابي يوسف وروى ابن سماعه عن محمد في املايه ان الذي في يديه اذا وقت بينته ولم يوقت الخارج قال ابو حنيفة اقضي بها للمدعي وقال ابو يوسف الذي وقت اولى :. واتفق بشر وابن سماعه في قول ابي يوسف واختلفا في قول ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان تاريخ صاحب اليد لا يدل على تقدم ملكه لجواز ان يكون الخارج لو وقت شهوده كان ملكه اقدم فاذا لم يدل التاريخ على تقدم الملك سقط وكانت بينة الخارج اولى ه لابي يوسف ان بينة صاحب اليد دلت على تقدم الملك فكانت اولى من الملك المطلق كالمدعيين للشري من واحد ومع احدهما تاريخ والجواب ان الشري معنى حادث فاذا لم يورخ حكم بوقوعه في الحال فكان المتقدم اولى والملك ليس بمعنى حادث فيجوز ان يكون ملك الاصل فلا يحكم بوقوعه في الحال :. وعلى هذا اذا كان الشي في ايديهما فاقام احدهما بينة على ملك منذ سنه واقام الاخر على ملك مطلق سقط التاريخ عند ابي حنيفة وكان الملك بينهما وقال ابو يوسف الذي وقت اولى والوجه فيه ما قدمنا :. واما اذا كانت الدار في يد ثالث وادعاها خارجان واقاما بينة ووقت احدهما فهما سوا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى وجه قول ابي حنيفة ان التاريخ لما لم يدل على تقدم الملك سقط فكانهما اقاما البينة على ملك مطلق :. لابي يوسف ان صاحب التاريخ اثبت ملكا متقدما فكان اولى كالمشتريين ه لمحمد ان البينة بالملك المطلق تدل على ملك الاصل بدلاله ان من اقام البينة على ملك مطلق في جارية استحق اولادها وملك الاصل اولى من التاريخ وقد الزمه ابو الحسن على هذا ان نقضا وابينه الملك المطلق والبينة بالنتاج :. والزمه اذا اقام الخارج البينة ان العبد له واقام العبد البينة ان صاحب اليد اعتقه ان تكون الخارج اولى لانه اثبت ملك الاصل وقد قالوا ان بينة العتق اولى ه

باب الشي يكون في يد رجل فيدعيه خارجان

قال ابو الحسن رحمه الله واذا كانت الدار في يد رجل فاقام رجل البينة انها له واقام اخر انها له وهما خارجان جميعا فالدار بينهما نصفان في قول اصحابنا جميعا :. وقال مالك احكم باعدل البينتين واحكم بازيدهما عددا وقال الشافعي يقرع بينهما وفي قول آخر تهاترت البينتان لنا ما روى الثوري عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفه ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه في ناقة واقام كل واحد منهما البينة انها له فقضى رسول الله صلى الله عليه بها بينهما نصفين :. وعن عمر ان رجلين تنازعا في ولد فقضى به بينهما :. وعن ابي الدردا انه اختصم اليه رجلان في ارض واقام كل واحد منهما البينة انها له فقضى بالارض بينهما نصفين وقال لو كان سلسلة كسلسلة بني اسرايل لعرفنا المحق منهما وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير :. ولانهما تساويا في سبب الاستحقاق فيما يصح قسمته فوجب ان يكون بينهما كما لو اقام كل واحد منهما البينة ان الميت اوصى له بالثلث ه ولا معنى للترجيح بالعدد والاعدل لان ذلك يبطل بالبينة على الوصية وعلى ثبوت النسب من الميت ه واما ما روي عن سعيد بن المسيب ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه في شي فاقام كل واحد منهما البينة عنده عدلا فاقرع بينهما وقال اللهم انت تقضي بينهما فان هذا كان في بدو الاسلام ثم نسخت القرعة لما حرم القمار بتعليق الاستحقاق الا ترى انه روي عن علي عليه السلام ان ثلثة تنازعوا اليه في ولد على عهد رسول الله صلى الله عليه فاقرع بينهم ثم روي ان اثنين تنازعا اليه في ذلك بعد النبي عليه السلام فقضا به بينهما ولم يقرع فدل على انه رضوان الله عليه عرف النسخ :. ولانه يجوز ان يكون تنازعا في قسمته كل واحد منهما اقام البينة لما بطل التعيين ه قال فان وقت كل واحد من البينتين وقتا وتساوى الوقتان فهو ايضا بينهما :. وان اختلف الوقتان كان صاحب الوقت الاول اولاهما بالحكم روى هذا ابن سماعه عن محمد في املايه عن ابي حنيفة وقد بينا هذا في الباب الاول :. فان اقام احدهما على وقت ولم تشهد بينة الاخر على وقت فان محمدا روى عن ابي حنيفة انه قال اقضي بها بينهما نصفين وقال ابو يوسف اقضي بها لصاحب الوقت وهي رواية بشر عن ابي يوسف حسب ولا يكون واحد احق بصاحبه في قولهم جميعا :. وقال محمد اقضي بها للذي لم توقت شهوده وقد روى هذا ابن سماعه عن محمد في املايه بعد رجوعه من الرقه ه وروى هشام عن محمد في هذه المسله اذا وقت احد المدعيين ولم يوقت الاخر انه قال لا احفظ عن ابي حنيفة في هذا شيا :. وقال ابو يوسف هي كلها لصاحب الوقت وقد بينا هذا ه

باب اختلاف البينات في دعوى المواريث

قال ابو الحسن رحمه الله اذا كانت الدار او العبد او غير ذلك من سائر الاموال في يدي رجل فادعى الذي في يديه ذلك انه له واقام شاهدين ان اباه مات وتركها ميراثا له واقام الخارج البينة ان اباه مات وتركها ميراثا له ولم توقت البينات وقتا فالدار للذي ليست في يده في قول اصحابنا جميعا وذلك لان كل واحد منهم جعلناه كالمثبت لملك الميت فكان الميتين حضرا واقام كل واحد البينة لملك نفسه فقد اقاما البينة على ملك مطلق فالخارج اولى ه قال فان وقتا وقتا ووقت احدهما قبل الاخر فهو لصاحب الوقت الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد الذي رواه ابن سماعه عنه في املايه يحكم بها للخارج ولا يقبل من الذي في يده بينة على ما في يده الا النتاج وما كان في معناه خاصة وجه قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاخر ان صاحب التاريخ اقام البينة انه اول المالكين وان الملك لا يستحق في المدة الا من جهته والاخر اقام البينة على استحقاق الملك في المدة من غير جهته فلم تقبل :. وجه قول محمد ان صاحب اليد اقام البينة على الملك من غير جهته فصار كالملك المطلق :. قال فان تساوى الوقتان فهي للخارج في قولهم وذلك لان التاريخ لما لم يدل على تقدم ذلك احدهما صار كالمدعيين من غير تاريخ :. ولان كل واحد منهما قام مقام الميت فكانهما حضرا واقاما بينة على ملك مطلق فالخارج اولى :. قال فان ادعى الرجلان شيا في يد غيرهما واقام احدهما البينة ان ذلك الشي له مات ابوه وتركه ميراثا واقام الاخر البينة على مثل ذلك ولم يوقتا فهو بينهما نصفان في قولهم جميعا لانهما تساويا في سبب الاستحقاق فيما يصح قسمته فتساويا في نفس المستحق على ما قدمناه ه قال فان وقتت البينات وقتين متساويين فذلك الشي بينهما نصفان لان الوقت لا يدل على تقدم احد الملكين فسقط التاريخ فيصير كان الشهود اطلقوا :. قال فان كان وقت احدهما قبل وقت الاخر حكم بذلك الشي لصاحب الوقت الاول في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد في الميراث ذلك كله سوا وهو بينهما نصفان هذا في رواية ابي سليمان ولم يذكره ابو حفص :. قال هشام في نوادره سالت محمدا عن رجلين ادعيا دارا في يد رجل واقام احدهما بينة ان هذه الدار دار فلان مات منذ سنة وتركها ميراثا واقام الاخر بينة ان فلانا اخر مات منذ سنتين وتركها ميراثا قال هي بينهما نصفان قلت لم وقد وقتوا قال لم يوقتوا متى كانت الاميه قلت فان ارخا قال هي لصاحب التاريخ الاول وجه قولهما ان صاحب التاريخ اقام البينة انه اول المالكين وان الملك في المدة لا يستحق الا من جهته فصار كانهما اقاما البينة على ملك متقدم

ولان الوارث يخلف الميت في ملكه ويقوم مقامه فصار تاريخ ملك الوارثين كتاريخ ملك الميتين فيكون السابق اولي
وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول في الشري من اثنين انه لصاحب الوقت الاول في قولهم ولم يفرق محمد بينه وبين
الميراث لان المشتري يثبت الملك لنفسه ولا يقوم مقام بايعه في الملك بخلاف الوارث الا ان محمدا ذكر في الاملا
اذا اقام كل واحد من الخارجين البينة علي الشري من اخر وارخا ان التاريخ لا يقبل الا ان يورخا ملك البايعين وسوى
بينه وبين الميراث لان ملك المشتري لا يسلم له الا بسلامة ملك بايعه فصار في حكم الوكيل للبايع وجه
قول محمد ان كل واحد من الوارثين يثبت الملك للميت بدلالة ان ديونه تقضي منه ولان الملك لا يسلم له الا بعد
ثبوت ملك الميت فصار كالميتين حضرا واثبتا ملكيهما من غير تاريخ فيجعل بينهما

باب شهادة الشهود باليد

قال ابو الحسن رحمه الله واذا كانت الدار في يد رجل فاقام خارج البينة ان الدار له منذ سنتين واقام الذي في يده انها في
يده منذ ثلث سنين فان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة انها للذي هي في يديه روى ذلك عن ابي يوسف معلي وبشر بن
الوليد وهشام وقال في الاصل اقضي بها للمدعي ولم يحك خلافا لان شهود الذي في يده لم يشهدوا انها له ولم يضف
هذا القول الي احد وانما ابهم الرواية وقالوا جميعا عن ابي يوسف انها للذي اقام البينة علي الملك وهو الخارج
والصحيح ما في الاصل لان البينة علي اليد لا تعارض بينة الملك الا ترى ان اليد يجوز ان تكون يد ملك ويجوز ان
تكون غير ذلك ولهذا لو لم يذكر التاريخ كان الملك المطلق اولي بالاجماع وجه الرواية الاخرى ان صاحب
اليد اثبت اليد في زمان لم ينازعه المدعي فيها وهي السنة الاولي فاثبت لنفسه بذلك حقا والمدعي اقام البينة علي
حدوث ملكه بعد ثبوت هذه اليد لا من جهة صاحب اليد ولا من جهة مستحق عليه فلا تقبل بينته قال واذا كانت
دار في يد رجل فادعاها رجل وجحد الذي في يديه الدار فاقام المدعي بينة انها كانت في يده امس فانه لا يقضي
بهذه البينة التي شهدت انها كانت في يده امس وذكر ابو بكر الرازي عن ابي يوسف انها تقبل وتدفع الدار الي المدعي
وجه قولهم المشهور ان يد المدعا عليه مشاهدة في الحال وشهادة الشهود بيد قد كانت غير زوالها [illegible]
من قولهم كانت في يده وليست الان في يده ومعلوم انهم لو قالوا كانت في يده امس وليست في يده الان لم تقبل شهادتهم
فهاهنا اولي وعلي هذا قال اصحابنا لو شهدوا انها كانت له انه لم يقبل لانهم شهدوا بملك كان وقد علمنا زواله فلم يمكن
استصحابه مع وجود ما ينافيه وليس هذا كاقرار صاحب اليد انها كانت في يد الخارج امس او شهادة الشهود
علي اقراره بذلك لان الاقرار يثبت حكمه بنفسه ويلزم المقر فوجود ما ينافيه في الحال لا يمنع من لزومه واما
الشهادة فلا تتعلق بها استحقاق الا بحكم الحاكم والحاكم لا يجوز ان يستصحب اليد مع وجود ما ينافيها لابي يوسف
ان اليد سبب للاستحقاق مثل الملك فاذا جازت الشهادة بملك كان وقد زال فكذلك بيد كانت ثم زالت
الجواب ان الملك المتقدم لا يعلم حدوث ما ينافيه فجاز ان يستصحبه واليد قد عرفنا وجود ما ينافيها
فلم يجز استصحابها وصار نظير الشهادة باليد الشهادة بملك كان للميت قال ولو كان الخارج اقام البينة
انها كانت في يده امس واخذها هذا منه او غصبه اياها او اودعه او اعاره او اسكنه فيها او اجره
او انها دفعت اليه من يده حكم بها للخارج لانهم شهدوا بيد كانت وبينوا جهة زوالها فوجب ان يحكم لوجوب
اعادتها لقوله صلى الله عليه علي اليد ما اخذت حتى تودي ويروى حتى ترد وعلي هذا قالوا اذا شهدوا ان
هذه الدار كانت في يد فلان الي ان مات قضي بها لورثته لانهم شهدوا باليد مع جهة انتقال الملك فجاز
ان يحكم بها وقد ذكر محمد في كتاب الدعوى في رجلين تنازعا دارا كل واحد منهما يدعي انها له وفي
يده فعلي كل واحد منهما البينة وعلي كل واحد منهما اليمين لان كل واحد منهما معترف بوجوب الخصومة
عليه بما ادعي اليد فاذا اقام احدهما بينة انها في يده ثبت له اليد وصار هو المدعا عليه والاخر مدعي فان قامت
لكل واحد منهما بينة انها في يده جعل القاضي الدار في ايديهما لانهما تساويا فان قامت لكل واحد منهما بينة
بـ[illegible] اثبات الملك فقد كان اصحابنا يقولون ان المدعي اذا قال هذه الدار ملكي وفي يدي لم يسمع دعواه لانه لا حق له علي
الخصم اذا كانت ملكه في يده الا ان في هذه المسئلة اعترف خصمه انها في يده فجاز ان تسمع بينته عليه لاعترافه وقد ذكر
الخصاف عن اصحابنا ان رجلا لو اقام البينة علي رجل ان في يده الدار التي حددوها حدودها وانها له لم تقبل بينة المدعي
ما لم يشهد الشهود ان الدار في يديه لم يقم المدعي البينة انها له لانه لا يومن ان يتفقا علي ذلك [illegible] غيرهما
فتسمع البينة من غير خصم فعلي ما قال الخصاف يجب ان لا تسمع البينة في مسئلة الدعوى الا ان تحمل مسئلة الخصاف
علي ان الخصم ينكر اليد ومسئلة الدعوى كل واحد من الخصمين اعترف باليد ومن اصحابنا من حمل مسئلة الدعوى علي
انهما اقاما البينة علي اليد ثم اقام احدهما البينة علي الملك فلهذا تقبل بينته فاما اذا وضع المسئلة انهما لم يقيما
البينة علي اليد حتى اقام احدهما بينة علي الملك فان القاضي يجب ان يقضي له في حق صاحبه خاصة ولا يقضي في
حق غيره حتى لو وجدت الدار في يد ثالث لم تنتزع من يده لانه يجوز ان تكون الدار في يد غيرهما بحيلة [illegible]
البينة فلهذا اسمعت البينة في حق الخصم الحاضر دون غيره واما اذا لم يكن لواحد منهما بينة حلف كل واحد منهما
فان حلفا جميعا اعرض القاضي عنهما ولا يقضي لواحد منهما باليد لانه لم يثبت لواحد منهما شي وان نكلا جميعا قضي باليد

بينهما في حقهما خاصة فان حلف احدهما ونكل الاخر قضي للذي حلف علي صاحبه ومنع صاحبه عن خصومته حتى لو
وجدت الدار في يد ثالث لم ينتزع من يده

باب الدعوى في الشرى

قال ابو الحسن رحمه الله واذا كانت الدار في يد رجل او الارض او الدابة او غير ذلك فادعى رجل انه اشتراها منه بالف
درهم ونقده الثمن وادعى الاخر انه اشتراها منه بالفي درهم ونقده الثمن ولم توقت واحدة من البينتين وقتا فان ابا حنيفة
قال كل واحد من المشترين بالخيار ان شا اخذ نصفها بنصف الثمن الذي سمى شهوده ورجع علي البايع بنصفه وان
اختار نقض البيع فهو مردود فان اختار احدهما البيع واختار الاخر النقض فان للذي اختار اجازة البيع نصف المبيع بنصف
الثمن ولا يكون له كله اذا وقع الخيار من الحاكم فقد نقض نصف البيع فيما اشترى كل واحد منهما قال والاصل في
هذا ان البينتين اذا تعارضتا في الشري من واحد ليس هناك قبض ولا تاريخ ففي المسئلة احكام احدها ان الشي
بينهما لانهما لا يحتاجان الي اثبات الملك لنفسهما وانما يحتاج الي اثبات الملك فقط وكل واحد من العقدين بمعني
واحد وكل امرين حادثين لا يعرف تاريخ ما بينهما احكم بوقوعهما معا كالغرقى واذا حكمنا بوقوعهما معا تساويا في
المستحق لانهما تساويا في سبب الاستحقاق علي وجه لم نتيقن كذب احدى البينتين والشي مما يصح فيه الاشتراك
فصار كاقامة البينة علي النسب والوصية ولا يقال انا نتيقن كذب احدى الفريقين لانه يستحيل ان يصح البيع من كل واحد منهما
لان الشهود لا يشهدون بصحة البيع وانما يشهدون بالبيع فقط وليس يمتنع ان يشاهد كل فريق بيع من واحد
او يكون قد وكل بواحد بالبيع والاخر بالبيع فباع الوكيلان معا كل واحد منهما من احد فلم يتقدم احد العقدين علي الاخر
واما ثبوت الخيار لكل واحد منهما فلانه دخل في الشري ليسلم له المبيع من غير شركة والان لم يسلم له الا مع الشركة والشركة
عيب فان شا التزمه وان شا رده فان اختار اخذه رجع كل واحد منهما علي الاخر بنصف الثمن لان سلامة الثمن موقوف
علي سلامة المبيع فان اختار الدار جميعا اخذها كل واحد بجميع الثمن لان البيع انعقد في حقهما فوجب لكل واحد
منهما الثمن وان اختار احدهما الرد والاخر الاخذ وذلك بعد تخيير الحاكم فليس له ان ياخذ الا النصف لان الحاكم
لما حكم بالبيع بينهما وخيرهما افاد فسخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بتجديد عقد وهذا كما نقول
اذا قضى القاضي بالدار للشفيعين فسلم احدهما لم يكن للاخر ان ياخذ الا النصف لان القاضي ابطل شفعة كل واحد
منهما فيما قضى به للاخر واما اذا اختار احدهما ترك الخصومة قبل تخيير الحاكم فللاخر ان ياخذ الجميع لان حقه ثبت في جميع
العقد وانما سقط عن بعضه بالمزاحمة فاذا زالت المزاحمة والعقد بحاله لم يبق حقه في جميعه وهذا كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة
قبل قضا القاضي كان للاخر جميعها فان وقتت البينات كان لصاحب الوقت الاول لانا لما حكمنا بالبيع الاول ملكه المشتري
فصار كان البائع بعد ذلك باع ملك غيره فلم يجز بيعه فان وقتت احدهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت
لما بينا انا لا نحتاج الي اثبات الملك للبائع وانما نحتاج الي اثبات ملكها وقد عرفنا تقدم ابتياع صاحب التاريخ فهو اولي به
ولو لم يكن لواحدة منهما تاريخ وكانت الدار في يد احدهما فهو اولي وذلك لان الشرا محمول علي الصحة والجواز فلم نجز
ان نحملها علي قبض غصب [illegible] علي قبض بيع والقبض معنى حادث فيحكم بوقوعهما معا فصار قبض احدهما مع
بيع الاخر والقبض منضم الي عقد فصار عقد صاحب القبض متقدما من طريق الحكم فهو اولي قال وان ذكر
الاخر [illegible] وقبض [illegible] الذي في يده الدار [illegible] ويرجع الاخر علي
البائع وذلك لان [illegible] تقدم العقد [illegible]
منه ولا يعلم بالتاريخ حتى يتقدم العقد [illegible] ولا نحكم بتقدم العقد وهو معنى
حادث فحكمنا بوقوعه في الحال فصار صاحب التاريخ اقدم منه واما اذا شهدوا بتقدم البيع علي بيع صاحب
القبض فالمتقدم اولي لانه ملك في الوقت السابق وبيع الاخر حصل بعده فلا يعتد به فان اقام كل واحد
منهما البينة علي شري من الاخر وعلي ملك البائع فانه يقضي بها بينهما [illegible] فاما معا
البائعين فكان البايعين حضرا او اقاما البينة علي الملك فيكون الشي بينهما علي ما قدمنا ولم يرد في هذا
الفصل الخيار [illegible] لان الاستحقاق يوجب استحقاق الملك [illegible] ولهذا يرجع
المشتري علي البائع بالثمن [illegible]
كل واحد والمشتري [illegible] علي بايعه نصف الثمن [illegible]
قيل [illegible] الثمن [illegible] يوجب الرجوع بالثمن قال ولو كان الشهود وقتوا [illegible] والاستحقاق
الوقتين قبل صاحبه فانه يقضي به لصاحب الوقت الاول في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد [illegible] ذلك لان صاحب
الوقت الاول اثبت لنفسه الملك في وقت لا ينازعه فيه [illegible] الملك بعد ذلك
وقد اقام الاخر البينة علي [illegible] استحقاق من غير جهته [illegible] الاصول [illegible] الفرق بين
المشترين وبين الوارثين علي ما كان يقوله ابو بكر الرازي فاما علي رواية الاملا عن محمد فلا [illegible]
الملك من غير تاريخ فيقسم بينهما قال ولو وقتت احد البينتين وقتا ولم توقت الاخرى وقتا [illegible]
بها بينهما نصفين وذلك لان توقيت احدهما لا يدل علي تقدم ملكه لجواز ان تكون البينة الاخرى [illegible]

كان أقدم وإذا لم يدل على التقدم سقط التاريخ. وليس كذلك إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على ملك البائع فإذا ثبت لأحدهما تاريخ وشرى الآخر معنى حادث حكم به في الحال. قال ولو كانت الدار في يد أحدهما قضي بها للآخر وذلك لأنهما أقاما مقام البائعين فكأنهما حضرا والدار في يد أحدهما فأقاما البينة على الملك فيكون بينة الخارج أولى. وليس كذلك إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على ملك البائع والقبض وبيع الآخر فكأنهما في الحكم معا فيصير بيع صاحب القبض متقدما على طريق الحكم فكان أولى

باب في الرجلين يدعي أحدهما بيعا والآخر هبة أو صدقة أو ميراثا والمدعى عليهم متفرقون

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا كانت الدار في يد رجل فادعى رجل أنه اشتراها من فلان بمائة درهم وهو يملكها ونقده الثمن وادعى آخر أن فلانا آخر وهبها له وقبضها منه وهو يومئذ يملكها فإنه يقضى بها بينهما نصفين. ولو كان معهما مدع ثالث يدعي ميراثا عن أبيه وأقام على ذلك بينة وادعى آخر صدقة من آخر فأقام على ذلك بينة على القبض فإنه يقضى بينهم أرباعا وذلك لأن المدعين هاهنا يثبتون ملكا من استفاد الملك من جهته وقد تساووا في حكم أملاكهم فلا معتبر بإثبات ملك المنازعين من القوة والضعف وصار كأن البائع والواهب والمتصدق والميت حضروا وأقام كل واحد بينة على الملك المطلق فيتساوون وليس كذلك إذا كانت الدعوى من ملك واحد لأنهم اتفقوا على ملكه ولما اختلفوا في ملك أنفسهم احتجنا أن يرجح أحد الأسباب على الآخر على ما سنبينه.

باب إذا اختلف الدعوى والمدعا الملك من قبل واحد

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا كانت الدار في يد رجل فأقام رجل البينة أنه اشتراها من فلان بثمن مسمى ونقده الثمن وقبض الدار وأقام الآخر البينة أن فلانا ذلك وهبها له وقبضها منه فإنه يقضى بها لصاحب الشرى وكذلك الشرى مع الصدقة وكذلك النحلى والعمرى مع الشرى فإنه يقضى بها لصاحب الشرى وذلك لأن الشرى والهبة كل واحد منهما حادث لا يعلم تاريخه فحكم بوقوعهما معا كالغرقى وإذا وقعا معا تعلق الاستحقاق بعقد البيع ولم يتعلق بعقد الهبة حتى ينضم القبض إليه فكان البيع أسبق نفاذا فكان أولى. قال فإن لم يقم واحد منهما البينة على الشرى وأقام واحد على الهبة والقبض والآخر على الصدقة والقبض فإنه يقضى بينهما نصفين وذلك لأن الهبة والصدقة تساويا في افتقار كل واحد منهما إلى القبض ولم يترجح أحدهما على الآخر والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق. فإن قيل الصدقة أولى لأنه لا يقع الرجوع فيها وفي الهبة يقع. قلنا له الترجيح إنما يقع بتقدم أحد العقدين على الآخر والصدقة والهبة لا يتقدم أحدهما الآخر حكما. ولأن الرجوع حق ضعيف ألا ترى أنه يمكن للموهوب له أن يطالبه فلم يقع به الترجيح. وقد فرض هذه المسألة في هبة الدار وهي مما لا يحتمل القسمة فوقوع الهبة في بعضها والصدقة في بعضها جائزة. وأما إذا كانت المنازعة فيما يحتمل القسمة والمسألة بحالها فمن أصحابنا من لا يحكم لواحد منهما لأن هبة الواحد من الاثنين لا يصح عند أبي حنيفة ومنهم من قال لا فرق بين ما يحتمل القسمة أو لا يحتمل لأن لكل واحد منهما بينة على هبة الجميع وإنما يستحق بعض ذلك حكما والإشاعة في الثاني لا يؤثر في الهبة ولا في الصدقة. فإن أقام بينة على هبة مقبوضة أو صدقة مقبوضة وأقامت امرأة البينة أنها تزوجت عليها فالنكاح أولى وهي للمرأة وذلك لأن البدل في النكاح يستحق بمجرد العقد وفي الهبة لا يستحق إلا بالقبض فصار كالبيع والهبة. قال وإن كانت المرأة أقامت على النكاح بالدار البينة وأقام رجل على الشرى فهو بينهما نصفين في قول أبي يوسف وقال محمد الشرى أولى من النكاح ويكون للمرأة القيمة على الزوج في قول محمد. لأبي يوسف أن النكاح والبيع تساويا في أن الملك يقع في كل واحد منهما بنفس العقد فصارا كالبيعين. ولأن كل واحد من العقدين يتعلق به الضمان والاستحقاق وحكم النكاح في العوض أقوى لأنه يثبت بغير تسمية فلا يجوز ترجيح البيع عليه. ولمحمد من أصله ترجيح البينات وتصحيحها ما أمكن حسن الظن بالشهود وهو حكم بتقدم البيع فصح وصحت التسمية في النكاح لأن من تزوج امرأة على ملك غيره صحت التسمية وكان لها القيمة. ولو حكم بتقدم النكاح لبطل البيع وما أدى إلى تصحيح العقدين فهو أولى. ولأنا لو لم نحكم بتقدم البيع لحكمنا بوقوع العقدين معا فيبطل البيع في النصف وإذا تقدم البيع صح العقدان جميعا فهو أولى. قال وإذا اجتمع الشرى والرهن فالشرى أولى من الرهن وذلك لأن الشرى يتعلق الاستحقاق بعقده والرهن لا يتعلق ذلك بعقده فكان البيع أسبق من طريق الحكم فكان أولى كالبيع والهبة. ولأن الشرى إثبات ملك والرهن إثبات حق والملك والحق إذا اجتمعا فالملك أولى من الحق ولأن الشرى يرد على الرهن والرهن لا يرد على البيع لأنه لو باع رهنا لم يصح وإذا اجتمعا كان البيع أولى كنكاح الحرة والأمة. قال والرهن أولى من الصدقة والهبة وذكر في كتاب الشهادات أن القياس يقتضي أن الهبة أولى من الرهن لأن فيها إثبات الملك فهي أولى من إثبات الحق. ولأن الهبة ترد على الرهن والرهن لا يرد على الهبة. وجه الاستحسان أن الرهن يتعلق [به ضمان] والهبة لا يتعلق بها ضمان فهو كالبيع مع الهبة.

باب دعوى من في يده على خارج ودعوى الخارج على من في يده

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا كانت الدار في يد رجل فأقام آخر البينة أنه اشتراها من الذي هي في يديه بألف درهم ونقده الثمن وأقام الذي في يديه البينة أنه اشتراها من المدعي بألف ونقده الثمن فإن البينتين تتهاتران على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه ثمن وتبقى الدار في يد الذي هي في يديه ولو وقت البينتان وقتين أحدهما قبل صاحبه فإنه يقضى بها لصاحب الوقت الآخر لأنهما بيعان والبيع الثاني ينقض البيع الأول. وقال محمد في المسألة الأولى إذا لم يوقت أحد البينتين وقتا فإني أقضي بالبينتين جميعا فأقضي بالدار للمدعي الذي ليست الدار في يده. وجه قولهما أن دخول كل واحد من المتبايعين مع الآخر في البيع إقرار له بالملك فكأن كل واحد منهما أقام البينة على إقرار الآخر له. ولو أقاما البينة على الإقرار بها تهاترت البينتان كذلك هذا. ولأنه لا يخلوا إما أن نحكم بوقوع البيعين معا أو بتقدم أحدهما على الآخر فإن حكمنا بوقوعهما معا بطلا لاستحالة أن يستفيد كل واحد منهما الملك من صاحبه في الحال الذي يفيده الملك وإن حكمنا بأحد البيعين بعينه متقدما على الآخر أثبتنا تاريخا لم يشهد به الشهود. وجه قول محمد أن الشهود عدول والواجب حسن الظن بهم وحمل أمرهم على الصحة ما أمكن والبينة إذا قامت على حقين حكمت لا دلالة في إثبات السابق منهما. واليد إحدى علامات السبق بدلالة أن المشترين من رجل واحد إذا أقاما البينة ومع أحدهما قبض جعل عقده أسبق فيحمل الأمر على أن الخارج باع من صاحب اليد وسلمه ثم باع صاحب اليد منه ولم يسلمه إليه فيؤمر بالتسليم. ولا يجوز أن يحمل الأمر على أن صاحب اليد باع من الخارج ولم يسلم إليه ثم ابتاع منه لأن بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز فلم يجز حمل الأمر على ما يفسد معه أحد العقدين بل يجب حمله على ما يصح معه العقدان جميعا. قال ولو وقتت البينتان وقتين أحدهما قبل صاحبه فإنه يقضى بها لصاحب الوقت الآخر لأنهما بيعان والبيع الثاني ينقض البيع الأول وهذا الفصل على وجهين إما أن يكون ابتياع الخارج أسبق أو ابتياع صاحب اليد أسبق وكل واحد من الفصلين على فصلين إما أن تكون الشهود أثبتوا القبض أو لم يثبتوا فإن كانت بينة الخارج أسبق ولم تثبت قبضا ففي قول أبي حنيفة وأبي يوسف يقضى بالدار لصاحب اليد وعلى قول محمد يقضى بها للخارج. أما على قولهما فلأن الخارج ابتاع أولا ثم باع قبل قبض المبيع وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما فيجوز البيعان معا. وعلى قول محمد الخارج ابتاع أولا ثم باع قبل القبض فلم يصح بيعه فيبقى على ملك الخارج. وأما إذا أثبتوا القبض جاز البيعان جميعا وقضي للذي هي في يده في قولهم جميعا لأن ابتياعه هو المتأخر وقد ابتاع بعد القبض فيصح على المذهبين. وأما إذا كان وقت الذي هي في يديه أسبق ولم يثبتا القبض فإنا نجعل الذي في يديه كأنه ابتاعها أولا على ما شهدت شهوده ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه فيؤمر بالتسليم إليه في قولهم جميعا. وأما إذا أثبتوا القبض ففي قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف الجواب كذلك. وفي قول محمد يجب أن يكون مثله لأنه يجعل الذي في يديه كأنه اشتراها أولا ثم باع من الخارج وسلم إليه ثم عاد إلى صاحب اليد بوجه آخر وهذا التفصيل لم يذكره أبو الحسن. قال ولو أنهما أقاما البينة على الشرى والقبض فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا هي للذي في يديه والبينتان باطلة وقال محمد أنها للذي ليست في يديه والألف بالألف قصاص. أما أبو حنيفة وأبو يوسف فقد بنيا على أصلهما وأما محمد فإنه يجعل الخارج كأنه اشتراها من الداخل وقبضها ثم اشتراها الداخل منه وقبض لأن أصله أن القبض الموجود إذا أمكن أن يجعله قبضا بحق جعلناه كذلك إذا كان موجب البيع والمسلمين حمل أمره على الصحة وإذا صار هذا قبض بحق كان ابتياع الخارج أولا. وقال محمد قال أبو سليمان في عبد في يدي رجل أقام آخر البينة أنه اشتراه منه وقبضه وأقام الذي في يديه البينة أنه اشتراه من المدعي وقبضه فهو للذي هو في يديه وهذا على بنائه من أصل أبي حنيفة وأبي يوسف في تهاتر البينتين وأما محمد فيجعل المشتري صاحب اليد هو الثاني حتى يجعل القبض الموجود قبض بيع فهو أولى من حمله على غيره ما أمكن وهذا الباب فرع عليه محمد في الجامع الكبير فروعا مضطربة على أصله وفيما ذكره أبو الحسن كفاية لما له

باب الدعوى إذا خالفت الشهادة

قال أبو الحسن رحمه الله الأصل في هذا الباب أن البينة التي تقوم لحق آدمي لا تقبل إلا بمدعي لأنها حق له وحقوق الآدميين تقف على مطالبته ومطالبة من يقوم مقامه فمتى خالفت الدعوى البينة لم تقبل البينة لأنه لا مدعي لها والمعتبر اتفاق الدعوى والشهادة من طريق المعنى لا من طريق اللفظ ألا ترى أن المدعي يقول أدعي كذا والشاهد يقول أشهد بكذا فيختلف اللفظ ويتفق المعنى فكل موضع أمكن أن يوفق بين الدعوى والشهادة لم تبطل وإذا لم يمكن التوفيق بينهما بطلت. قال أبو الحسن رحمه الله وإذا كانت الدار في يد رجل فادعاها آخر أنها له ورثها عن أبيه وأقام البينة أنه اشتراها من الذي هي في يديه منذ سنتين ولم يذكر الميراث فإن هذه الشهادة لا تقبل في قولهم وذلك لأنه ادعى ملكا موروثا وشهد الشهود بالشرى وهذه شهادة لا مدعي لها فلا تقبل لأنه في الظاهر أكذب الشهود بدعواه الإرث ولا تقبل شهادتهم. قال ولو ادعى أولا أن الذي في يديه تصدق بها عليه ثم أقام بينة أنه اشتراها من الذي

هي في يديه او ادعى اولاً الشرى ثم اقام بينة على صدقة او هبة من الذي هو في يديه وانه قبضها لم تقبل بينته وذلك
لانه ادعى الملك من جهة مخصوصة وشهد الشهود بجهة اخرى تخالف الدعوى فلا تقبل :. قال فان قال
المدعي قد كنت اشتريتها منه فجحد وسألته بعد ذلك فتصدق بها علي او قال سألته فوهبها لي فقبضتها وقد
شهدت له البينة على الهبة او الصدقة والقبض قبلت بينته وحكمت له بالدار اذا فسر هذا التفسير :. ولكن
ان قال جحد في الميراث ثم اشتريتها منه وذلك لانه يمكن الجمع ها هنا بين الدعوى والبينة لان الامر يجوز ان
يكون على ما قاله :. وكذلك ان لم يفسر لان المخالفة موجودة في الظاهر فلم تقبل البينة . قال واذا كانت
دار في يدي رجل فادعى رجل انه اشتراها منه بعبده هذا فسئل البينة فاقام البينة في مجلس اخر انه اشتراها
بالف درهم فان بينته لا تقبل وذلك لان اختلاف البدل يوجب اختلاف العقود فقد ادعى عقدا واقام البينة
بعقد اخر فلا تقبل بينته :. قال فان قال جحدني الشرى بالعبد فاشتريته بعد قيامي من مجلس الحاكم
بالف درهم فانه تقبل بينته على ذلك ويقضى له بالدار وذلك لان العقد قد يطرى على العقد بعد الجحود
ويمكن الجمع بين الدعوى الثانية والاولى :. قال ولو اقام البينة انه اشتراها منه منذ سنة او منذ شهر او
قبل قيامه من مجلس الحكم بالف لم تقبل بينته وذلك لانه لما ادعى عند الحاكم الشرى بالعبد ثم ادعى انه كان
قبل ذلك الشرى بالف فقد نقض الشرى الاول بالثاني فدعواه مخالفة للبينة فلا تقبل . قال ولو ادعى اول مرة
شيئا بعينه انه له وجحد الذي هي في يديه الدعوى التي ادعاها الخارج فاقام البينة انه اشتراها من الذي هي
في يديه او تصدق بها عليه وقبضها او وهبها له وقبضها او انه ورثها من ابيه او ملكها بشرى او صدقة او
هبة من غير من هي في يديه فانه يقضى بها له وذلك لانه لا منافاة بين هذه الدعوى وبين البينة الا ترى ان
الملك لم يمنع ذلك من قبول شهادتهم :. وكذلك لو جاء ببينة ان ذلك لغيره وكله بالخصومة فيها فانه
يقضى بها للذي وكله بالخصومة فيها لان دعواه للدار لا ينفي اقامة البينة لموكله لان الوكيل قد يضيف الشيء
الى نفسه لثبوت حق المطالبة له فيه واذا ثبت ذلك قبلت البينة . قال ولو ادعى اول مرة انها لفلان
انه وكله بالخصومة فيها ثم اقام البينة انها له لم تقبل ذلك منه لان المستحق للشيء لا يضيف ذلك
الى غيره وانما يضيف ملك الغير الى نفسه اذا كان وكيلا فكانت البينة مخالفة لدعواه فلم تقبل :. وكذلك
لو اقام بينة انها لاخر وكله بالخصومة فيها لم تقبل ذلك منه ولا اصدقه عليه لانا لو قبلنا لصنف ملك الموكل
الى نفسه ولا يضيفه الى موكل اخر فكانت الدعوى الثانية نقضا للاولى . قال فان قال نعم ادعى الوكالة
من الباني انه باعها من فلان وهو يملكها وقد وكلني فلان يعني المشتري بالخصومة فيها وجاء بالبينة على
ذلك فاني اقبل ذلك واقضي بالدار للموكل الاخر وذلك لانه يمكن الجمع بين الدعويين لجواز ان يبيع الموكل الاول
واذا امكن الجمع بينهما لم تتنافيا . قال وكذلك لو ادعى رجل في صك جاء به باسمه ثم جاء بالبينة ان ذلك
المال بعينه في الصك لغيره وكله بالخصومة فيه فاني اقبل ذلك منه وهذا لما بينا ان الوكيل قد يضيف ما وكل
به الى نفسه فلم تتنافى البينة والدعوى :. قال ولو ان رجلا ادعى دارا في يد رجل انه اشتراها من فلان
وهو رجل غير الذي الدار في يديه ثم اقام المدعي البينة انها داره ولم يشهدوا على الشرى فان الشهادة باطلة
وكذلك لو ادعى انها كانت لابيه مات فتركها ميراثا ثم اقام البينة ان الدار داره لم تقبل منه حتى يشهدوا
بما قال وذلك لان المدعي ادعى ملكا مقيدا اما بالشرى او بالميراث واقام البينة على ملك مطلق والملك
المطلق اعم من المقيد لان الملك المرسل يستحق من الاصل ولهذا يستحق اولاد الجارية واذا كانت
الشهادة اكثر من الدعوى لم تقبل مثل ان يدعي الفا فيشهدان بالف وخمسمائة :. ولانه اقر بالملك للبايع
والميت فلا تقبل الشهادة له حتى يشهدوا على الانتقال منه اليه . واذا ادعى انه اشتراها من
فلان وجاء بشاهدين يشهدان ان فلانا ذلك وهبها له وقبضها منه وهو يملكها فان الشهادة
باطلة الا ان يقول اشتريتها فجحدني ثم وهبها لي بعد ذلك وهذا على ما قدمنا :. قال بشر عن ابي يوسف
في رجل ادعى دارا في يد رجل وقال قد اشتريتها منه في شهر رمضان بالف ونقدته الثمن فجحد الاخر
البيع والخصومة فسأل القاضي المدعي البينة وكان تقدم اليه في ذي القعدة فجاء بالبينة فشهدت ان
هذا تصدق بالدار على المدعي في شعبان وقبضها فان القاضي لا يقبل هذه البينة لان الشرى المتأخر
الذي ادعاه في رمضان نقض التصدق في شعبان :. قال واذا قامت بينة على الصدقة في شوال قبل ذلك منه
لانه يقول جحدني الشرى فطلبت اليه فتصدق بها علي وهذا لما بينا ان دعوى الشرى في رمضان لا ينفي
الصدقة في شوال مع الجحود :. قال ولو لم يذكر بينة الصدقة فجاء بالبينة على الشرى لم اقبل ذلك منه وذلك
لان الصدقة الاخيرة تنقض الشرى المتقدم فلم تقبل البينة مع اكذابها بالدعوى الاخيرة .

باب الرجلين يتداعيان الشيء بالايدي

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اختصم رجلان في دابة او بقرة او ثوب او عبد او غير ذلك من العروض قال اذا
كانا قائمين بعينه فان القاضي ينبغي له ان لا يسمع من واحد منهما حتى يحضر ذلك الشيء الذي يتنازعان فيه بعينه
الا ان يكون احدهما قد استهلكه والاخر مدعي انها له فان وقع الامر على هذا قبلت البينة لانه مستهلك :. والاصل
في ذلك ان المنقولات لا تضبط بالصفة ومن حكم الدعوى ان تقع في معلوم فاذا لم يحضر لم تقع الدعوى على عينها فلم يعرفها
القاضي ولا الشهود فلذلك وجب احضارها :. ولان الخصومة تتعلق بمدعي ومدعا عليه ومدعا فيه ومعلوم
ان المدعا عليه اذا امكن حضوره وقف الحكم على ذلك فكذلك المدعى فيه :. وليس كذلك المستهلك لان
الدعوى لا تقع في عين وانما تقع فيما في الذمة وقد حضر صاحب الذمة وليس هذا كالعقار لانه يصير معلوما بالتحديد فتقع
الشهادة على معلوم . ولهذا لو وقعت الدعوى في عين محدود ولم يحضر حتى يحضر الحاكم عنده فتسمع الدعوى على عينها ويشير
الشهود اليها باشارة في الشهادة . واما اذا وقعت الدعوى في المنقولات التي يتعذر نقلها كالحجارة والارحية فلم يذكر
اصحابنا المتقدمون . وكان شيوخنا يقولون ان شاء الحاكم حضر عندها وان شاء بعث امينا من امنائه لانها لا تنضبط بالحدود
ويتعذر نقلها فتسمع الدعوى على عينها . قال ولو اختصم رجلان في شيء مما ذكرنا وكل واحد منهما متعلق به يقول
هو لي وفي يدي فان على كل واحد منهما البينة انه له فمن اقام البينة منهما قضي له وان لم يقم البينة وهو في ايديهما
فهو بينهما نصفان على حاله :. وذلك لان يدهما ثابتة عليه من طريق المشاهدة واليد من اسباب الاستحقاق فاذا
تساويا فيها كانت مقرة في ايديهما نصفين . فان اقام احدهما بينة انها له استحق النصف الذي في يد خصمه
فيقضى له به ويبقى النصف الاخر في يده لا على طريق القضاء لان بينة صاحب اليد لا تقبل على الملك ولهذا قالوا
لو اقام كل واحد منهما البينة انها له قضى لكل واحد منهما بما في يد الاخر ويكون الشيء بينهما على طريق القضاء
لان العين في ايديهما على ما بينا ففي يد كل واحد منهما النصف وقد اقام البينة على الجميع فاجتمع في كل واحد
من النصفين بينة صاحب اليد والخارج فبينة الخارج اولى . قال وكذلك لو اختصما في عبد صغير
لا يتكلم لانه اذا لم يعبر عن نفسه ثبت اليد عليه فهو كالعروض :. وقد قالوا ان الصغير اذا كان في يد رجل
يدعي انه عبده فكبر فادعى الحرية لم يقبل لانا حكمنا بثبوت اليد عليه فلم يقبل قوله في ازالتها وقال محمد لو لم
يدع صاحب اليد في حال الصغر انه عبده حتى كبر فادعاه وقال الغلام انا حر فالقول قوله لانه لما لم تتقدم
الدعوى لم يحكم بالرق فصار بعد البلوغ في يد نفسه فالمرجع الى قوله . قال ولو كان عبدا كبيرا يتكلم
فقال انا عبد احدهما لم يصدق وهو عبدهما وقال ابو حنيفة اذا كان العبد في يد رجل فاقر العبد انه عبد
لرجل اخر والذي هو في يديه يقول هو عبدي فالقول قول الذي هو في يديه ولا يصدق العبد على ما قال
وذلك لان الكبير في يد نفسه لانه يعبر عنها فان قال انا حر فالقول قوله فاما اذا اعترف بالرق فقد
اقر بانه لا يد له على نفسه وانه ممن ثبت عليه اليد فصار هو في يد من هو في يده فلم يلتفت الى قوله في
ازالة اليد وصار كالصغير :. قال واذا ادعى شيئا من ذلك عبدا او دارا او غيرهما جاز اقراره له :. وكذلك
لو اقر ان احدهما اودعه ذلك الشيء او اعاره او اجره او غصبه منه فهو مصدق على ما قال ويحكم به للمقر له :.
وهذه المسألة على ثلاثة فصول ذكر ابو الحسن فصلا منها وهو اذا اقر قبل سماع البينة والوجه فيه ان
الدار في الظاهر لصاحب اليد فاذا اقر بما في يده ولم يبطل بالاقرار حقا لغيره نفذ اقراره به .
قال والفصل الثاني اذا اقر صاحب اليد بعد سماع البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه يبطل البينة الا
ترى انه يقول ان المقر له اقام البينة على ملك نفسه ولا فائدة له في بينته واذا لا حق اقام البينة على
غير خصم فلم يقبل قوله في ابطال البينتين ولكنه يصدق في تحويل الخصومة الى المقر له ويصير المقر له كالوكيل
له في الخصومة فيدفع العبد الى المقر له ويصير هو الخصم فاذا زكيت البينتان جميعا قضي به بينهما نصفان
على مقتضى البينتين قبل الاقرار اذ المقر لا يملك تغيير موجب البينة وهذا الظاهر على اصل ابي يوسف
ومحمد ان المقر اذا كان باقراره نقل الخصومة فكانه وكل المقر له وعندهما ان توكيله يجوز بغير رضا خصمه
واما على اصل ابي حنيفة فلا يجوز التوكيل بغير رضاه الا انه يقول ها هنا خرج المقر من الخصومة فلم يبق
خصم المدعا عليه :. والفصل الثالث اذا اقر بعدما زكيت الشهود ولم يذكر محمد هذا الفصل
في الدعوى والجواب عنه ان القاضي يقضي بالعبد بينهما ولا تنتقل الخصومة لان البينتين اذا
زكيتا في الدعوى فلم يبق خصومة وانما بقي انفاذ الحكم بها :. وقد ذكر محمد في الدعوى هذه المسألة
وقال اذا اقر المدعا عليه بعد سماع البينة ان احدهما اودعه اياه سلمه اليه صدقه المقر له او لم يصدقه
ومعنى ذلك انه صدقه انه اودعه او لم يصدقه في الوديعة ولكنه ادعى الملك فاما اذا كذبه ولم
يدع الملك فيبطل . وقال معلى عن ابي يوسف لو ان شاهدين شهدا ان فلانا مات وهذه الدار في
يده فاني اقضي بها للورثة :. وان شهدوا ان فلانا مات وهو ساكنها او قالوا مات وهو فيها
لم اقض بها والاصل في ذلك انهم اذا شهدوا بيد الميت عند الموت كانت ميراثا لان الموت جهة
لنقل الملك وكل شيء في يد الميت ينتقل الى ورثته الا ان يستحق عليه :. ولان الاملاك لا طريق لنا
الى اثباتها الا بظاهر اليد والتصرف واذا شهدوا باليد مع جهة الانتقال فكانهم شهدوا بالملك لانهم شهدوا
باليد مع جهة انتقال الملك واذا ثبت ان الشهادة باليد عند الموت شهادة بالملك قلنا اذا لم يذكروا ملك
الميت ولا صرحوا باليد ولكن ذكروا فعلا من الميت وكل فعل يثبت به اليد فان الملك يثبت به وكل فعل لا يثبت

به اليد

يثبت به الملك ∴ فاذا قالوا مات في الدار لم يستحقها الورثه لان كون الانسان في داره وموته فيها ليس
بتصرف فيها بدلاله ان من دخل دار غيره فجلس فيها لم يصر غاصبا عند من يضمن العقار بالغصب فلم يشهدوا له
بملك ولا يد ولا تصرف فلا يستحق الورثه ∴ فاما اذا شهدوا انه مات وهو ساكن فيها فقد ذكر في
الجامع الكبير انه يقضي بها للورثه خلاف ما حكاه عن ابي يوسف هنا ∴ والصحيح ما في الجامع لان التصرف
في الدار والاشهاد شهاده باليد ∴ وجه روايه معلي ان السكني في العاده تطلق علي النزول في
الدار التي لا يملكها فلو عرف الشهود الملك لذكروه وذكروا صريح اليد ∴ وقال معلي سالت ابا يوسف
عن رجلين علي دابه احدهما راكب في السرج والاخر رديفه فادعيا جميعا الدابه قال هي للراكب في السرج وان كانا
راكبين في السرج قضي بها بينهما ∴ وكذلك قال هشام عن ابي يوسف في هذه المسئله وذلك لان تصرف الراكب
في السرج اظهر فصار كاللابس والاخر متعلق به ∴ ولان في العاده ان مالك الدابه يركب في السرج
ويردف معه غيره فكان اولي بها ∴ قال واما اذا ركبا معا في السرج فتصرفهما سواء والتساوي في سبب
الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق ∴ قال معلي قال ابو يوسف في حمال عليه كاره وهو
في دار بزاز فادعي البزاز الكاره وانكر الحمال قال ان كان من حمالي البزازين والكاره مما يحمل فيها فالقول
قول الحمال لان يد الحمال في المحمول اظهر وهو ممن يحمل للبزازين في العاده فالمرجع الي قوله ∴ وقد قالوا في
خياط يخيط ثوبا في دار رجل فنازعه صاحب الدار والخياط ان القول فيه قول صاحب الدار فجعلوا يد صاحب الدار
اظهر لان العاده ان الخياط يخيط في دار الانسان ثيابه ∴ واما الحمل فقد يحمل الانسان الي دار انسان متاع غيره وهذا
من نوع الاختلاف في متاع البيت فالترجيح بالظاهر اليدين ∴ وقد ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد في الشهود
اذا شهدوا انا رايناه اخرج من داره وعلي عاتقه هذا المتاع فادعاه كل واحد منهما قال ان كان الحامل يعرف
ببيع ذلك المتاع وحمله فهو له ∴ وان كان لا يعرف فهو لصاحب الدار وعلي هذا ما بينا من الترجيح بالعلامه
الظاهره ∴ قال المعلي عن ابي يوسف في رجل اصطاد طايرا في دار رجل قال ان اصطاده من الهوا فهو له وان
كان علي شجره او غير ذلك فهو لرب الدار فان اختلفا فالقول قول رب الدار ∴ والاصل في هذا انهما لو اتفقا
علي ان الصيد علي اصل الاباحه الي ان اصطاده فهو للصايد في الوجهين لان الصيد يملك بالاخذ ولا يملك
بحصوله علي حايطه وشجره لانه علي الامتناع والمباح يملك بالاخذ وانما مسئله الكتاب موضوعه علي ان الصايد
يقول هذا الصيد علي اصل الاباحه وقد ملكته بالاخذ ويقول صاحب الدار هذا الصيد اصطدته انا فملكته او ابتعته
او ورثته فان كان الصياد اخذه من الهوا فهو له لان الهوا لا يد لصاحب الدار عليه فقد اختلفا فيما لا يد له فيه
وانما اليد للصايد فكان القول قوله ∴ وان اخذه من جداره او شجره فذلك الموضع بيده ومن اخذ من يد انسان
شيا وزعم انه مباح لم يقبل قوله ∴ فان اختلفا في اخذه هل اخذه من الهوا او من الجدار فالقول قول صاحب
الدار لان الظاهر ان ما في داره في يده فاذا زعم الصياد انه اخذه من الهوا فقد نفي يد صاحب الدار وهي
موجوده في الظاهر فلا يقبل قوله ∴ وقال محمد في الجامع الكبير اذا كانت الدار في يد رجل فادعي رجل
انها داره ورثها عن ابيه فجحد الذي في يديه الدار واقام المدعي البينه ان اباه مات في الدار او شهدوا انها
كانت لابيه مات فيها ولم يشهدوا انه مات وتركها ميراثا فالشهاده باطله ولا يستحق بها شيا حتي يشهدوا
ان اباه مات والدار في يده او شهدوا ان اباه مات وهو ساكن فيها او شهدوا انه مات وتركها ميراثا وقد بينا
هذه المسئله وذكرنا ان قوله مات فيها ليس بشهاده باليد ولا بالتصرف ∴ واما السكني فقد بينا خلاف الروايه
فيه ∴ فاما قولهم كانت لابيه مات فيها فقد قال ابو حنيفه ومحمد ان الشهاده اذا كانت لابيه لا تقبل حتي يشهدوا
انها كانت له عند موته او يشهدوا انها كانت في يده الي ان مات ∴ وقال ابو يوسف تقبل هذه الشهاده ويقضي
بها ∴ وجه قولهما انهم شهدوا بملك كان وقد تيقنا بزواله فان الشهود قالوا كانت لابيه وليست له
اليوم ∴ ولانهم شهدوا بملك تيقنا بزواله ولا نعلم الي من زال فلا يجوز الحكم باستصحابه مع وجود
ما ينافيه ∴ لابي يوسف انهم شهدوا بملك للاب فالظاهر بقاؤه الي حين موته فكانهم قالوا كان الملك
له الي ان مات واذا ثبت من اصلهما ان الشهاده بملك كان للميت لا تقبل فقولهم كانت لابيه مات فيها
ليس بشهاده باليد عند الموت ولا بالملك فلا تقبل ∴ ولو شهدوا انه مات وهو لابس هذا القميص
او لابس هذا الخاتم والذي في يده القميص والخاتم يجحد ذلك قضيت به للوارث ∴ وعلي هذا ما قدمنا
انهم اذا شهدوا باليد عند الموت فهو كالشهاده باليد ولبس القميص والخاتم تصرف يثبت به
اليد بدلاله ان من لبس القميص لغيره بغير اذنه او خاتمه صار غاصبا فاذا شهدوا باليد قضي به للوارث
ولو شهدوا انه مات وهو قاعد علي هذا الفراش او علي هذا البساط او قالوا وهو نايم عليه لم يستحق الوارث
بهذا شيا وذلك لان الجلوس والنوم عليهما مما للغير لا يصير به غاصبا والنوم عليه ليس بتصرف
واذا لم يكن ذلك تصرفا في البساط لم يثبت به اليد فلا تقبل الشهاده ∴ قال ولو شهدوا انه مات وهو
راكب هذه الدابه قضيت بها للوارث لان الركوب تصرف ويد بدلاله ان من ركب دابه غيره بغير اذنه صار
به غاصبا ∴ وكذلك لو شهدوا انه مات وهو حامل لهذا الثوب او لهذا المتاع قضيت به للوارث
لان الحمل تصرف ويد بدلاله ان من حمل مال غيره بغير امره صار غاصبا ∴ قال ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب
علي راسه موضوع ولم يشهدوا انه كان حاملا لم اقض به للوارث لانه قد يوضع علي الغير فعله فلا يكون متصرفا فيه
ولا مثبت له عليه يد ولهذا لا يضمنه اذا كان لغيره واذا لم تثبت له اليد لم تقبل هذه الشهاده ∴ قال ولو كان رجل
جالسا علي بساط واخر متعلق به وكلاهما يدعيه لم يكن منهما غصبه انما صار بينهما بدعواهما انه لهما ليس لغيره ذكر
ابان دارا فيها رجلان فادعي كل واحد منهما يدعي انها له في يده كان للقاضي ان يقضي بانها لهما او بانها في ايديهما يقعودهما
فيها او بغيابهما فليس ينبغي للقاضي ان يقضي لهما بذلك اذا علم القاضي ان احدهما ساكن فقضي بانها في يده او لا يري ان
السكني تخالف القعود في الدار والنوم فيها ونحوه ∴ والوجه في ذلك ما بينا ان القعود علي البساط ليس بيد
ولكن القاضي لا يجد منهما فيقضي بها لهما ∴ ويجوز ان يكون معني قوله في الكتاب يترك القاضي ذلك في ايديهما
لا علي طريق القضا لانه لا منازع لهما فيه ∴ وعلي هذا القاعدان في الدار لان القعود في الدار ليس بيد وانما اليد السكني
فاما ان نقول انه يقضي بالدار بينهما لانه ليس اقرب منهما او نقول معناه انه يترك علي طريق القضا لانه لم يثبت لهما يد
ولا ملك فيها ∴ وقال هشام في نوادره حدثنا ابو يوسف قال اذا اقامت البينه علي دار او عبد او دابه او غير
ذلك بان الميت اعارها للذي في يده او اودعه اياها او وكله بها ان هذا كله جايز بعد ان تقوم علي الورثه البينه فتقضي
بذلك بينهم لان يد المودع يد لمودعه وكذلك يد المستعير يد للمعير ويد الوكيل يد لموكله فاذا شهدوا
بيد في الحال اوجبها الميت فقد شهدوا انها كانت في يد الميت الي ان مات ∴ وذكر بعد هذا خلاف ابي يوسف
في الشهاده بان الشي كان ملكا للميت ∴ وقول ابن ابي ليلي مثل قول ابي يوسف وقد بينا ذلك ∴ وقال محمد
في كتاب الدعوي اذا كانت الدار والارض في يد رجل فاقام اخر البينه انها دار ابيه ولم يقولوا مات وتركها
ميراثا فانه لا يقضي بشهادتهم وكذلك لو قالوا كانت هذه الارض لابيه وذلك لان الشهاده بها لابيه بعد
موت الاب كذب وقولهم كانت لابيه شهاده بملك زال لا يعرف كيفيته علي ما ذكرنا ∴

باب دعوى النتاج

قال ابو الحسن رحمه الله واذا ادعي الرجل دابه في يد رجل او شيا من الحيوان كاينا ما كان من بني ادم او غيرهم فادعاه رجل
ليس في يده انه ولد في ملكه واقام البينه علي ذلك واقام الذي هو في يده البينه انه ولد في ملكه فان البينه بينه
الذي في ملكه ويده ∴ وقال ابن ابي ليلي الخارج اولي لنا ما روي جابر بن عبد الله ان رجلا ادعي ناقه في يد رجل واقام
البينه انها ناقته نتجها واقام الذي في يده انها ناقته نتجها فقضي بها رسول الله صلي الله عليه للذي هي في يديه
ولان بينه صاحب اليد دلت علي معني لا تقتضيه ظاهر اليد فصار كبينه الخارج فتساوت البينتان ومع صاحب
اليد ترجيح باليد فهو اولي ∴ واما اذا اقام احدهما البينه علي النتاج والاخر علي الملك فصاحب النتاج اولي
ايهما كان لانه اقام البينه انه اول المالكين وان الشي في المده لا يستحق الا من جهته والاخر اقام البينه
علي استحقاقه لا من جهته فلا تقبل بينته ∴ فظاهر المذهب يقتضي ان صاحب اليد يقضي له ∴ قال
عيسي بن ابان تتهاتر البينتان ويترك الشي في يده لا علي طريق القضا وهذا الذي قال يخالف المذهب
لانهم قالوا في رجلين في يد احدهما مسلوخه وفي يد الاخر سواقطها اقام كل واحد منهما بينه علي النتاج قضي
بها لصاحب اليد وقضي علي الاخر بتسليم السقط اليه ولو كان علي طريق التهاتر لترك علي ما كان في يد
كل واحد منهما ما في يده ∴ وقالوا في الخارجين اذا اقام كل واحد منهما بينه علي النتاج كانت الدابه
بينهما ولو تهاترت البينتان لترك في يد الثالث ∴ واما الدليل علي ذلك فلان جابرا روي عن النبي صلي الله عليه
انه قضي بها لصاحب اليد ∴ ولان النتاج يدل علي تقدم الملك كالتاريخ لان كل واحد منهما اثبت الملك
بالنتاج بسبب واحد فصار كان الرجلين ابتاعا الشي من واحد واحدهما قابض فالقابض اولي ∴ وجه
قول عيسي ان القاضي قد عرف كذب احد الفريقين وليس احدهما باولي من الاخر فلا يقبل واحده من البينتين
كما لو شهد شاهدان ان فلانا قتل يوم النحر بمكه وشهد شاهدان انه قتل يوم النحر بالكوفه لم يقبل
واحده منهما ∴ الجواب ان الشهود لا يشهدون بالنتاج لمشاهده الولاده وانما يرون
الفصيل يتبع الناقه فيشهدون انه فصيلها ولا نحكم بكذب احد الفريقين كما لا نحكم بكذب احدهما اذا شهدوا
بملك مطلق ∴ فان وقتت كل بينه ما شهدت به من النتاج وقتا مخالفا للوقت الاخر وكان سن الدابه
علي احد الوقتين كان لصاحب الوقت الذي سن الدابه عليه ∴ وان كان الوقتان سوا وكان مشكلين
قضي بينهما وهذا علي فصول احدها ان يوافق السن احد الوقتين فيقضي له بها ايهما كان لان الحال
تشهد بصدق شهوده فكان اولي ∴ واما اذا اشكل ذلك فلم يعلم بشهاده السن لاحد الوقتين سقط
التوقيت لانه لا دلاله فيه فكانهما اقاما البينه علي النتاج من غير تاريخ وان كانا خارجين فالدابه بينهما
وان كانت في يد احدهما فهي لصاحب اليد ∴ واما اذا خالف سن الدابه الوقتين جميعا فلم يذكر ابو الحسن هذا
الفصل وقد ذكره في الاصل فقال فان كانت علي غير الوقتين او كانت مشكله قضيت بها بينهما نصفين ∴
قال الحاكم وفي روايه الاصل اذا كان سن الدابه علي غير الوقتين فالبينتان باطلتان وهو الصحيح

لان الشي معين معلوم وقد كذبت البينات جميعا فسقطتا وبقي الشي في يد صاحب اليد وهذا كمن اعترف بنسب
غلام انه ابنه ومثله لا يولد لمثله ∴ ووجه رواية الاصل ان البينة والسن انما يكون لحقهما فاذا خالفا السن
لم يكن فيه فايدة لواحدة منهما فسقط اعتبارها فكانهما لم يذكرا التاريخ ∴ ومن اصحابنا من جمع بين الروايتين وقال
يجب ان يقصر السوال حتى يتبين كانه قال وان كانت على غير الوقتين وكانت مشكلة جعل بينهما نصفين
حتى تتفق الروايتان ويصح الجواب ۝ قال وكذلك صوف او مرعزي او شعر اذا اقام كل واحد البينة انه
جزه في ملكه فهو لصاحب اليد اذا كانت الخصومة بين الذي في يده والخارج ∴ وان كانا خارجين فعلى ما فسرت
من النتاج في الوجهين جميعا ۝ وكذلك غزل قطن في يد رجل اقام بينة انه غزله في ملكه او اقام الخارج
انه غزله في ملكه او ادعياه خارجان والذي في يده يجحده وذلك لان هذا سبب في الملك لا يتكرر كالنتاج

نوع اخر ۝ واذا كان ثوب خز في يدي رجل او مرعزي او شعر فادعاه رجل ليس في يده
واقام بينة انه له نسجه في ملكه واقام الذي في يده بينة انه نسجه في ملكه او كان سيفا في يد رجل فاقام
الخارج بينة انه طبعه في ملكه واقام الذي في يده بينة انه له طبعه في ملكه فانه ينظر اليه اهل الصناعة
فان كان مما ينسج مثله مرتين فهو للخارج وان كان مما ينسج مرة فهو لصاحب اليد ∴ وان كان مشكلا لا
يتبين امره نسج مرة او مرتين قضيت به للمدعي وهذا قول محمد وقال في نسخة اخرى وهو قول ابي حنيفة
مكان قوله وهذا قول محمد ۝ والاصل في هذا انهما اذا اضافا ملكهما الى سبب لا يتكرر فصاحب اليد
اولى قياسا على الولادة ∴ وان كان السبب يتكرر قضي به للخارج وكان كالملك المطلق وان اشكل ذلك
سال عنه اهل العلم بذلك لما روى عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه قال لا تنازعوا الامر اهله ∴ ولان
اهل الصناعة اعرف بذلك من غيرهم فان اشكل ذلك على اهل الصناعة قضي به للخارج ۝ ولان الاصل
ان النبي صلى الله عليه جعل البينة بينة المدعي ∴ وانما عدلنا عن هذا الاصل الظاهر بخبر النتاج فما لم يعلم ان فيه
معناه فهو محمول على ذلك الاصل الظاهر واذا ثبت هذا فثياب الخز والشعر قد ينسج مرة بعد
اخرى وثياب القطن لا ينسج الا مرة واحدة والسيف منها ما يطبع مرة بعد مرة ومنها ما لا يطبع الا مرة
قال واذا كانت حليا مصوغة في يد امراة اقامت بينة انها لها صاغتها في ملكها واقامت اخرى البينة
ليست في يدها انها لها صاغتها في ملكها حكم بها للخارجة لان الحلي يصاغ مرة بعد مرة فهو كالملك المطلق
يتكرر مرة بعد مرة ۝

نوع اخر مما يستحق بالفعل ولا يستحق بالملك ۝ قال واذا كانت
الارض والنخل في يد رجل فاقام اخر البينة انه نخله وارضه وانه غرس هذا النخل فيها واقام الذي في
يديه البينة على مثل ذلك فانه يقضي بها للمدعي الخارج وذلك لان غرس النخل ليس بسبب لملك
الارض ولم يذكروا سبب الملك ∴ ولان غرس النخل يتكرر لانه يغرس ويقلع ثم يغرس وما يتكرر
من اسباب الملك فانه يستحقه الخارج ۝ قال واذا كانت حنطة في يد رجل فاقام اخر البينة
انها حنطته زرعها في ارضه واقام الذي هي في يديه البينة على مثل ذلك فانه يقضي بها للمدعي وذلك
لان الحنطة قد تزرع ثم توخذ من الارض مع التراب وتزرع ثانيا فهو سبب يتكرر ۝ قال وكذلك
القطن والكتان وساير الحبوب التي تزرع غير مرة لان السبب مما يتكرر فيها لم يستحقها من خرجت في
ارضه لجواز ان يزرعها ثم يزرعها الغير ۝

نوع اخر ۝ ولو كان قطنا نابتا في ارض
في يد رجل فاقام رجل بينة انها ارضه وانه زرع هذا القطن فيها واقام الذي في يديه البينة انها ارضه وزرع
هذا القطن فيها فانه يقضي بالارض والقطن للمدعي على الذي في يده ∴ وكذلك دار في يد رجل فاقام البينة
انها داره وانه بنى هذا البنا واقام رجل البينة بمثل ذلك فانه يقضي بالدار والبنا للمدعي على الذي هي
في يده وذلك لانهما اختلفا في الارض وتعارضت بينتاهما على الملك المطلق فكان الخارج اولى
ولان البنا والزرع لا يملك به الارض فلم تقم البينة على سبب الملك وان كان سبب الملك مما يتكرر

نوع اخر قال ولو ان امة في يد رجل ادعاها رجل انها امته ولدت في ملكه من امته
هذه التي هي في يده واقام الذي هي في يديه انها امته ولدت عنده في ملكه من امته هذه فانه يقضي بها للذي
هي في يده لان الولادة سبب في الملك لان الولد يملك بملك الاصل وهو مما لا يتكرر فكان صاحب اليد اولى
ولو اقام المدعي البينة على امها التي هي عند المدعى عليه انها امته وانها ولدت هذه في ملكه واقام الذي
هي في يديه البينة على مثل ذلك قضيت بها وبامها للمدعي وذلك لانهما اختلفا في الام واقام كل واحد
منهما البينة على ملك مطلق وفيها كان الخارج اولى واذا قضي له بالام قضي له بالولد لانه يملك بملك
الاصل ۝ قال واذا كان صوف في يد رجل واقام البينة انه صوفه جزه من شاته هذه وهي ملكه
واقام الذي هو في يده انه صوفه وانه جزه من شاته هذه لشاة اخرى وانما تنازعا في الصوف
والجز سبب الملك وهو مما لا يتكرر كالولادة ۝ ولو اقام المدعي البينة على الشاة التي عند المدعى
عليه انها شاته وانه جز هذا الصوف منها في ملكه واقام الذي في يديه البينة على مثل ذلك
قضيت بها للمدعي لانهما تنازعا في الشاة واقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق فكان الخارج اولى

واذا استحق الشاة استحق السقط والصوف لانه يستحق بملك الاصل ∴ قال وان كان عبد في يد رجل فادعى رجل
انه عبده وانه ولد في ملكه من امته هذه من عبده هذا واقام على ذلك البينة وادعى الذي هو في يده انه عبده ولد
في ملكه من امته وعبده هذا فانه يقضى به للذي هو في يديه ويكون ابن عبده وابن امته ولا يكون ابن عبد الاخر ولا امته
ولا يقضى له به لانهما لم يتنازعا في الام والاب وانما تنازعا في الولد وقد تعارضت البينات في الولادة فكان صاحب
اليد اولى ۝ واذا كان عبد في يدي رجل فادعى رجل انه عبده اشتراه من فلان وانه ولد في ملك فلان الذي باعه منه
واقام الذي في يده العبد البينة انه عبده اشتراه من فلان رجل اخر وانه ولد في ملكه فانه يقضى به للذي هو في يده
وكذلك لو ادعى عبدا ميراثا وانه ولد في ملك ابيه او ادعى هبة او صدقة مقبوضة من رجل او وصية وانه ولد
في ملك الواهب وكذلك اذا ادعى عبدا ميراثا وانه ولد في ملك الواهب او الموصي او المتصدق فانه يقضى به
للذي هو في يديه ذلك لانه لما اقام البينة على الولادة في ملك من استفاد الملك من جهته فكانه اقام
البينة على الولادة في ملكه والشي في يده فيكون اولى ۝ قال ولو كان عبد في يد رجل اقام البينة انه
عبده واقام رجل البينة انه عبده ولد عنده من امته هذه فانه يقضى به للذي امه في يده وذلك لانه اقام
البينة على الملك والسبب واقام الاخر البينة على الملك دون السبب فكانت البينة التي تثبت الامرين اولى
ولان احدهما لما استحق الام بلا منازعة سلم له ولدها ولو كانت الامة في يد المدعى عليه وابنها ولد في يديه فاقام
البينة بان الابن له ولد من امته هذه وان الامة له واقام خارج البينة انه عبده ولدته هذه الامة في ملكه
وان الامة له فانه يقضي بالامة وولدها للخارج لانه لم يقم واحد منهما بينة على نتاج الامة ∴ وذلك لان
المنازعة وقعت في الام وقد تعارضت البينتان فيها على ملك مطلق فكان الخارج اولى فاذا استحقها استحق
ولدها ۝ قال ولو كانت شاتان في يد رجل سودا وبيضا فاقام خارج البينة ان البيضا شاته ولدتها السودا
في ملكه وانهما جميعا ملكه واقام الذي في يديه البينة ان السودا شاته ولدتها البيضا عنده في ملكه وان
الشاتين جميعا له فانه يقضي لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده انها ولدت في ملكه وذلك
لان الخارج اقام البينة على النتاج في البيضا واقام صاحب اليد البينة على ملكها فالخارج اولى واقام صاحب اليد
البينة على النتاج في السودا واقام الخارج البينة على الملك فيها فصاحب اليد اولى وهذه المسلة ذكرها
في الدعوى على هذا الوجه ويجب ان تكون كل واحدة منهما الاخرى ∴ فاما اذا علم ان احدهما يصلح
ان تكون اما والاخرى لا تصلح فانه يقضى بالبينة التي تشهد لها السن ويبطل البينة الاخرى ۝
وقد ذكر ابو يوسف في الامالي انه لا يقضى لواحد من البينتين لانا علمنا كذب احدهما لانه لا يستحيل
ان تلد كل واحدة منهما الاخرى واذا تيقنا بكذبها ولا ندري بعينها بطلتا جميعا ۝ ومما يلحق
بهذا الباب ۝ واذا اختلفا في جبن فاقام صاحب اليد واقام الخارج البينة فالمسلة على
خمسة فصول ان اقام كل واحد منهما البينة ان الجبن له صنعه في ملكه فصاحب اليد اولى لان عمل الجبن
سبب في الملك لا يتكرر كالنتاج ∴ فان اقام كل واحد منهما البينة ان اللبن الذي صنع هذا الجبن منه في ملكه
فانه يقضى به للمدعي لان المنازعة وقعت في اللبن وقد اقام كل واحد منهما البينة فيه على ملك مطلق
فالخارج اولى ∴ وان اقام كل واحد منهما بينة ان ذلك اللبن حلب في يده فانه يقضى به لمن هو في يديه
لان الحلب لا يتكرر ∴ فان اقام كل واحد منهما ان الجبن له صنع في ملكه من لبن حلب في ملكه وشاته
وان الشاة له فانه يقضى للخارج لان الاختلاف وقع في الشاة وقد اقام البينة فيها على ملك مطلق
فهو اولى ∴ وان اقام كل واحد منهما البينة ان تلك الشاة نتجت عنده قضي بالجميع لصاحب اليد
لان الولادة معنى لا يتكرر ∴ وقال في الاصل في المتنازعين في الشاة اذا اقام كل واحد منهما
بينة على النتاج فقضى القاضي بها لصاحب اليد ثم ادعاها اخر واقام البينة انها ولدت عنده فان القاضي
يقضي بها له الا ان يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون اولى ∴ وذلك لان بينة صاحب اليد لم
تسمع على هذا المدعي وانما سمعت على الاول فلا يعتد بها في حق هذا الذي لم تسمع عليه ۝ واذا
شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصد من ارض فلان فاراد رب الارض ان ياخذ الحنطة ذكر في
اكثر النسخ انه ليس له ان ياخذها وفي بعضها قال له اخذها ∴ وجه الرواية التي قال لا ياخذه ان الحنطة
تتبع البذر وليس تتبع الارض بدلالة ان الغاصب اذا بذر الارض كان الخارج منها له ولم يكن في اضافتها
الى زرع ارضه دلالة على الاستحقاق ∴ ووجه الرواية الاخرى فمن اصحابنا من قال هو
القياس ان الحنطة اذا زرعت في ارضه ولا يعرف زارعها انها لصاحب الارض وقد ثبت هاهنا انها في
ارضه فكانه له ما لم يعلم غير ذلك ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا او هذا التمر من نخل هذا
فانه يقضي له بها لانهم اضافوه الى ملكه في الحال وجعلوه جزا من اجزا ملكه فكان اولى به ۝
قال ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان في ارضه فانه لا يقضى له به لان الشهادة بانها كانت
في ارضه شهادة لا بيد كانت فلا يقضى بها في المشهور من قولهم ولو شهدوا انه جبن شاته او
صوف شاته لم يقض له به لانهم لم يضيفوه الى ملكه ولكن اضافوه الى شاته وقد تكون

الشاة وصوفها وجلدها للغير بالوصية ونحوه ∴

باب الرجلين يدعي أحدهما أكثر مما يدعي الآخر

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا ادعى رجلان دارا في يد غيرهما وادعى أحدهما كل الدار وادعى الآخر نصفها فأقام كل واحد منهما البينة على دعواه فإنه يقضى في قول أبي حنيفة لصاحب الجميع بثلاثة أرباع الدار ولصاحب النصف بربع الدار ∴ وقال أبو يوسف ومحمد ثلثا الدار لمدعي الكل وثلث الدار لمدعي النصف ∴ قال الشيخ أيده الله هذا الباب مبني على أصول منها أن عند أبي حنيفة أن من يدلي بسبب صحيح يضرب بجميع دعواه ومن لا يدلي بسبب صحيح يضرب بقدر ما يخصه بالمزاحمة فالأول كأصحاب العول والموصى له بالثلث والموصى له بالسدس وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن حقوقهم ∴ والثاني مثل مسألتنا ومثل الموصى له بما زاد على الثلث ∴ وقال أبو يوسف ومحمد في جميع المسائل يضرب كل واحد بالجميع وسووا بينه وبين العول ∴ والفرق لأبي حنيفة بين السبب الصحيح وغيره أن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه فليس بسبب صحيح ∴ وجه قول أبي حنيفة أن السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه أضعف مما يتعلق به الاستحقاق بنفسه ألا ترى أن عقد الهبة والوصية لما لم يتعلق الاستحقاق بعقدها حتى ينضم إليها معنى آخر من قبض وموت صار أضعف من البيع الذي يتعلق بعقده الاستحقاق فلو سوينا بين السببين في جواز أن يضرب كل واحد منهما بالجميع لسوينا بين السبب الضعيف والسبب القوي وهذا لا يصح ∴ ولأن المدعي للنصف في مسألتنا لا دعوى له في النصف الآخر فلم يجز أن يزاحم فيه كدارين مختلفين ادعى أحدهما واحدة منهما وبعض الأخرى وادعى الآخر الأخرى أو بعضها لم يجز أن يتضاربا في الدار التي انفرد بدعواها أحدهما كذا هذا ∴ وجه قولهما أن كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع ما في يديه فإذا تزاحما ضربا بما يدعيانه كأصحاب العول ∴ ومن أصول هذا النوع أن المتداعيين إذا كانت يدهما فيما يدعيانه ثابتة انصرفت الزيادة إلى ما في يد الآخر وذلك لأنا لو لم نحمل دعواه على ما في يده صار ممسكا لما في يده بغير حق والواجب أن نحمل أمور المسلمين على الصحة ∴ وأصل آخر ∴ وهو أن بينة صاحب اليد والخارج إذا تعارضتا في الملك المطلق فالخارج أولى وقد بيناه ∴ وأصل آخر ∴ وهو أن التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في المستحق وإذا ثبت هذه الأصول قلنا في مسألة الكتاب أن المتداعيين كل واحد منهما لا يدلي بسبب صحيح ألا ترى أن الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى آخر إليها إما بإقرار أو بينة أو حكم حاكم فانقسمت الدار عند المنازعة على الدعاوي فيقول مدعي النصف لا دعوى لي في النصف الآخر فانفرد به مدعي الجميع وبقي النصف الآخر فكل واحد يدعيه وأقاما البينة والمساواة في سبب الاستحقاق توجب التساوي في نفس المستحق فكان هذا النصف بينهما فلذلك جعل لمدعي الكل ثلاثة أرباع ولمدعي النصف الربع ∴ وأما على قولهما فكل واحد يضرب بجميع دعواه لأن عندهما الأسباب كلها سواء فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح وأقل ذلك اثنان فيضرب المدعي لجميع ذلك بالجميع ومدعي النصف بسهم واحد فيكون بينهما أثلاثا ∴ قال ولو كانت الدار في أيديهما والمسألة بحالها قضي لصاحب الجميع بالنصف الذي في يد صاحبه وترك النصف الذي في يده بحاله وذلك لأن الدار في أيديهما واليد من أسباب الملك والاستحقاق فإذا استويا فيها استويا في الدار فصار في يد كل واحد منهما النصف على ما قدمنا فمدعي النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده دون ما في يد صاحبه على ما قدمنا وقد أقام الخارج على ذلك بينة وأقام عليه صاحب اليد بينة فكان الخارج أولى والنصف الذي في يد المدعي للجميع لا منازع له فيه فيترك في يده على طريق القضاء

باب الدعوى في الحائط

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا كان الحائط ما بين دارين فادعى كل واحد من صاحبي الدار الحائط أنه له دون صاحبه فإنه ينظر في ذلك فإن كان عليه جذوع لأحدهما فهو لصاحب الجذوع ∴ والأصل في هذا الباب أن كل واحد من صاحبي الدار على الحائط من طريق الحكم بدليل أنه مستظل به فيترجح أحد السببين على الآخر بالعلامة كما قلنا في متاع البيت بين الزوجين ∴ وإذا ثبت هذا قلنا صاحب الجذوع أولى به وقال الشافعي هما سواء ∴ لنا أن الجذوع حمل مقصود لأحدهما على ما تنازعا فيه فجاز أن يرجح على ما لا حمل له عليه كالبعير إذا تنازع فيه اثنان ولأحدهما عليه حمل فإن صاحب الحمل أولى ∴ فإن كان لهما جميعا فيه جذوع فهو بينهما نصفان ∴ وسواء كثرت الجذوع لأحدهما أو قلت بعد أن يكون لأحدهما عليه ثلاثة جذوع أو أكثر منها وذلك لأنهما استويا في كون الحمل على الحائط ولا معتبر بالزيادة إذا كان لكل واحد منهما حمل مقصود كما لو تنازعا في بعير ولأحدهما عليه مائة من وللآخر خمسون من فإنهما جميعا فيه سواء وإن زاد حمل أحدهما ∴ قال وإن كان لأحدهما جذع واحد أو أقل من ثلاثة أجذاع وللآخر عليه ثلاثة أجذاع فما فوق ذلك فلصاحب الجذع الواحد والجذعين موضع جذعه والحائط للآخر وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الأمالي وهو قول أبي يوسف قال وكان في القياس ينبغي أن يكون بينهما نصفين لأنه في أيديهما ∴ وفي رواية كتاب الدعوى أن لكل واحد ما تحت جذعه ∴ وقال محمد في كتاب الإقرار أن الحائط كله لصاحب الخشب الكثير ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبته يعني حق الوضع ∴ وجه رواية كتاب الدعوى أن وضع الخشب إذا استحق

به الحائط استحق صاحب القليل بقدر خشبته وصاحب الكثير بقدر خشبه ∴ قال أصحابنا المتأخرون تفريعا على هذه الرواية إذا كان لأحدهما عشر خشبات وللآخر خمس خشبات وللآخر خشبة واحدة فلكل واحد منهما على هذا ما تحت خشبه وما بين الخشبات من الحائط ما حكمه ∴ فقال بعضهم هو بينهما نصفان لأن كل واحد منهما يختص بما تحت خشبته وما بين ذلك لا يد لأحدهما فلم يكن أحدهما أولى به من الآخر كرجلين تنازعا دارا في يد أحدهما منها بيت واحد وفي يد الآخر عشرة بيوت فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يده والساحة بينهما نصفان كذلك هذا ∴ ومنهم من قال إن ما بين الجذوع بينهما على أحد عشر سهما لأن صاحب الخشب الكثير أكثر استعمالا للحائط ألا ترى أن الجذوع تعتمد على ما تحتها وذلك ينقوى بما يليه فصار مستعملا لما يلي الجذوع كما هو مستعمل لموضع الجذوع فلذلك كان الحائط بينهما على عدد الخشب ∴ وجه رواية كتاب الإقرار أن الخشب الكثير حمل مقصود لأن الحائط يبنى لأجله والخشبة الواحدة ليس بحمل مقصود لأن الحائط لا يبنى لذلك فصار كبعير تنازعا فيه لأحدهما عليه حمل وللآخر عليه إداوة إلا أن على هذه الرواية يترك خشبة الآخر بحالها لأن صاحب الخشب الكثير استحق الحائط بالظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير فلم يجز أن يزيل يد صاحب الخشبة الواحدة بالظاهر ∴ فإن قيل إذا حكمت بالحائط لصاحب الخشبة يجب أن تكلف صاحب الخشبة الواحدة أن يرفع خشبته كما لو تنازعا بعيرا لأحدهما عليه حمل مقصود وللآخر إداوة لما حكم لصاحب الحمل بالبعير كلف صاحب الإداوة دفعها عنه ∴ الجواب أن موضع الإداوة لا يجوز أن يستحق في ملك البعير وإنما يستحق استحقاقا موقتا من جهة مالكه فإذا لم يثبت الاستحقاق وأمر بالإزالة والخشبة الواحدة يجوز أن يستحق موضعها على التأبيد في أصل ملك الحائط إذا شرط ذلك في أصل القسمة ∴ وقد قدر الخشب المقصود بثلاثة فصاعدا وما ليس بمقصود بأقل منها لأن الثلاثة يمكن أن يسقف عليها فيبنى الحائط لأجلها ∴ والخشبة الواحدة والخشبتان لا يمكن أن يبنى عليها فلم يكن حملا مقصودا يبنى له الحائط ∴ وجه القياس الذي رواه بشر عن أبي يوسف أن وضع الخشب تصرف فلا يعتبر فيه القلة والكثرة كثوب تنازعه اثنان أحدهما متمسك بطرفه بيد واحد والآخر متمسك باليدين بطرفيه فهما سواء ∴ قال ولو كان حائط متصلا ببنائهما ولأحدهما عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع إلا أن يكون الحائط متصلا بطرفيه كذي قال أبو يوسف في الأمالي فيكون لصاحب الاتصال ويكون للآخر موضع جذوعه ∴ وقال في الأصل هو لصاحب الجذوع إلا أن يكون الحائط متصلا بتربيع داره وبتربيع بيت وللآخر موضع جذوعه ∴ أما الاتصال الذي جعل الجذع أولى منه فهذا الاتصال من جانب واحد وإنما يعني بالاتصال مداخلة اللبن بعضه في بعض فإذا كان كذلك من جانب واحد فقد قال في كتاب الدعوى أن صاحب الجذوع أولى ∴ وذكر الطحاوي أن الاتصال أولى وذلك لأن الاتصال إذا حصل بحائط من جانب واحد فالجميع حائط واحد وقد حكمنا لصاحب الدار باستحقاق بعضه فاستحق باقيه وهذه الرواية كان الشيخ أبو عبد الله المرشد رحمه الله يصححها ∴ وجه رواية الكتاب أن الجذوع تصرف ظاهر والاتصال من جانب واحد يد فصاحب التصرف أولى من صاحب اليد كما لو تنازع راكب الدابة والمتعلق بلجامها فالراكب أولى ∴ وأما اتصال التربيع الذي ذكره في الأصل فكان أبو الحسن يقول هو أن يكون الحائط مداخلا بجانبيه بحائطي المتنازع وجانب كل واحد من حائطيه مداخل للحائط الذي في مقابلة الحائط المتنازع فيه فيصير الجميع بناء واحدا أو هي كالقبة والأزج وإذا حكمنا له ببعضها حكمنا له بجميعها ∴ وأما الذي ذكره أبو يوسف أن اتصال الحائط بجانبيه أولى لأنه إذا اتصل من طرفيه بحائطه فالجميع حائط واحد واتصال حائطيه بحائط له آخر ليس بشرط وإن كان لو وجدناه كذلك لحق ∴ وقد فرع أبو يوسف على هذا في الأمالي وقال لو أن رجلا اشترى دارا وللآخر دار بجنب هذه الدار فأقام ذلك الرجل البينة على حائط بينهما أنه له فأراد أن يرجع على البائع بحصته من الثمن قال إن كان متصلا ببناء حائط المدعي وليس له بالدار المشتراة اتصال فليس للمشتري أن يرجع على البائع بشيء لأن هذا الحائط إذا كان متصلا ببناء غيره لم يدخل في البيع وأما إذا كان متصلا ببناء الدار المبيعة غير متصل ببناء المدعي فله أن يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن لأنه قد دخل في البيع إذا كان متصلا بحائط الدار فلما استحق رجع بعوضه وإن كان متصلا بحائط الدار المبيعة وبحائط الدار المدعي عليه فله أن يرجع بالنصف لأن نصفه دخل في البيع ولو كان متصلا بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع فليس له أن يرجع ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع فله أن يرجع بنصف الثمن وهذا التفريع من أبي يوسف يوافق رواية الكتاب أن الاتصال من جانب واحد لا يعتد به مع الجذوع ∴ وإذا ثبت أنه لا اتصال بالتربيع يستحق به الحائط تركت الجذوع على حالها لما قدمنا أن صاحب التربيع يستحق الحائط بالظاهر فلا يستحق به يد صاحب الجذوع ∴ ولا يمتنع أن يكون الحائط في الأصل لأحدهما وللآخر عليه حق الوضع وعلى هذا قال أصحابنا في السفل والعلو إذا ادعى صاحب السفل العلو أن السفل لمن هو في يده ولصاحب العلو حق الوضع على حاله لا تزال يده عنه بالظاهر ∴ وليس هذا كالحائط بين دارين لأحدهما عليه جذوع وأقام الآخر البينة أنه له وقضى القاضي بينته أنه يأمر الآخر برفع الجذوع لأنه استحق الملك بالبينة لا بالظاهر والبينات يجوز أن يستحق بها يد الغير ∴ وقال في الأصل ولو لم يكن لأحدهما عليه جذوع وللآخر فيه اتصال فهو أولى لما بينا ∴

لأنا إنما قدرنا الجذوع عليه إذا وجدت فأما لو وجد جذوع فالاتصال أولى فإن الدابة أولى من المتعلق باللجام وإذا لم يكن راكبا فالمتعلق باللجام أولى من غيره ∴ قال ولو كان لأحدهما عليه سترة أو ما يقر أن السترة والبناء لأحدهما فالحائط لصاحب السترة والبناء وذلك لأن السترة والبناء حمل مقصود فصار كالبعير إذا كان عليه لأحدهما حمل ❊ قال وإن لم يكن عليه خشب لأحدهما ولا سترة وعليه بواري لأحدهما فإن الحائط بينهما نصفان ولا يستحق بالبواري والهرادي شيئا لأنها ليست بحمل وذلك لأن الهرادي والبواري ليس بحمل مقصود ألا ترى أن الحائط لا يبنى لوضع ذلك عليه فلم يستحقه كما لا يستحق البعير بالإداوة والمخلاة عليه لأحد المتنازعين ❊ قال وإذا كان خص بين داربن فادعاه كل واحد منهما والقمط إلى أحدهما فالقمط بينهما نصفين عند أبي حنيفة ولا ينظر إلى القمط وقال أبو يوسف ومحمد الخص يقضى به لمن كان إليه القمط وجه قول أبي حنيفة أن القمط نقش الخص والشيء لا يجعل دليلا على نفسه ∴ ولأن المتنازعين في الخص يجوز أن يكون المالك جعل قمط الخص إلى الجار لتكون مستوية من جهته فيجصصه أو يطينه وإذا جاز ذلك لم يقع به ترجيح ∴ وجه قولهما ما روي نمر بن جابر أن رجلين تنازعا في خص فبعث النبي صلى الله عليه حذيفة بن اليمان فقضى بالخص لمن إليه القمط وذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه فرضيه الجواب ـــــ أنه يجوز أنه قضى بينه وبين أخيه فيها وذلك اللفظ على وجه التعريف كما يقال قضي لصاحب الطيلسان ولا يدل ذلك على أن القضاء وقع لأجل الطيلسان وعلى هذا قالوا في الحائط إذا اختلفا فيه ووجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات إلى أحدهما لم يحكم بذلك عند أبي حنيفة وقالا الحائط لمن إليه وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات ∴ لأبي حنيفة أن الإنسان قد يبني ويجعل وجه البناء إلى الطريق ولو كان ذلك مما يستدل به على الملك لم يجعله إلى غير ملكه ∴ ولأن وجه البناء نفس الحائط فلا يستدل به على نفسه ❊ وجه قولهما أن العادة جرت أن الإنسان يجعل وجه البناء إلى صاحب الحائط وكذلك الطاقات والعلامة مما يقع به الترجيح فيرجح هاهنا بذلك ❊

باب السفل والعلو وما في معناه

قال أبو الحسن قال أبو حنيفة وإذا كان سفل لرجل وعلو لآخر فليس لصاحب العلو أن يعلي عليه بناء ولا يضع عليه جذوعا لم يكن ولا يشرع فيه بابا أو كنيفا لم يكن ∴ وقال أبو حنيفة ليس لصاحب السفل أن يهدم السفل وليس له أن يفتح كوة فيه ولا بابا ولا يدخل فيه جذعا ولا يشرع فيه كنيفا لم يكن قبل ذلك إلا برضى صاحب العلو ∴ وقال أبو يوسف ومحمد له أن يفتح فيه بابا ويدخل فيه جذعا إذا لم يضر ذلك بالعلو ∴ فإن كان الشيء الذي يحدث ضررا بالعلو لم يكن له أن يفعل ذلك ∴ وجه قول أبي حنيفة أن لصاحب العلو حق الحمل في مقدار معين فلا يجوز الزيادة على ذلك أضر بالمحمول عليه أو لم يضر كمن استأجر بعيرا ليحمل عليه قدرا معلوما لم يكن له أن يزيد عليه سواء أضر بالبعير أو لم يضر وكذلك السفل لصاحب العلو عليه حق الحمل فلا يجوز لصاحب السفل التصرف فيه إلا بإذن صاحب الحمل كما لو أراد مواجر البعير أن ينزع من جنبه أو يخرجه جراحة لا يضره لأنا لو جوزنا اليسير لجوزنا مثله فيؤدي ذلك إلى الكثير الذي يضر فوجب أن يمنع من أصله ∴ وجه قولهما أن السفل ملك لصاحبه وإنما منع من التصرف فيه كيلا يضر بملك غيره أو حقه فما لا يضره من التصرف لا يمنع عنه كالسكنى ∴ وكذلك صاحب العلو لا يمنع من الزيادة التي لا تضر كما لا يمنع من وضع متاعه فيه وإيقاد السراج وإحداث الأخواني ❊ قال وإذا كان حائط بين دارين لكل واحد من صاحبي الدار فيه جذوع فانهدم فأراد أحدهما أن يقتسم عرصة الحائط قال لا تكون القسمة إلا عن تراض منهما جميعا بالقسمة لأن لكل واحد منهما حق الحمل على العرصة فليس للآخر أن يبطل حقه من ذلك ∴ قال الشيخ أيده الله والأصل في هذا أن هذه العرصة قد تعلق بجميعها حق لصاحب الجذوع ولو قسمت بغير رضاه لسقط حقه عما يحصل لشريكه وذلك لا يجوز ∴ وأما إذا لم يكن على الحائط جذوع وجبت القسمة لأنها تقع منتفعا به ∴ قال وإذا كان سفل لرجل وعليه علو لغيره فانهدما فإنه لا يجبر صاحب السفل على البناء ويقال لصاحب العلو ابن السفل إن شئت وابن عليه علوك فإن فعل ذلك فله أن يمنع صاحب السفل من سكناه حتى يؤدي إليه قيمة البناء مبنيا ∴ وإنما قلنا إنه لا يجبر على البناء لأن السفل ملك له ينفرد به والإنسان لا يجبر على عمارة ملكه لينتفع غيره به وليس كذلك إذا هدم صاحب السفل سفله فإنه يجبر على إعادته لأنه أبطل حق غيره بفعله فصار كالمولى إذا قتل عبده وعليه دين أو هو رهن يجب عليه قيمته ليقيمها مقام المقتول ∴ وليس كالبئر المشتركة والدولاب ونحوه أن كل واحد منهما يجبر على عمارته لأن على كل واحد منهما ضررا في تركه وله فيه نفع وهو مشترك بينهما فصار كالعبد المشترك إذا امتنع أحدهما من الإنفاق عليه ∴ وإذا ثبت أنه لا يجبر على البناء قيل لصاحب العلو إن شئت فابن السفل والعلو من مالك وذلك لأن له في بناء السفل منفعة فصار كالمستأجر للبعير إذا أبدل له علاوة لم يكن لصاحب البعير منعه عن ذلك ∴ وأما قلنا إنه يمنع صاحب السفل من الانتفاع به حتى يرد عليه القيمة لأن العرصة وإن كانت على ملكه فلصاحب العلو فيها مال قائم وهو البناء فلم يكن له الانتفاع بها كثوب لإنسان وقع فيه صبغ آخر فليس لصاحب الثوب الانتفاع به

حتى يؤدي قيمة الصبغ ∴ واختلفت الرواية فيما يرجع به فقال في كتاب الدعوى يرجع عليه بقيمة البناء وقال الخصاف في كتاب النفقات يرجع بما أنفق ∴ وجه رواية الدعوى هو أن العرصة لصاحبها ولصاحب العلو فيها مال فلم يجز له الانتفاع حتى يؤدي قيمة ماله كالثوب إذا كان فيه صبغ لغير مالكه يجب عليه أن يؤدي قيمة ما زاد الصبغ فيه ∴ وجه رواية الخصاف هو أن صاحب العلو مأذون في الإنفاق من طريق الحكم فيرجع بما أنفق كالوصي والأب إذا أنفقا على مال الصغير ❊ قال وكذلك الحائط يكون بين الدارين إذا سقطت لم يجبر واحد منهما على بنائه ولا قسمة عرصته إذا كان لهما عليه خشب حتى يتفقا على قسمة العرصة أما القسمة فقد بينا أنه لا يجبر عليها إذا كان على الحائط خشب ∴ وأما البناء فلا يجبر عليه لأن التخلص من ضرر الشركة ممكن بالتراضي بالقسمة وعلى هذا إذا لم يهدمه أحدهما ∴ فإن هدمه أحدهما أجبره الحاكم على إعادته ❊ فإن طلب صاحب الخشب قسمته وأبى الآخر أجبر على ذلك لأن المنع من ذلك لحق صاحب الخشب فإذا طلبها فقد رضي بإسقاط حقه فصار الحائط كأنه لا خشب عليه ∴ قال وإن بنى الحائط أحدهما ولهما عليه خشب فللباني أن يمنع الآخر من وضع خشبته على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وهذا مثل السفل والعلو ∴ وذلك لأن صاحب الخشب له حق الحمل فإذا أنفق على ملك غيره ليسلم له حقه لم يمنع منه كما ذكرناه في السفل ومنع الآخر من وضع الخشب عليه لأن البناء ملكه فلم يكن للآخر الانتفاع به إلا بعد رد النفقة ∴ وذكر عن أبي يوسف في الإملاء أن السفل في يد صاحب العلو بمنزلة الرهن وهذا إنما عنى به في منع مالكه من الانتفاع به كما يمنع من الانتفاع بالرهن ❊

باب الدعوى في الطريق

قال أبو الحسن رحمه الله وإذا كان لرجل باب من داره في دار رجل فأراد أن يمر في داره من ذلك الباب فمنعه صاحب الدار فله ذلك ولا يستحق صاحب الباب ببابه طريقا في دار غيره إلا أن يأتي بشاهدين يشهدان أنه طريق له ثابت فيها ∴ والأصل في ذلك أنه يدعي حقا في ملك غيره ومن ادعى ما في يد غيره لم يقبل قوله ∴ ولأن فتح الباب في حائطه لا يستحق به حقا في ملك الغير ألا ترى أن كل واحد منهما يمكنه أن يفتح بابا يستطرقه ولا يستطرق ملك غيره ∴ وأما إذا أقاما البينة استحقه لأنه ادعى خلاف الظاهر وأقام البينة ∴ فإن جاء شاهدان يشهدان أنه كان يمر فيها من هذا الباب لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لأن هذه شهادة بيد كانت فلا يتعلق الاستحقاق بها لما قدمناه أن الشهادة بيد كانت لا يتعلق بها الاستحقاق ∴ قال فإذا شهدوا أن له طريقا ثابتا فيها جازت شهادتهم ∴ فإن لم يحدوا الطريق ولم يسموا عرضا ولا طولا ولا حدودا بعد أن يقولوا إن له حقا ثابتا أو طريقا فقد تكلم أصحابنا في هذا الفصل فقالوا هذا محمول على أن الشهود شهدوا على إقرار الخصم بالطريق فتجوز شهادتهم لأن الإقرار بالمجهول جائز ∴ وأما إذا شهدوا بشهادة أنفسهم لم تقبل حتى يبينوا موضع الطريق من الدار ومقداره ❊ ومن أصحابنا من قال إن الشهادة مقبولة في الوجهين لأن الجهالة تؤثر في الشهادة إذا الحكم لا يمكن بالمجهول فإذا أمكن الحكم قبلت الشهادة والطريق موضعه بين الناس ومقداره عرض الباب فصار معلوما ∴ وإن لم يشهدوا فلذلك قبلت الشهادة عليه وهذه الطريقة أشبه بما ذكره في الكتاب ∴ وقد زاد محمد على هذا فقال في الأصل فإن لم يحدوا الطريق فهو أجوز للشهادة لأن الجهالة ترتفع بالشهادة ∴ وقيل في معنى ذلك أن من الناس من قال إن الطريق يتقدر بسبعة الذرع فإذا شهدوا بما دونه أبطل الشهادة وإذا لم يذكروا طريقا مبهما حكم كل حاكم على مذهبه ∴ قال وكذلك لو قالوا مات أبوه وترك هذا طريقا ميراثا له ولم يسموا طوله وعرضه ولا حدوده وذلك لأن الطريق حق يملك بالإرث فإذا شهدوا بانتقال ذلك صارت شهادتهم بالميراث في سائر الأموال والأملاك ∴ قال وإذا كان الميزاب في دار رجل فأراد صاحب الميزاب أن يسيل فيه الماء فمنعه رب الدار فله ذلك حتى يقيم البينة أن له في هذه الدار مسيل ماء وذلك لأن المدعي يدعي حقا في دار غيره فلا يقبل دعواه فيه ∴ ولأن الميزاب في ملك نفسه فلا يستحق به حقا على غيره ∴ وذكر أبو الليث عن المتأخرين من شيوخنا بخراسان رحمهم الله أنهم قالوا يستحسن في هذه المسألة أن كان الميزاب قديما وكان تصويب السطح إلى داره وعلم أن التصويب قديم ليس بمحدث بأن يجعل له حق المسيل لأن هذه علامة شاهدة له بدعواه فإقامة البينة على ذلك تتعذر في العادة ∴ وذكر محمد في كتاب الشرب في نهر في أرض رجل آخر يسيل فيه الماء فاختلفا في ذلك أن القول قول صاحب الماء لأن الماء إذا كان جاريا فهو يد في النهر وتصرف والقول قول صاحب اليد وأما في مسألتنا فالاختلاف وقع وليس في الميزاب ماء فلا بد فيه للمدعي فأما إذا أقام البينة أن له في الدار حقا في التسييل قبلت بينته لأنه أثبت حقا لنفسه في ملك غيره وهذا يتعلق بالرقبة على التأبيد فهو كملك المنفعة وإن أقام البينة فشهدوا أنهم رأوه يسيل فيه الماء فليس هذه الشهادة بشيء ولا يستحق بها شيئا حتى يشهدوا أن له فيها مسيل ماء من هذا الميزاب لأن الشهادة بمسيل كان

كالشهادة بعد كانت فزالت فلا تقبل فان شهدوا انه لما المطر فهو لما المطر وان شهدوا انه مسيل ما الغسل والوضو ولما المطر فهو جايز فان شهدوا ان له مسيلا ولم ينسبوه الى شي مما ذكرنا فالقول قول رب الدار الذي يجحد ذلك مع يمينه فان قال هذا لما المطر فهو كما قال وان قال هو للوضو فهو كما قال بعد ان يحلف على ذلك لان حق المسيل يختلف فان كان لما المطر فهو خاص في زمان مخصوص وان كان للوضو فهو عام في سائر الازمان فان ذكروا مسيلا مطلقا ولم ينسبوه الى شي مما ذكرنا فالقول قول رب الدار الذي يجحد مع يمينه لانهم شهدوا بحق معلوم في نفسه فان كانت الصفة مجهولة فصار كما لو شهدوا انه غصب ثوبا ولم يبينوا صفته ولا قيمته ويرجع الى قول رب الدار لانه المستحق عليه وقد ثبت عليه حق مجهول الصفة فالقول قوله في بيانه قال فان لم تكن للمدعي بينة استحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برى من الدعوى وان نكل لزمه الدعوى وانما وجبت اليمين لاجل انا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة ويصح بذله فان حلف فقد قطع الخصومة بيمينه وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى لان النكول عند ابي حنيفة بذل فهذا حق يصح بذله وعندهما انه قائم مقام الاقرار والاقرار بهذا يصح قال وان كان مسيل ما في قناة فاراد صاحب القناة ان يجعله ميزابا فليس له ذلك الا ان يرضى بذلك اهل الدار التي عليهم المسيل وكذلك ان كان ميزابا فاراد ان يجعله قناة فليس له ذلك الا ان يلون عليه في ذلك ضرر بين لان القناة يسيل الما فيها مع بدن الحايط فاذا جعل مكانها ميزابا سال في وسط الدار ولان القناة لا يفيض الما حول الميزاب فيها والميزاب اذا زاد فيه الما فاض من جانبيه واما الميزاب فلا يجعل قناة لانه يحتاج الى حفر الحايط ليركب فيها القناة وحكي عن ابي الحسن انه قال هذا اذا اختلف الامران واما اذا تساويا في الضرر لم يمنع منه ومن اصحابنا من قال هذا التفصيل موضوع على ان له حق المسيل فاما اذا كان ملك البقعة التي يسيل فيها فله ان يتصرف في ملكه كيف شا ويغيره كيف شا قال وكذلك لو جعل ميزابا اطول من ميزابه او اعرض لانه اذا طول الميزاب جرى الما في غير البقعة التي كان يجري فيها واذا عرضه حمل من الما اكثر مما كان يحمل قال وكذلك لو اراد ان يسيل ما في سطح اخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان حقه ثبت في مقدار معلوم فلا يجوز ان تضموا اليه غيره ويزيدوا فيه قال وكذلك لو اراد اهل الدار ان يبنوا حايطا ليسدوا مسيله لم يكن لهم ذلك لان الحق ثبت عليهم فلا يجوز لهم اسقاطه قال وكذلك لو ارادوا ان يزيلوا الميزاب عن موضعه او يرفعوه او يسفلوه لم يكن لهم ذلك لان هذا تغيير حق عن مكانه الى غيره ومن ثبت له حق بصفة فليس له تغييره عما ثبت عليه قال ولو بنا اهل الدار بنا ليسيل ميزابه على ظهره كان لهم ذلك لان له حق المسيل فلا فرق بين ان يسيل في وسط الدار او على ظهر البنا قال وليس لهم ان يبنوا في ساحة الدار اذا كان لرجل فيها طريق ما يقطع عليه طريقه وينبغي لهم ان يتركوا من ساحة الدار عرض باب الدار ويبنون ما سواه وذلك لانه اذا استغرق العرصة بالبنا ابطل حق الطريق وليس له ابطاله فاما اذا تركوا له مقدار عرض الباب فهذا هو القدر الذي يثبت حقه فيه وما زاد عليه لا حق له فيه فلا يمنعون من البنا فيه

كتاب دعوى النسب

قال ابو الحسن رحمه الله اذا كان العلوق منه في زوجته او امته ثبت نسب الولد منه وان لم تكن له بينة اذا اقر ان العلوق منه وان لم يعلم العلوق منه باقراره فله ان ينفيه عن نفسه باللعان في الزوجة وبالقول في الامة فان كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لم ينتف الولد على حال وان اجتمعا على نفيه والاصل في هذا ان الاسباب التي يثبت بها النسب على ثلثة اوجه بعضها اقوى من بعض اولها النكاح وما في معناه من النكاح الفاسد وشبهة الملك والثاني فراش ام الولد والثالث الوطي بالملك وشبهة الملك فاما النكاح فالنسب يثبت به لقوله عليه السلم الولد للفراش وللعاهر الحجر والفراش هو الزوج ولا ينتفي الا باللعان لان النبي عليه السلم لاعن بين الزوجين والحق الولد بالام فدل على انه ينتفي باللعان ولان النسب اذا ثبت بالفراش فالزوج لا يملك نقل ما تعلق به من النسب بقوله وهذا لا خلاف فيه واما النكاح الفاسد والشبهة فهما في حكم النكاح الصحيح في وجوب المهر والعدة وكذلك في ثبوت النسب واما ام الولد فيثبت نسب ولدها وان لم يدعه كما يثبت نسب ولد الزوجة لانها صارت فراشا بالاستيلاد بدلالة ان الفرقة اذا وقعت بالموت او بالعتق وجبت العدة ولا خلاف في هذا واما الامة فلا يثبت نسب ولدها منه الا بالدعوة وقال الشافعي اذا اقر بالوطي ثبت النسب منه وان لم يدع لنا انها لو صارت فراشا بمجرد الوطي لصارت فراشا بالسبب المبيح للوطي كالنكاح ولانه لو ثبت لها فراش وجب بزواله عدة كذات عدد حامل الولد فلما لم يجب بزواله عدة دل على انه لا فراش لها ولا يقال انه يجب عليها حيضة لان ذلك ليس بعدة وانما هو استبرا الا ترى ان العدة لا تكون الا ذات عدد ولان هذه الحيضة لا تجب لزوال الفراش وانما تجب ليستبيح بها المشتري الوطي واما قوله عليه السلم في ابن زمعة لما قال له عبد احي ولد على فراش ابي هو لك يا عبد الله الولد للفراش وللعاهر الحجر فمعناه لك ملكا وانما الحق بالفراش بدلالة قوله صلى الله عليه وسلم واحتجبي عنه يا سودة فانه ليس باخ لك ولو ثبت

نسبه من ابيها كان اخا لها فلا تحتجب عنه والذي روي جابر بن عبد الله ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه مر على خادم تستقي مع الرجال فقال انها لو جاءت بولد الزمته اباه فيجوز ان يكون الخادم ام ولد بدلالة ان النسب لا يثبت بمجرد الملك وانما يثبت عندهم بسبب غير مذكور وهو الاعتراف بالوطي وعندنا بثبوت النسب وقد روي عن عمر خلاف هذا وروي ان جارية له اتت بولد فادعت انه من عمر فقال اللهم لا تلحق بال عمر من ليس منهم فاعترفت الجارية ان الولد من فلان الراعي وروي ان زيد بن ثابت اتت جاريته بولد وكان يطاها فنفاه وقال كنت اعزل عنها وعن ابي سعيد الخدري نحوه واذا ثبت ان نسب ولدها لا يثبت الا بالدعوى لم يحتج الى نفيه فاما ام الولد فينفي نسب ولدها بقول المولى وذلك لانه يملك نقل فراشها الى غيره بفعله بان يزوجها فكذلك يملك نقل نسب الولد المتعلق به وليس كذلك الحرة لانه لا يملك نقل فراشها بفعله فلذلك لا يملك نقل نسب ولدها واما شبهة الملك فلا يثبت النسب فيها الا بالدعوة لانها معتبرة بالملك كما ان شبهة النكاح معتبرة في النسب بالنكاح فاما اذا اقر بالولد في الوجوه كلها لم يملك نفيه لانه حق ثبت باعترافه فلا يملك الرجوع عنه كالدين ولانه لو اقر بالدين بدلالة انه اذا ثبت لا يلحقه الفسخ فاذا كان الدين المعترف به لا يملك المعترف نفيه عن نفسه فالنسب اولى ولا يقال ان النسب من ولد الزوجة يثبت بالفراش وينتفي باللعان كذلك اذا ثبت باقراره في ام الولد والامة جاز ان ينفيه وذلك لان ثبوت الشي بالاقرار يخالف ثبوته من طريق الحكم بدلالة ان من اقر بعبد في يده لرجل فلم يسلمه اليه حتى استحق من يده ثم ملكه وجب عليه تسليمه الى المقر له ولو ابتاع رجل من رجل عبدا فاستحق من يد البايع ثم ملكه المشتري لم يجب عليه تسليمه الى البايع ان كان دخوله معه في البيع اعترافا له بالملك حكما فدل على ان ثبوت الشي بصريح الاقرار به يخالف ثبوته من طريق الحكم فاما اذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لم ينتف نسب الولد لان النسب ثابت بالفراش وانما ينتفي باللعان واذا تعذر اللعان بقي النسب بحاله واما قوله وان اتفقا عليه فلان النسب حق للولد فلا ينتفي بقول الابوين كما لا يسقط ساير حقوقه بقولهما واما العلوق اذا كان بنكاح فاسد او شبهة نكاح ثبت نسب الولد ولم يجز نفيه على حال وذلك لما بينا ان هذا معتبر بالنكاح الصحيح في ثبوت النسب فلا ينتفي الا باللعان وقد بينا في النكاح ان اللعان لا يثبت في النكاح الفاسد فصار كالنكاح الصحيح فاذا تعذر فيه اللعان لم ينتف منه النسب

باب دعوة اللقيط

قال ابو الحسن رحمه الله اذا كان صبي منبوذ ليس في يد احد فادعاه رجل حر مسلم انه ابنه فهذا استحسان والقياس ان لا يثبت ووجه القياس ان هذا احق بدعيه لنفسه فلا يثبت بمجرد دعواه كساير حقوقه ووجه الاستحسان ان هذه الدعوى في معنى الاقرار لانه اقر على نفسه بحق الحفظ والنفقة واقراره على نفسه جايز ولان في اقراره منفعة للصبي لانه يحتاج الى من يتعاهده ويحفظه وينفق عليه والرجل غير متهم في دعواه فلذلك قبلت دعواه قال ولذلك ان ادعاه رجلان في قول اصحابنا جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال الشافعي نسب الولد لا يثبت الا من واحد لنا ما روي سماك عن حنش ان رجلين وقعا على جارية في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما فاتيا عمر فاختصما في الولد فقال عمر ما ادري كيف اقضي في هذا فاتيا عليا رضوان الله عليه فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منكما وروي عن الشعبي عن ابن عمر ان رجلين اشتركا في طهر امراة فولدت فدعا عمر بالقافة فقالوا اخذ الشبه منهما جميعا فجعله بينهما وعن سعيد بن المسيب ان نفرا من التجار وقعوا على جارية بينهم في طهر واحد فاستبرح حملها فاتوا بها عمر رضي الله عنه فدعا القافة فقال كلهم قد نزل منه فقال لعلي رضي الله عنه اي شي تقول فقال علي ليس الله عليكم يرثونه ويرثهم ولانه نوع نسب لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة ثبت النسب منه فاذا ادعاه وتساويا جاز ان يثبت منهما كالابوين ولانهما تساويا في سبب الاستحقاق فتساويا في المستحق كالملك واما المراتان اذا ادعيا الولد ثبت نسبه منهما وقال ابو يوسف ومحمد لا يثبت ووجه قولهما ما بينا ووجه قولهما ان القياس ينفي ثبوت النسب من اكثر من واحد وانما تركنا القياس لما روينا عن الصحابة فيما سواه يبقى على اصل القياس ثم عند ابي يوسف لا يثبت نسب الولد الا من رجلين وعند محمد يثبت من ثلثة وقد بينا ذلك في موضع اخر قال فان التقط المنبوذ رجل فادعاه فهو ابنه ولا يقبل دعوى غيره فيه اذا كان هو في يده يدعيه مع دعوى غيره معا او قبل دعوى غيره فيه وهو الذي في يديه وذلك لان الذي في يديه اسبق بدعواه فيثبت نسبه منه على ما بينا ودعوى غيره بعد ذلك في ولد ثابت نسبه من غيره فلا يقبل واما اذا ادعياه معا فقد تساويا في الدعوى ومع احدهما يد وقول الانسان فيما في يده مقبول وقول غيره لا يقبل فيه فكان صاحب اليد اولى قال فان ادعاه غير الذي هو في يديه ولم يدع الذي هو في يديه فهو ابن المدعي صدقه الذي هو في يديه او كذبه وكان القياس ان لا تقبل بينة الخارج لانه يستحق بدعواه ازالة يد غيره فلا تقبل كما لو اراد اخذه ليحفظه وانما استحسنوا

لان يد الملتقط يد ضعيفة بدليل ان للحاكم ازالتها وتسليمه الى غيره اذا راى فيه صلاحا ودعوى الخارج فيها زيادة
حق للصغير وهو وجوب الحضانة ويد الملتقط لا يتعلق بها وجوب الحضانة فكان الانفع للصغير اولى وليس
كذلك اذا اراد الخارج اخذه من غير ان يدعي النسب لان اللقيط من جملة المباح الذي يجوز لكل واحد اخذه وامساكه
فمن سبقت اليه يده كان اولى به كساير المباحات من صيود وغيرها ∴ قال واذا سبق الذي هو في يده بالدعوة
او سبق الخارج فهو للمدعي الاول منهما ولا يقبل دعوته فيه بعد الدعوة الاولى الا ان يقوم للاخر بينة انه ابنه
فيكون ابن الذي اقام البينة دون المدعي ∴ فان كان دعوى المدعي قبل البينة فالبينة بينته وتبطل دعوى المدعي
وذلك لما بينا ان السابق بالدعوة ثبت النسب منه فلا يقبل دعوى الاخر منه واما اذا اقام البينة فقد قابلت
البينة الدعوى فالبينة اولى الا ترى ان صاحب اليد في المال محكوم له بحكم الملك فيه من طريق الظاهر فلا يمنع
ذلك من استحقاق عليه بالبينة فكذلك حكمنا بالنسب بالدعوى لا يمنع الاستحقاق عليه بالبينة ∴ قال
وان ادعاه رجلان خارجان ليس اللقيط في يد واحد منهما ووصف احدهما علامة في بدن اللقيط فوجدت العلامة
فيه على ما قال فهو ابن لصاحب العلامة دون الاخر وذلك لان علمه بالعلامة يدل على سبق يده اليه فكان به اولى ∴
ولان العلامة يرجح بها الدعوى بدليل متاع البيت بين الزوجين ∴ ولان مدعي اللقطة اذا وصف علامتها
لزم الملتقط من طريق الدين ان يدفعها اليه فدل على ان الحكم يتعلق بها في الاصول ∴ وكان ابو الحسن
يقول ان وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح بالعلامة لانه ليس الرجوع الى الموافقة
اولى من المخالفة فسقطت ∴ قال وان ادعى احدهما اللقيط وقال هو ابني وهو غلام فاذا هي جارية
فاني لا اصدقه على ذلك ولا اقبل دعواه لانا تبينا كذبه فيما يدعيه والدعوى الكاذبة لا يلتفت اليها ∴ ولو ادعى اللقيط
رجل فقال هو ابني من زوجتي هذه وهي حرة او امة فصدقته المراة فهو بينهما جميعا لان الحق لهما وقد اتفقا
عليه ∴ ولان المراة لا يقبل قولها في النسب لحق الزوج فاذا صدقا ثبت ∴ ولم يبين ابو الحسن اذا كانت
الزوجة امة ∴ اما حكم اللقيط وهي مسألة منصوصة قال ابو يوسف يكون الولد مملوكا لمولى الامة
وقال محمد يكون حرا ووجه قول ابي يوسف ان النسب لما ثبت صار ولدا منه وولد الامة لا يكون حرا
الا باعتاق المولى او بالغرور ولم يوجد هاهنا احدهما فوجب ان يكون رقيقا على حاله ووجه قول
محمد ان العبد يصدق في ثبوت النسب لما للقيط في ذلك من المنفعة ولا يصدق في الرق لانه ضرر عليه
الا ترى ان ذميا لو ادعاه لثبت نسبه منه ولم نصدق على الكفر لانه ضرر عليه كذلك هاهنا ∴ قال فان ادعى
اللقيط امراة انه ابنها وهي حرة او امة لم تصدق على ذلك حتى تقيم بينة انها ولدته ∴ فان اقامت امراة
واحدة على الولادة قبل منها ذلك اذا كانت الشاهدة حرة عدلة وذلك لان المراة اذا ادعت النسب
حملته على صاحب الفراش وقولها غير مقبول في الحاق النسب بغيرها ∴ ولان النسب يثبت منها بالولادة وذلك
معنى يطلع عليه غيرها فلا يثبت بقولها ∴ واما اذا شهدت امراة بالولادة فالولادة تثبت بشهادتها ثم يثبت
صاحب النسب من صاحب الفراش بالفراش ∴ وقال في كتاب اللقطة اذا وجد اللقيط بالكوفة فادعاه رجل
من اهل الذمة انه ابنه فانه لا يصدق في القياس لان اللقيط حر مسلم ولكني استحسن ان يكون ابنه ويكون
مسلما وهذا القياس ليس بقياس الاصل في ان لا يثبت نسب اللقيط بالدعوى وانما هو قياس اخر
ووجهه ان اللقيط الموجود في مصر المسلمين محكوم باسلامه ودعوى الكافر نسبه يقتضي ان يتبعه
في دينه فلا يجوز ان ينقل الاسلام المحكوم به ∴ وانما استحسنوا لان ثبوت النسب فيه نفع وثبوت
الكفر فيه ضرر واحد الامرين ينفصل عن الاخر فيثبت ما فيه نفع للصغير ويسقط ما فيه ضرر عليه وليس
يمتنع ان ينفرد الولد عن ابويه بالدين مثل ان يسبى من دار الحرب فيحكم له باسلامه وان ثبت نسبه
عن كافرين وهذه المسألة على اربعة اوجه ان وجد المسلم لقيطا في مصر المسلمين فهو مسلم في
الروايات كلها وان كان الواجد ذميا ووجده في مكان اهل الذمة كالبيعة والكنيسة او قرية اهل الذمة
فهو على دين اهل الذمة وان كان الواجد مسلما ووجده في مكان اهل الذمة او كان الواجد ذميا ووجده
في مصر اهل الاسلام فقد اختلفت فيه الرواية قال في كتاب اللقيط اذا وجد في مكان اهل الذمة
فهو على دينهم فاعتبر المكان ولم يعتبر الواجد ∴ وذكر ابن سماعة عن محمد ان المعتبر الواجد دون المكان ∴
وان كان اللقيط في زي اهل الاسلام او زي اهل الكفر فالمعتبر الزي دون الواجد والمكان ∴ وجه رواية
كتاب اللقيط في اعتبار المكان ان المعتبر الظاهر والظاهر ان اهل الذمة لا يلقون اولادهم في المساجد ومواضع
المسلمين والغالب ان المسلمين لا يلقون اولادهم في البيع فاعتبر الظاهر من الامرين ∴ يبين ذلك ان لقيطا
في دار الحرب لم يحكم له بحكم الاسلام لان ظاهر البقعة الكفر كذلك هاهنا ∴ وجه الرواية الاخرى
انه اجتمع فيه سببان المكان والواجد واحد السببين يقتضي الاسلام فكان اولى لقوله عليه السلام الاسلام
يعلو ولا يعلى ولقوله عليه السلام المسلمون يد على من سواهم ولهذا لو كان احد الابوين مسلما حكمنا
للولد باسلامه ∴ فان كان الواجد كافرا في موضع المسلمين فلان اللقيط كالتابع للواجد لانه في حكم
المباحات التي تختص بحق من يسبق اليه فيتبع الواجد ∴ وليس يمتنع ان نحكم له بحكم الاسلام اذا انفرد

فاذا كانت عليه يد لم يحكم له بذلك كالمسبي اذا كان معه احد ابويه ∴ واما وجه اعتبار الزي فلان
السيما يستدل بها على الحال قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم ∴ ولان اليهود لهم علامة تختص بهم
وكذلك النصارى ∴ واذا وجد في الصبي زي المسلمين لم يعتبر المكان كالبالغ اذا كان في موضع الكفار عليه زي
المسلمين ومتى كان عليه زي الكفار صار كالكبير اذا كان في دار الاسلام عليه زي الكفار ∴ قال
[illegible] الذمي اذا ادعى اللقيط فان اقام بينة من اهل الذمة لم تقبل وان كانوا من المسلمين قبلت وانما
يعني ان البينة لا تقبل في نقله عن دين الاسلام ∴ واما النسب فيثبت بالدعوى واما لم تقبل البينة لانه
محكوم باسلامه في الظاهر وشهادة اهل الذمة لا تقبل على المسلمين وان كانوا من المسلمين فهو مقبول على جميع
الناس فيثبت النسب ويلحق بالكافر في الدين ∴ وكان ابو الحسن يقول المسألة موضوعة على ان اللقيط في يد مسلم
لا يدعيه ولا تقبل شهادة اهل الذمة في استحقاق يد المسلم وتقبل عليه شهادة المسلمين في استحقاق يده ∴
قال الشيخ ايده الله والصحيح ان يكون الفرق ما ذكرناه لان محمدا ذكر في كتاب الدعوى في اللقيط اذا كان
في يد مسلم لا يدعيه فادعاه مسلم وذمي فاقام المسلم بينة من اهل الذمة والذمي بينة من اهل الاسلام ان المسلم
اولى به [illegible] يستحق اللقيط ببينة اهل الذمة ∴ وقال ابن سماعة في النوادر عن محمد في الرجل يلتقط لقيطة
النصراني قال هو ابنه وهو مسلم وان كان عليه زي الاسلام فاني اجعله مسلما واثبت نسبه من النصراني لان
ذلك لا يضره وهو ينفعه ∴ قال وان كان عليه زي الشرك فهو ابنه وهو نصراني على دينه وذلك
مثل ان يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ووسط راسه محزوز فهو على ما بينا عن محمد ان المعتبر
الزي اذا اختلف حكم الواجد والمكان ∴ قال فان كان اللقيط الذمي نفسه صبيا [illegible] فادعاه
النصراني فانه على دينه وهو ابنه اذا ادعاه ولا انظر في ذلك الى الموضع الذي وجد فيه كان مسجدا
او غيره انما هو من الوقت الذي ادعاه وهذا على ما قدمنا عن محمد ان المعتبر مع عدم دلالة الزي الواجد
دون المكان ∴ وقال في المجرد كتاب اللقطة واذا وجد اللقيط في الكوفة او في مصر من امصار المسلمين
فادرك كافرا فانه يحبس ويجبر على الاسلام لانه وجد في مصر من امصار المسلمين [illegible] ذلك
لانا حكمنا باسلامه بالدار وقد حكمنا له بالاسلام على طريق التبع لغيره فلا يقبل اظهاره الكفر كولد المسلم
اذا بلغ كافرا واذا ادركه مرتدا حبس حتى يعود الى الاسلام [illegible] ∴ قال واذا وجد اللقيط في كنيسة او بيعة او قرية
ليس فيها الا مشرك فانه يترك لاهلها فان ادرك كافرا لم اجبره على الاسلام وذلك لان الدار دار كفر فالظاهر
ان اللقيط من اهلها فاذا بلغ على دينهم لم نعترض عليه ∴ قال فان التقطه مسلم وكان عند المسلم يربيه
ثم ادعاه رجل من اهل تلك القرية من الكفار فاني اجيز دعواه وان مات قبل ان يدعيه لم اصل عليه وذلك
لانا حكمنا له بحكم البقعة فاذا ادعاه [illegible] ولا يصلى عليه
ان مات قبل الدعوى وبعدها لانه محكوم له بالكفر كولد الكافر المعروف ∴ قال واذا وجد الذمي لقيطا
في مصر من امصار المسلمين او قرية من قراهم فكان في يده حتى مات فينبغي للمسلمين ان يصلوا عليه لانه
محكوم باسلامه بوجوده في دار الاسلام فيصلى عليه كاولاد المسلمين ∴ فان وجده في قرية فيها مسلمون
وكافرون فوجده مسلم فكان في يده حتى مات فاني استحسن ان اصلي عليه وذلك لان الغالب على
الدار حكم الاسلام وان كان فيها كفار فوجب ان يصلى عليه ∴ قال في الاصل في اختلاف الدعوى
وان كان الذي ادعاه ذميا والشهود مسلمين اجزت ذلك وان كان الذي ادعاه ذميا والشهود
ذميين واللقيط في يد ذمي وجده في قرية من قرى اهل الذمة او كنيسة او بيعة قبلت الشهادة وهو ولده
لان الذمي اذا اقام شهودا مسلمين جازت لانه يستحق يد المسلمين بشهادتهم فيحكم للمدعي باللقيط
واذا كان الشهود ذميين واللقيط مسلما لم تقبل شهادتهم لان يد المسلم لا تزال الا بشهادة اهل
الذمة وهذا انما يريد به ان الشهادة لا تقبل في اثبات دين اللقيط فاما نسبه فانه يثبت
بمجرد دعوى الذمي على ما بيناه ∴ واما اذا كان في يد ذمي وجده في قرية اهل الذمة قبلت شهادة اهل الذمة
عليه لانها تقبل [illegible] الذمي ∴

باب اختلاف الدعوى في اللقيط

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اقام الرجل شاهدين على اللقيط انه ابنه واقامت امراة شاهدين انه ابنها جعلته ابنهما
لان مقتضى كل واحد منهما لا ينافي مقتضى الاخرى فيثبت النسب منهما وصار ابنه منهما ∴ قال وان ادعى احدهما
انه ابنه وادعى الاخر انه عبده واقاما البينة قضيت به للذي ادعى انه ابنه وذلك لان احدى البينتين تضمنت
النسب والحرية والاخرى تضمنت الرق فاثبات الحرية اولى ∴ واذا اقام احدهما انه عبده ولم يقم الذي ادعى
انه ابنه قضيت به عبدا له لان البينة اذا قابلتها الدعوى فالبينة اولى ∴ فان اقام احدهما البينة انه ابنه
من هذه المراة الحرة واقام الاخر البينة انه ابنه من هذه الامة قضيت به للذي هو الحر وهو ابن الحر والحرة واعتقه
وذلك لان ابن الزوجة الامة رقيق والبينة الاخرى تثبت الحرية فهي اولى ∴ ولو اقام الاخر البينة انه ابنه من
امراة حرة جعلته منهما وابنا للمراتين جميعا في قياس قول ابي حنيفة واما في قول ابي يوسف ومحمد فهو ابن الرجلين

ولا يكون ابن المرأتين الا في هذه المسئلة ۞ اما ثبوت النسب من رجلين فهو قول اصحابنا جميعا وقال الشافعي لا يثبت النسب
من اثنين ويرجع فيه الى قول القافة والاصل في ذلك ما روي ان عمر بن الخطاب كتب اليه في جارية بين رجلين
جاءت بولد فادعياه فقال انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما
وعن علي رضوان الله عليه مثل ذلك ۞ ولان البنوة معنى يتعلق بالارث لا يلحقه الفسخ فجاز ان يثبت
للواحد على اثنين كالابوة والولاء والدليل على انه لا يرجع فيه الى قول القافة ان ذلك من احكام الجاهلية وقد
ذم الله تعالى احكامهم بقوله افحكم الجاهلية يبغون ۞ ولان القايف لا يقبل قوله في اثبات النسب مع قيام
الفراش فلا يقبل مع عدم الفراش كالكافر والفاسق ۞ ولان القايف يرجع الى الشبه والظاهر وهذا
المعنى يشترك فيه جميع الناس وقول غير القايف لا يقبل فيه كذلك قول القايف ۞ واذا ثبت بطلان القول بالقافة
ثبت ما ذكرنا ۞ وقد قال ابو حنيفة على هذا الاصل ان النسب يثبت من ثلثة وما زادوا وان كثروا لانهم
تساووا في سبب الاستحقاق والشيء عنده مما يصح فيه الاشتراك فهو كالاموال ۞ وقال ابو يوسف
لا يثبت من اكثر من اثنين لان القياس عنده ينفي ثبوت نسبه من اكثر من واحد وانما ترك فيه القياس بخبر عمر
فما سواه بقي على اصل القياس ۞ واما محمد فقد قال يثبت نسبه من ثلثة ولا يثبت من اكثر لان المراة قد
تحمل ثلثة اولاد في بطن واحد فيجوز ان يكون كل ولد من واحد واذا اجتمعت الجملة جاز ان يكون الولد الواحد
مخلوقا من مائهم ۞ واما ثبوت النسب من امراتين واكثر فيجوز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز وجه قوله
انهما تساويا في السبب الذي به يستحق كالرجلين فان قيل يجوز ان يخلق من ماء رجلين ولا يجوز ان تلد امراتان
ولدا قلنا عند ابي حنيفة يثبت احكام الولادة لهما من الحضانة والارث وغيره ولا يثبت الولادة وهذه
الاحكام تنفرد عن الولادة فجاز اثباتها ۞ وجه قولهما انه يستحيل ولادة امراتين ولدا واحدا فاذا شهدت
البينة لهما فقد عرفنا كذب احديهما فلا يجوز قبولها ۞ واما الرجلان فيشتركان في الوطي فيجوز ان يخلق
الولد من مائهما ۞ قال فان وقتت كل بينة وقتا معروفا يعرف في الصبي انه على وقت ابيهما جعلته لصاحب الوقت
لان سن الصبي اذا وافق احدي الوقتين ثبت كذب البينة الاخرى فلم يلتفت اليها ۞ واما اذا اشكل السن ولا
يشهد لاحدي البينتين فينبغي في قياس قول ابي حنيفة انه يقضي به للاول وفي قول ابي يوسف ومحمد يقضي به
بينهما وجه قول ابي حنيفة ان السن لما لم يشهد لاحدي البينتين سقط اعتبارها والمثبت للتاريخ الاول
يستحقه من ذلك الوقت ولا منازع له فيه فهو اولى ۞ وجه قولهما ان السن لو وافقه احد التاريخين كان
اولى فاذا اشكل الامر سقط حكم التاريخين فكانهما اطلقا البينة ۞ قال واذا ادعى اللقيط رجلان فاقام احدهما
البينة انه ابنه واقام آخر البينة انها ابنته فاذا هو خنثى فان كان يبول من حيث يبول الغلام جعلته للذي ادعى
انه ابنه وان كان يبول من حيث مبال النساء فهو لمن ادعى انه ابنته وذلك لان الولد لو لم يكن خنثى نظرنا
الى حاله فان كان غلاما قضي للذي يشهد انه ابنه لان الحال اكذبت المدعي الآخر ولو كانت جارية قضي
بها لمدعي البنت لان الحال اكذبت مدعي الابن فاذا كان خنثى وجب اعتبار البول فان كان يبول من احد
السبيلين او كان يسبق بوله من احدهما فان كان من مبال الغلام فهو لمدعي الابن وان سبق من مبال الجارية
فهو لمدعي الجارية ولم يعتبر ابو حنيفة كثرة البول من احد المخرجين واعتبره ابو يوسف ومحمد ۞
قال واذا ادعى اللقيط رجلان ذمي ومسلم جعلته ابن المسلم لان دعواه يثبت الاسلام وفيه منفعة للصبي
لانه يصير مسلما باسلامه فصار يده عليه فكانهما ادعياه وهو في يد احدهما ۞ وكذلك لو ادعته ذمية
ومسلمة كل واحدة جاءت بامراة تشهد بالولادة جعلته للمسلمة لانه يصير مسلما باسلامها فيثبت يدها
عليه فيكون اولى من الكافرة ۞ قال ولو شهد لمسلم ذميان وللذمي مسلمان قضيت به للمسلم
لان بينة كل واحد حجة مقبولة على الآخر فتساويا فالمسلم اولى ۞

باب الاقرار بولد الزنا

قال ابو الحسن رحمه الله واذا زنى الرجل بامراة فجاءت بولد فادعاه الواطي لم يثبت نسبه منه ولم يكن ابنه وهو ثابت النسب
من امه وذلك لقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر يعني لا شيء له ۞ ولان انتفاء النسب عن الزاني حق الله تعالى
فاعترافه به لا يؤثر ولا يفيد ۞ واما الام فالنسب يثبت منها بالولادة وذلك موجود في الزنا وغيره ۞
قال واذا كان للرجل عبد صبي من امة له فادعى رجل انه ابنه من الزنا وصدقه المولى بذلك او كذبه فان
ابا حنيفة قال لا يثبت النسب من هذا ۞ فان ملك الصبي عتق عليه ولم يثبت نسبه وان ملك امه لم يكن
ام ولد له وكان له ان يبيعها وذلك لانه ادعى النسب من جهة لا يجوز ثبوت النسب منها فتصديق المولى
وتكذيبه سواء ۞ واما عتقه اذا ملكه فلانه في حكم جزء منه لانه مخلوق من مائه والانسان لا يملك
اجزاءه ۞ واما الام فلا تصير ام ولد له لان الاستيلاد فرع لنسب الولد لا لجزئيته فاذا لم يثبت النسب لم يثبت
الاستيلاد ۞ قال ولو كان الصبي عبدا لاب المدعي او لعمه او لخاله او لامراته فهو سواء الا في الزنا بجواري
هؤلاء لا يثبت النسب به لانه لا شبهة للواطي في الموطوءة ۞ وان كان له شبهة في الفعل فالنسب
انما يثبت لشبهة في الموطوءة ۞ قال وان كان مولى الصبي ابن المدعي ثبت النسب منه وان كان من الزنا
ويضمن قيمة امه لان وطي الاب جارية ابنه ليس بزنا لان له شبهة ملك في رقبتها وشبهة الملك في
الموطوءة كنفس الملك الا ترى ان شبهة النكاح جعلت كنفس النكاح في ثبوت النسب فاذا كان كذلك
فقد غلط في قوله انه من زنا فيثبت النسب ولا يعتد بقوله ۞ قال وان كان المدعي قال هو ابني ولم يقل من
زنا وهو غير الاب في جميع ما ذكرت لك ثم ملكه فانه يلزمه نسبه ويعتق لانه اقر بالنسب ولم يبين جهته
فالظاهر انه اقر به من جهة يجوز ثبوت النسب منها فحمل قوله على الصحة ولم يثبت النسب في حال الاقرار
لانه لا يملكه فاذا ملكه نفذ اقراره وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد او شراء فاسد او احلها لي او ادعى
شبهة بوجه من الوجوه وكذبه المولى فانه لا يكون ابنه ما دام عبدا ۞ فان ملكه المدعي يوما عتق عليه ۞ وان
ملك امه كانت ام ولد لانه ادعى النسب من جهة يجوز ثبوت النسب منها فلم يقبل فيه لحق المالك فاذا
ملك لم يبق الا حقه نفسه فثبت نسبه منه ۞ قال ولا يجوز دعوة الجد من قبل الام في ذلك لان الاب انما
تقبل دعواه للولاية التي تثبت له في مال ولده في صغره فيستند الى تلك الولاية وحكمها بعد البلوغ ۞
والجد ابو الام لا ولاية له عليه فهو كسائر الاقارب ۞ واما اب الاب فلا تقبل دعواه مع بقاء الاب لانه لا ولاية
له عليه ۞ وان كان العلوق من الجد والاب ميت قبلت دعوته وذلك لان له الولاية عليه فصار كالاب ۞
قال واذا كان للرجل امراة فولدت على فراشه فقال الزوج زنيت بفلان وهذا الولد منه واقرت
المراة بذلك واقر بذلك فلان فان نسب الولد ثابت من الزوج صاحب الفراش ولا يصدق واحد منهما
على نفي الولد ۞ قال وكذلك لو كانت امة تزوجها او كان النكاح فاسدا لان الولد المولود على الفراش
يثبت نسبه فاذا تصادقا على نفيه فقد اسقطا حق الولد عن النسب فتصادقهما فلم يجز ۞ قال ابو حنيفة
لو ان رجلا تزوج امراة لا تحل له فاغلق بابا وارخى سترا فرق بينهما ولا يكون لها عليه مهر فان جاءت بولد لستة
اشهر منذ تزوجها ثبت نسبه منه وعليه المهر ۞ وكذلك لو جاءت به لستة اشهر منذ اغلق الباب وارخى
الستر وذلك لان النكاح الفاسد سبب لثبوت النسب كالنكاح الصحيح وقد ثبت النسب في النكاح الصحيح
لستة اشهر كذلك في الفاسد ۞ واما المهر فلا يجب في العقود الفاسدة الا بالتسليم وذلك انما يكون
بالوطي ۞ واما الخلوة فانها توجد وهناك منع من جهة الله تعالى فلا تصح الخلوة ولا يثبت بها المهر ۞ فان
قيل النكاح الفاسد لا يتعلق به حكم ما لم ينضم اليه الدخول بدليل انتفاء المهر وتحريم المصاهرة
قلنا النسب لا يثبت بنفس العقد وانما بالعقد يثبت شبهة الفراش فيثبت به النسب لذلك ۞
ويصير الوطي محكوما به لثبوت النسب فلذلك يجب المهر ويثبت النسب باسباب ضعيفة الا ترى انه
يثبت بالاملاك من المولى وان لم يتعلق به حكم الاباحة فجاز ان يثبت ايضا بشبهة العقد ۞ فاذا ادعى الرجل
الصبي في يد امراة فقال هو ابني من زنا وقالت المراة هو من النكاح لم يثبت نسبه منه ۞ فان قال بعد
ذلك هو من نكاح ثبت نسبه لانه اقر بجهة لا يثبت منها النسب وادعت هي عليه النسب فلم تقبل قولها
فاذا عاد الى تصديقها فقد تصادقا على النسب فيثبت ۞ وكذلك لو قال رجل لصبي في يد امراة هو ابني من
نكاح منك وقالت هو ابنك مني من الزنا لم يثبت نسبه منه ۞ فان قالت بعد ذلك هو ابني منك من نكاح
ثبت نسبه لانه ادعى نسب ولدها ولم تصدقه على ذلك لان النسب لا يثبت من الزنا فلم تصدق عليها
بدعواه ۞ فان عادت الى تصديقه فقد اجتمعا على ثبوت النسب فثبت ۞

باب البينة على دعوى الولد

قال واذا كان غلام قد احتلم ادعى على رجل وامراة انه ابنهما فجحدا ذلك فاقام عليهما البينة انهما ابواه وان
هذه المراة ولدته من هذا الرجل على فراش وادعى الرجل الآخر وامراته ان هذا الغلام ابنهما واقاما البينة
على ذلك فاني اثبت النسب للغلام من الاب والام اللذين ادعاهما الغلام وابطل نسبه من الاب والام اللذين
انكرهما الغلام وذلك لان الغلام في يد نفسه وقد قامت البينة على الولادة واقام الخارجان البينة عليه فصار
كدعوى النتاج اذا تعارض فيه بينة صاحب اليد والخارج ۞ قال ولو كان الغلام نصرانيا فاقام شاهدين
من المسلمين على رجل من النصارى وامراة من النصارى انه ابنهما ولدته هذه المراة على فراش هذا الرجل
وادعى مسلم وامراته مسلمة انه ابنهما ولدته هذه المراة على فراش هذا الرجل المسلم واقام على
ذلك بينة من المسلمين فاني اقضي به للنصراني والنصرانية وذلك لان البينتين تساويا والغلام في يد نفسه
فبينته اولى من بينة الخارج ولا يقال ان بينة المسلمين تقتضي اسلامه وبينة النصراني تقتضي كفره فبينة الاسلام
اولى ۞ وذلك لان اليد والاسلام اذا تعارضا فاعتبار اليد في النسب اولى لان اليد بانفرادها يستحق بها
والاسلام لا يستحق به ۞ قال ولو كانت بينة الغلام نصارى اخذت بينة المسلمين وقضيت به للمسلمين
واجبرته على الاسلام وابطلت بينة النصارى لان شهود الغلام لا يقبل قولهم على المسلمين فسقطت بينته
فكانه ادعى وقابلت دعواه البينة فالبينة اولى ۞ قال ولو ان غلاما قد احتلم اقام البينة انه ابن فلان

ولد على فراشه من امته فلانه والرجل حي يجحد ذلك ويقول عبدي ولد من امتي هذه زوجتها عبدي فلانا
فولدت هذا الغلام منه واقام على ذلك بينه والعبد حي يدعي ذلك ويقول ابني من امراتي فانه ابن العبد وذلك
لان الغلام يدعي النسب بفراش الملك والعبد يدعي النسب بفراش الزوجيه وفراش الزوجيه اقوى الا ترى ان
المولى اذا زوج امته فجات بولد فادعياه كان دعوى الزوج اولى ∴ ولان فراش الزوجيه لا ينتفي النسب فيه بقوله
وفراش الملك ينتفي بقوله فيه النسب فكان فراش الزوجيه اقوى فهو اولى ∴ ولو ادعى الولد انه ابن العبد
من هذه الامه واقام بينه على ما ذكرنا فاقر العبد بذلك وادعى المولى انه ابنه جعلته ابن العبد واعتقته
لان فراش النكاح اقوى على ما ذكرنا ويعتق بدعوى المولى النسب لان دعواه تضمن النسب والحريه واحدهما
ينفرد عن الاخر فاذا ابطل النسب ثبت الحريه ∴ قال ولو كان العبد ميتا والمسله على حالها فاقام الغلام بينه
على ذلك واقام ورثه المولى بينه على ما ذكرنا في اول الكتاب فان الغلام منه فاني اثبت نسبه من المولى واجعله
ابنه واورثه منه ولا اجعله ابن العبد وانما عني بهذا ان الغلام اقام البينه انه ابن المولى واقام ورثه المولى البينه
انه ابن العبد والعبد ميت فبينه الغلام اولى لان الورثه ليسوا بخصوم للعبد الميت في اثبات النسب له فسقط بينتهم
وبقيت بينه الغلام بلا معارضه فهي اولى ∴ قال ولو مات الرجل وترك مالا كثيرا واقام غلام قد احتلم بينه
انه ابن الميت من امته فلانه وانه قد كان ملك فلانه قبل ان تلده وان الميت اقر انه ابنه وانها ولدته في ملكه
ومثله يولد لمثله واقام رجل اخر البينه ان هذا الغلام عبده وان امه امته زوجها عبده فلانا فولدت هذا الغلام على
فراشه والعبد حي يدعي ذلك او ميت فان كان حيا يدعي قضيت له بالنسب واقضي بالامه ان كانت حيه للمدعي ∴
وان كان العبد ميتا اثبت نسب الغلام من الحي وورثته منه وجعلت امه ام ولد وذلك لان العبد اذا كان حيا فهو
يثبت فراش النكاح وذلك اقوى من فراش الملك فكان اثبات النسب منه اولى ∴ وان كان ميتا فلا مدعي للبينه التي
اقامها الورثه فسقطت وبقيت بينه الغلام على ثبوت النسب من الحي فيقضى بها ∴ قال واذا كان
الغلام وامه في يد رجل فادعاه اخر واقام بينه ان هذه الامه ولدت هذا الغلام منه وفي ملكه واقام الذي هو
في يده البينه انها منه ولدت هذا الغلام منه وفي ملكه وعلى فراشه والغلام صغير لا يتكلم او قد احتلم ومثله يولد
لمثله وهو يدعي انه ابن الذي هو في يديه فاني اقضي به للذي هو في يديه وذلك لان البينتين تعارضتا على الولاده
فبينه صاحب اليد اولى ∴ وان كان يدعي انه ابن الاخر فاني اقضي بالامه والغلام للمدعي لان الغلام في يد نفسه
وبينته اولى من بينه الذي في يده الجاريه وصار كبينه صاحب اليد والخادم ∴ قال واذا كانت الحره لها ابن وهما في
يد رجل فاقام اخر البينه انه تزوجها فولدت هذا الغلام منه على فراشه واقام الذي في يديه البينه انه تزوجها
وانها ولدت هذا الغلام منه على فراشه والغلام يتكلم ويدعي انه للذي هو في يديه وانه اباه فاني اقضي بالمراه وبالولد
للذي هو في يديه واجعله اولى بالنسب والدعوه وذلك لان الغلام اذا كان يتكلم فهو في يد نفسه فالبينه التي يدعيها
اولى ∴ ولو كان الذي في يديه من اهل الذمه وشهوده مسلمون والمراه ذميه قضيت بالمراه والولد الذي هما
في يده لان بينته تقبل على المسلمين وهو في يد نفسه فيقضى له به ∴ فان اقام المدعي البينه انه تزوجها
في وقت واقام الذي في يده على وقت دونه فاني اقضي بها للمدعي لان النكاح الثاني حصل وهي تحت زوج
فهو فاسد وفراش النكاح الصحيح اولى ∴ قال ولو ان رجلا في يديه امراه وولد فاقام البينه انها
امراته تزوجها وولدت على فراشه واقام الاخر البينه انها امته ولدت منه هذا الغلام في ملكه وعلى
فراشه فاني اقضي به للزوج واثبت نسبه منه الا ان يشهد الشهود انها غرته من نفسها فان لم يشهدوا
بذلك جعلت الامه وابنها مملوكين للمدعي واثبت نسبه من الزوج واعتقت الولد باقرار المدعي انه ابنه
ولجعل امه بمنزله ام الولد وذلك لما قدمنا ان فراش النكاح والملك اذا اجتمعا ففراش النكاح اولى ∴ قال
ولو ان رجلا في يديه امه لها ولد فاقام اخر البينه انها ام ولد له ولدت على فراشه وابوه ميت وشهدوا انها
ولدته في ملكه وشهد الشهود الاخرون انها امة الذي في يديه ولدت في ملكه وعلى فراشه وانه ابنه
قضيت بالولد للميت الذي ليس في يديه وجعلت الامه حره وولاه للميت وذلك لان البينتين تعارضتا في ملك الام
فبينه الخارج اولى ولان بينه الابن تثبت حريه ام الولد لانها عتقت بموت ابيه وبينه الاخر تثبت رق ام الولد فبينه
الحريه اولى ∴

باب الاستحلاف على الدعوى

قال ايده الله هذا الباب ابتدا فيه بما يستحلف فيه وما لا يستحلف وقد بينا الخلاف في النكاح وذكرنا ان عند
ابي حنيفه لا يستحلف في النكاح والرجعه والفي في الايلا والنسب والرق والاستيلاد والولا وعند ابي يوسف
ومحمد يستحلف في جميع ذلك واجمعوا انه لا يستحلف في الحدود واللعان وذلك لانه من احكام القذف
والحد وكل ما لا يستحلف فيه لا يصح بذله والنكول بذل وانما يحكم فيه بالبينه او بالاقرار ∴ قال فان كانت
الدعوى في النسب فان اقر الرجل يجوز بالابن والاب والزوجه والمولى وذلك لان الرجل اذا اقر بالاب
او الزوجه فهو حق يلزمه نفسه واقرار الانسان على نفسه مقبول وكذلك اذا اقر بالولا واذا اقر
بابن فهو معنى يلزمه نفسه دون زوجته لانه يملك استحقاق النسب من غيرها ∴ واما المراه اذا اقرت

بالولد لم تقبل الا بعد اقامة البينه على الولاده لانها تلزم زوجها حقا باقرارها واقرار الانسان لا يقبل على غيره
ولانه لا يخلو اما ان يكون لها زوج معروف فهو يلزمه النسب او غير معروف فيجوز ان يظهر لها زوج وقد
قالوا ان من شرط الاقرار بالنسب ان يكون مدعي الابن يولد مثله لمثله والمدعي الاب يولد له مثله وان يكون المدعى يصدق
المدعي في دعواه ولا يكون للمدعى نسب معروف ∴

باب دعوى الولد بعد العتق

قال ابو الحسن رحمه الله واذا اعتق الرجل عبدا صغيرا ثم ادعى انه ابنه وقد ولد عنده
او لم يولد فان ابا حنيفه قال هو ابنه وان كان كبيرا فاقر بذلك فهو ابنه وان جحد لم يكن ابنه وذلك
لانه اذا كان صغيرا فهو في يد الرجل فقوله مقبول فيه واذا كان كبيرا فهو في يد نفسه فيرجع الى تصديقه ∴
قال واذا كانت مدبره بين رجلين جات بولد فادعى احدهما الولد فان ابا حنيفه قال نسبه ثابت منه ويضمن
نصف قيمته مدبره ونصف عقر امه ∴ فان مات ابو الولد وحده عتق نصيبه من الام من جميع المال وسعت
للاخر في نصف قيمتها مدبره ولو لم يمت ابو الولد ومات الاخر عتق نصيبه من الثلث وعتق نصيب ابو
الولد ∴ اما جواز الدعوه في المدبره المشتركه فكان القياس ان لا يجوز دعوه احدهما لان ولا الولد ثابت لهما
بالتدبير فاذا ادعى احدهما انه ابنه فقد زعم انه حر الاصل فيريد ان يسقط الولا الثابت والولا لا يلحقه الفسخ ∴
واما الاستحسان فلان الولا والنسب يجوز ان يجتمعا الا ترى ان الرجل يشتري ابنه فيعتق عليه ويكون ولاوه
له ونسبه ثابت منه واذا جاز اجتماعهما لم يمنع الولا الثابت من الدعوه ويجب العقر لانه اعترف بوطي مدبره
غيره والوطي في ملك الغير اما ان يتعلق به مهر او حد وقد سقط الحد للاشتراك في الجاريه فثبت
نصف العقر ولا يصير ام ولد لان الاستيلاد يثبت في الجاريه المشتركه لانتقال نصيب شريكه الى شريكه
وام الولد لا يصح نقل الملك فيها الى احد ويجب نصف قيمه الولد لانه اتلفه على شريكه بدعواه ∴ ومن
اتلف ولد المدبره ضمنه وليس هذا كالامه المشتركه لان هناك يثبت الاستيلاد في الام وينتقل
الملك فيها بالعلوق ولا قيمه للولد في ذلك الوقت وفي مسالتنا لا تنتقل الجاريه فيحدث الولد على ملك
الشريك فاذا اتلفه بدعوته ضمن نصف قيمته ويضمن قيمته مدبرا لانه اتلفه ناقصا بالتدبير ثم
قد صار نصف هذه الجاريه ام ولد ونصفها مدبره ∴ فان مات مدعي النسب عتق نصيبه من جميع المال
كما تعتق ام الولد المنفرده ولا يضمن المولى لان العتق وقع بموته من طريق الحكم فكان لشريكه ان يستسعي
لان الضمان اذا تعذر في عتق العبد المشترك كان للشريك السعايه ∴ واما اذا مات المولى الذي لم يدع عتق
نصيبه من الثلث لانه مدبر ويعتق نصيب الاخر بغير سعايه لان ام الولد اذا حصلت في يد نفسها بالحريه
فلا سعايه عليها فكذلك اذا حصل جز منها ∴ قال ولو لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولدا اخر فادعاه
الاخر فهو ابنه وهو ضامن لنصف العقر وايهما مات عتقت الامه كلها وذلك لان نصيب الاخر على ملكه
فاذا ادعاه الولد كان حكمه فيه حكم الاول فثبت النسب منه وصار نصيبه منها ام ولد وام الولد المشتركه
تعتق بموت احد الشريكين بغير سعايه على ما بينا انها اذا حصلت في يد نفسها بالحريه عتقت بغير شي ∴
قال واذا كان عبد صغير بين اثنين فاعتق احدهما ثم ادعاه الاخر فهو ابنه في قول ابي حنيفه ∴ ونصف
ولايه للاخر وان كان ولد عندهما او لم يولد فهو سوا وذلك لان من اصل ابي حنيفه ان العتق يتبعض
فاذا اعتق احدهما فنصيب الاخر على ملكه فدعوته فيه جايزه ∴ فاما على قولهما فقد عتق كله بعتق
شريكه فاذا ادعى الاخر فقد ادعاه ولا ملك له فيه ولا يد فلا يقبل قوله ∴ واما اذا كان كبيرا فادعاه
الذي اعتقه رجع فيه الى تصديقه لانه صار بالحريه في يد نفسه ∴ فاما من لم يعتق فدعوته
جايزه عند ابي حنيفه لان نصيبه على ملكه فهو في يده فدعوته فيه جايزه ∴

باب دعوه الولد بعد البيع

قال واذا باع الرجل جاريه من رجل وقبضها المشتري او لم يقبضها حتى ولدت ولدا لاقل من سته اشهر منذ باعها فادعى
البايع ان ولد الجاريه ابنه فهو مصدق على ذلك ويثبت نسب الولد منه وتكون الجاريه ام ولد البايع ويبطل البيع
فيها وفي ولدها ويرد البايع الثمن على المشتري ان كان قبضه وان لم يكن قبضه بطل عن المشتري وذلك
لان الدعوه على ضروب منها دعوه الاستيلاد وهي هذه وصفتها ان يكون ابتدا العلوق في ملك المدعي وحكمها
انها كالحر فيما يوثر في ابطال حق الغير ∴ والاصل في جوازها ان ابتدا العلوق اذا كان عند البايع استندت
دعوته الى العلوق فصار ذلك شاهدا على دعواه فكانه ادعى ثم باع ∴ وقد قالوا ان دعوه الاستيلاد توثر
في ابطال حق الغير الا ان الجاريه المشتركه اذا علقت في ملك احد الشريكين فادعى احدهما ضمن نصف
قيمتها لشريكه ولم يضمن من قيمه الولد شيا وان كان ابتدا العلوق قبل ملكهما ضمن نصف قيمتها وضمن نصف
قيمه ولدها فدل على ان دعوه الاستيلاد الموثره في اسقاط الشريك من نصف الولد فكذلك توثر هاهنا في اسقاط
حق المشتري واسقاط ملكه ∴ واذا صحت الدعوه ثبت النسب والاستيلاد فكانه باع ام ولده فينفسخ البيع
فيها فيرد الثمن لان سلامه الثمن موقوفه على سلامه المبيع ولم يسلم ∴ قال ولو كان الولد خرج من ملك المشـ

علي وجه من الوجوه ببيع وغيره فدعوة البايع فيه جايزة وذلك لان تاثير دعوة الاستيلاد في حق المالك الثاني كتاثيرها في حق المشتري الاول ؛ واذا استحق ملك الاول بالدعوة كذلك ملك الثاني ولو كان المشتري اعتق العبد او مات في يده او انه قتل فاخذ قيمته ثم ادعاه البايع والمسئلة بحالها فدعوة البايع باطلة والام امة المشتري على حالها وذلك لان المشتري اذا اعتق فقد حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ فلا يجوز فسخ الملك فيه بالدعوة ولهذا قلنا ان دعوة الاستيلاد كالحرية فيما يوثر في ابطال حق الغير ولم نجعلها صريح الحق كالبينة لانها لو كانت كذلك لبطل بها العتق ولم نجعلها كالدعاوي لانها لو كانت كذلك لم يستحق بها ملك المشتري فلم يبق الا ان نجعل واسطة بين الامرين فان كان الولد بحاله لم يحدث فيه ما يلحقه الفسخ ثبتت الدعوة كما يقبل البينة وان حدث ما لا يلحقه فسخ لم تنفذ الدعوة كما لا تنفذ الدعوى ؛ واما اذا مات الولد او قتل فقد تعذر اثبات النسب فيه لان الحقوق لا تثبت للميت ابتدا ولا عليه فلا تقبل الدعوة وتكون الامة بحالها لان الاستيلاد فرع لثبوت النسب واذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد ۞ وكذلك لو كان المشتري اخرج ام الولد من ملكه الي ملك غيره فاعتقها الذي هو في ملكه او مات عنده لما قدمنا انه حدث فيه ما يمنع من فسخ الملك فيه ۞ وكذلك لو دبره المشتري او الذي انتقل اليه لان التدبير لا يلحقه الفسخ فهو كالعتق ؛ واما اذا باعه المشتري او رهنه او اجره او جري ذلك من مالك ملكه المشتري ثم ادعاه البايع فان ذلك كله ينقض ويثبت النسب من البايع ويكون الولد ابنه والجارية ام ولده لان هذه المعاني يلحقها الفسخ فهي كالملك الذي يلحقه الفسخ فكما ينفسخ الملك بالدعوة فكذلك هذه العقود تنفسخ ؛ قال ولو كان المشتري اعتق الام ولم يعتق الولد فادعاه البايع جازت الدعوة في الولد ولم تجز في الام وفسخ البيع في الولد دون الام وكان على البايع حصة الثمن للولد اذا قسم الثمن على الام قيمتها يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد وكذلك لو كان المشتري دبر الام وذلك لان الولد باق بحاله لم يحدث فيه ما لا يلحقه فسخ فجازت الدعوة فيه ؛ واما الام فقد حدث فيها ما لا يلحقه الفسخ فلم تجز الدعوة فيها ؛ ولانها عتقت فلو جازت الدعوة فيها لعادت ام ولد ولا يجوز ان يرد من اعلي الامرين الي ادون الحالين بالدعوي وانما لم يرد عتقها في دعوة الولد لان النسب يجوز ان ينفرد عن الاستيلاد كولد المغرور فلم تكن فلم يكن الاستيلاد مانعا لثبوت النسب ولان الاستيلاد فرع وثبوت النسب اصل وتعذر الفرع لا يبطل حكم الاصل وليس كذلك اذا اعتق الولد لانا لو اثبتنا الاستيلاد لافردناه عن النسب والاستيلاد لا ينفرد عن النسب ولانه فرع فلا يثبت حكمه مع عدم الاصل وانما وجب على البايع رد حصة الولد وحصة الام لانه استحق الولد على المشتري وسلمت الام له وما سلم له لا يرجع عليه ببدله وما استحق عليه رجع بحصته ۞ فان قيل الولد لم يقع عليه العقد ولا التسليم الموجب له فكيف يكون له حصة قلنا انما انفرد الولد بالحكم عن الام صار له حصة بانفراده فكانه كان موجودا في يد البايع وانما قسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم ولد لان الام ملكت بالعقد فاعتبرت قيمتها يوم العقد والولد صارت له قيمة بالولادة فيعتبر حاله عند اول ما امكن تقويمه ۞ قال ولو كانت الام ماتت ثم ادعى البايع الولد فهو مصدق في الدعوة ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يرد حصة الولد لما بينا ان ثبوت النسب فلما بينا ان تعذر الاستيلاد لا يمنع من ثبوت نسبه ؛ واما قيمة الام فعلى قول ابي حنيفة انه في زعم البايع انها ام ولده ولا قيمة لها اذ ام الولد عنده لا تضمن باليد وعلى قولهما لها قيمة فلما قبضها المشتري وبلغت في يده وجب عليه ضمانها باليد فيرجع بحصة الولد خاصة ؛ قال ولو كان المشتري كاتب الام او رهنها او زوجها ثم ادعى البايع جازت دعوته وتنقض ذلك كله لانه مما يلحقه فسخ فيبطل بدعواه الاستيلاد كالملك ۞ قال ولو قطعت يد الولد في يد المشتري واخذ ارشها ثم ادعى البايع فان دعوته جايزة ويثبت نسب الولد ويرد الي البايع والام معه ولا يرد الارش الي البايع ويكون للمشتري ويرد البايع الثمن الا حصة ارش اليد وذلك لان العضو المنفصل لا يمكن اثبات النسب فيه منه فلم ينفذ فيه الدعوة وسقوطه في الطرف لا يمنع ثبوته في الاصل فثبت النسب وكان الارش للمشتري وسقط عن البايع حصة ذلك لانه قد سلم له من جملة المبيع ؛ قال واذا باع الرجل جارية وقبضها المشتري ثم ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر منذ وقع البيع فادعاه المشتري ثبت نسبه بالملك وان كان العلوق في ملك البايع وذلك لان دعوة المشتري دعوة ملك وصفة دعوة الملك الا ان يكون العلوق في ملكه وحكمها ان يكون كالعتق الموقع فكل موضع نفذ العتق نفذت الدعوة وكل موضع لم ينفذ العتق لم تنفذ الدعوة والمشتري مالك للعتق فصحت دعوته فانما اعتبرنا دعوة الملك بالعتق لانها تتضمن الحرية ولا تستند الي امر سابق فهي كايقاع الحرية ۞ قال فان ادعاه البايع بعد ذلك لم تقبل دعوته وكان ابن المشتري وذلك لان النسب ثبت من المشتري وهو معنى لا يلحقه الفسخ ۞ وقد بينا ان دعوة الاستيلاد لا تقبل اذا احدث في الولد ما لا يلحقه فسخ الا ببينة او ما في معناها ؛ قال ولو ادعاه البايع والمشتري معا فهو ابن البايع لان تسبق دعوة المشتري لان دعوة البايع تستند الي امر سابق وهو العلوق ودعوى المشتري لا تستند فاذا انشا في الوقوع كانت دعوة البايع اقدم في المعنى فكانه اسبق بالدعوة فكان اولي ؛ قال ولو ولدت الولد لاكثر من ستة اشهر لم تجز دعوة البايع فيه ابدا

الا ان يصدقه المشتري في دعواه ودعوة المشتري فيه جايزة سوا تقدمت على دعوى البايع او تأخرت او كانا معا الا ان يدعي المشتري بعد ما صدق البايع فحينئذ لا يصدق وذلك لان دعوة البايع ههنا دعوة ملك لانا لا نعلم ان العلوق كان في ملكه لجواز حدوثه في ملك المشتري ودعوى المشتري دعوة استيلاد فهي اولي ۞ ولان دعوة البايع اذا كانت دعوة ملك فهي كعتق موقع وعتقه لا ينفذ في هذه الحالة ۞ وانما قلنا دعوته تقبل اذا صدقه المشتري لان النسب يجوز ان يكون كما قال وانما لا يصدق لحق المشتري فاذا صدقه فقد رضي بما نفي لاجل حقه فجاز ؛ فان ادعى المشتري بعد تصديق البايع لم تجز دعوته لان النسب ثبت من البايع وزال ملك المشتري فلا تقبل دعوته في ابطال نسب ثابت ۞

باب دعوة التوأم

قال واذا حبلت الامة عند الرجل فباعها فولدت عند المشتري ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر جميعا او احدهما فهو سوا ؛ فان ادعى البايع احدهما او كليهما فان ابا حنيفة قال دعوته جايزة ويلزمه الولدان جميعا وذلك لان نسب احدهما شاهد على نسب الاخر الا ترى انهما حمل واحد ولا ينفرد نسب بعض الحمل عن بعض كالولد الواحد واذا كان ذلك ثبت نسبهما بدعوة احدهما ۞ واما قوله اذا جاءت بهما لاقل من ستة اشهر او احدهما فصحيح لانهما حمل واحد فاذا وضعت احدهما لاقل من ستة اشهر علمنا ان العلوق كان في يد البايع والثاني يتبعه ۞ وان كان لاكثر من ستة اشهر والاخر لاقل فكانهما جميعا لاقل من ستة اشهر ؛ فان كان المشتري اعتق احدهما قبل دعوة البايع جازت الدعوة فيهما ونقض عتاق المشتري ويرد الام والولدين الي البايع وذلك لان نسب احدهما شاهد على نسب الاخر فصار كشهادة الشاهدين بنسبه فيبطل بها العتق واذا ثبت النسب فيهما ثبت الاستيلاد في امهما لان الدعوة تستند الي العلوق فكانه ادعى قبل البيع فان قال ان كان المشتري اعتق الام جاز عتقه ولم ترد الي البايع رقيقا بعد العتق وكذلك لو كان دبرها وذلك لان النسب في الولد ينفرد عن الاستيلاد في الام على ما قدمنا فلم يكن ثبوت النسب شاهدا على الاستيلاد فلم يجز فسخ العتق فيه ؛ ولان المشتري اذا اعتق احد الولدين فسخنا عتقه ورددنا الولد الي البايع وجعلناه حر الاصل ولم ننقله من اعلي الحالتين الي ادونهما فلو فسخنا العتق في الام وجعلناها ام ولد رددناها من اعلي الحالتين الي ادناهما وهذا لا يصح ؛ قال ولو كان البايع باع احد الولدين فاعتقه المشتري ثم ادعاه البايع جازت دعوته وبطل اعتاق المشتري لان ثبوت نسب احدهما شاهد على الاخر كالبينة فيفسخ بها العتق كما ينفسخ بالشهادة ۞ قال وان كان جني على احد الولدين جناية فاخذ المشتري ارشها ثم ادعى البايع الولد الذي في يده كانت دعوته فيهما جايزة وكان ارش الجراحة للمشتري على ما بينا ان شهادة احد الولدين كقيام البينة ؛ ولو اقام بينة على الدعوة قبل البيع استحق الارش كذلك ههنا ولو قتل احدهما ثم ادعاهما البايع ثبت نسبهما منه وتكون قيمة المقتول لورثة المقتول ؛ ويصدق المدعي على القيمة لما بينا ان النسب ثبت في الباقي منهما ويصير ذلك شاهدا على نسب الميت فيثبت كما يثبت بالبينة فكانه قتل حرا فيكون ارشه لورثته ۞ واما قوله ويصدق البايع على القيمة فقد قال في موضع لا يصدق وليس هذا بخلاف وانما اراد ان البايع يصدق على القيمة بمعنى انها تكون للورثة وتنتقل عن ملك المشتري والذي قال لا يصدق انما اراد به انه لا يصدق على نقل القيمة الي الدية لان ثبوت النسب اصله الدعوي ولا يجوز ان تصير الدعوي كالبينة من جميع الوجوه فلو اوجبنا الدية لسوينا بين الدعوي والبينة فلذلك لم يصدق البايع على نقل الضمان ؛ قال وكذلك لو كان المشتري اعتق احدهما ثم قتل وترك ميراثا فاخذ ديته وميراثه بالولا ثم ادعى البايع الولدين جميعا فانه يقضي بالحي وامه للبايع والحق نسبه ونسب المقتول به ويصدق على الدية وعلى الميراث الذي وجب للمشتري وذلك لان دعوته لاحد الولدين جايزة ولا يجوز ان ينفك عن الاخر ثبت نسبهما واستند ذلك الي ما قبل البيع فاستحق الميراث والدية ؛ قال ولو كان لم يقتل ولم يمت صدق عليه ورجع النسب الي البايع وبطل ولا المشتري وذلك لان النسب ثبت بسبب سابق وصار شاهدا على نسب المعتق فيبطل العتق ويزول الولا ۞

باب دعوة الحميل

فسر محمد في الاصل الحميل بالسبي في الرقيق المحمول من دار الحرب والصحيح ان الحميل كل من اقر بنسب يحمله على غيره فاقراره غير مقبول سوا كان ذلك في السبي او من غيره ؛ ومن اقر بنسب لا يحمله على غيره فاقراره مقبول سوا كان من السبي او من غيره فلا معنى لتخصيص ذلك باهل الحرب ؛ وانما ذكر ذلك لان الغالب ان انسابهم تشتبه لتعذر اقامة البينة عليها ولا حكم فيهم وفي اهل دارنا سوا ؛ قال الشيخ وجملة ذلك ما بينا فيما مضى ان اقرار الرجل يجوز بالابن والاب والزوجة والمولي ولا يجوز بغير ذلك واقرار المراة يجوز بالاب والزوج والمولي ولا يجوز بما سواهم وانما كان كذلك لان ما سوى هؤلا

من القرابات لا يثبت نسبهم من المقر لا بعينه ثبوته من غيره وهو غير مصدق على اثبات النسب من غيره الى الغير المنسب الذي يجوز اقراره به ان كان الذي عليه كبيرا وقعت الدعوة على تصديقه لان الحق لهما فثبت بتصادقهما ولا يثبت بقول احدهما وان كان المدعى عليه صغيرا وهو بيد المدعي ثبت نسبه كالملتقط ودعوة المدعي جائزة لانه لا قول للصغير في نفسه … [illegible]

باب دعوى العبد التاجر

قال اصل هذا الباب ان العبد التاجر في اكسابه شبهة ملك لان من القضاة من يقول انه يملك ما بيده واصل هذا الخلاف ان يوجب شبهة وشبهة الملك كنفس الملك في اثبات النسب فاذا ادعى ولد جارية ثبت نسبه كما يثبت النسب في شبهة النكاح … [illegible]

باب دعوى المكاتب

قال الشيخ ايده الله اصل هذا الباب ان المكاتب اذا ادعى ولد جاريته ثبت نسبه لان له شبهة ملك فيها … [illegible]

كتاب الوصايا

قال ابو الحسن الوصية مجوز عليها … [illegible]

باب معرفة الوصية ما هي

قال ابو الحسن الوصية ما اوجبه الموصي في ماله متطوعا بها بعد موته … [illegible]

تسمى وصية وانما اختصت الوصية لما كان تبرعاً لان الامور الواجبة لا تقف استحقاقها على قول الميت وانما يستحق بقوله ما لم يكن واجباً فلذلك قلنا ان الوصية تختص بالتبرع الموجب بعد الموت فاما قول ابي الحسن ان الوصية ما اوجبها الموصي في ماله بعد موته او في مرضه الذي مات فيه وهذا تجوز لان ما تبرع به في مرضه من العتق والهبة والمحاباة حكمه حكم الوصايا في اعتبار الثلث فيه فاما ان يكون وصية فلا لانه منجز قبل موته كما تبرع به في صحته ولكنه يشبه الوصايا في اعتبار الثلث فيه ٥ قال ما اوجبه بعد الموت من الثلث وان اوجبه في صحته لانه علقه بالموت وتلك الحالة حق الورثة معلق بالمال فلا معتبر بحال العقد وانما المعتبر بحال الاضافة فاما ما بعده من التبرع فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحاً جاز من جميع المال وان كان مريضاً جاز من الثلث لانه لم يضف الحالة مستقبلة فاعتبر حال الحاجة فان كان صحيحاً فلا حق لاحد في ماله فيجوز من جميع المال وان كان مريضاً فحق الورثة متعلق بماله فلا يجوز الا من الثلث وكل من صح منه فهو كحال الصحة ما اوجبه فيه من جميع المال لان الحكم يتعلق بثبوت حق الغرماء في مال الموصي فاذا برا من مرضه قلنا انه اوجب ولا حق لاحد في ماله في الصحة والمرض سواء ٥ قال الوصية للوارث باطلة الا ان يجيزه الورثة لما روي ان النبي عليه السلام قال ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وروي انه قال لا وصية لوارث الا ان يجيزه الورثة ولان الله تعالى جعل لكل وارث نصيباً معلوماً فلو جوزنا وصية الموصي لبعضهم زاد ذلك على ما فرض له وغير سهام المواريث وذلك لا يجوز واما القاتل عمداً او خطأ فلا وصية له عندنا وقال مالك الوصية جائزة لنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال ليس لقاتل شيء ولان الوصية تمليك تتعلق بالممات كالميراث ولان الموصي متهم في حقه لانه يعوضه بالوصية عما حرم من الارث واما ان اتهم فيه الموصي لم تنفذ وصيته به وليس هذا كالوصية لوارثه الكافر لان المسلم لا يتهم انه قصد ان يورث الكافر او يعوضه عن ميراثه وقد اختلف ابو يوسف ومحمد في الوصية للقاتل اذا اجازها الورثة فقال ابو حنيفة ومحمد تجوز باجازة الورثة وقال ابو يوسف لا تجوز لهما ان المنع من هذه الوصية حق للورثة بدلالة انها تضر بهم وتسقط حقهم بابطالها فصارت كالوصية للوارث فتجوز بالاجازة ووجه قول ابي يوسف ان المانع من الوصية له قول الله تعالى كما يمنع الميراث فكما لا يستحق الميراث بالاجازة كذلك الوصية ٥ قال واما ابتدا المريض اجابه على نفسه في مرضه في ماله او ذمته فهو كالوصية وهذا كالضمان والكفالة ونحو ذلك لانه ابتدا ايجاب ما لم يجب عليه فاتهم فيه كما يتهم في الهبات قال وكل حق لزمه في صحته او غير مرضه او زكوة مال او كفارة او فرض حج لله تعالى لزمه ذلك في صحته او مرضه فان ذلك كله يسقط عنه ولا يلزمه منه شيء من ثلثه ولا غيره الا ان يوصي به فيجوز من ثلثه لا يتجاوزه الا ان يجيزه الوارث وذلك لانه قد ثبت من اصلنا ان الواجبات تسقط بالموت كالحج والزكوة فاذا اوصى بها فانما امر باخراج شيء لا يجب الا بامره وهو كالوصايا بالتبرع فيكون من الثلث الا ان يجيزه الورثة ٥ قال وما يجوز باجازة الوارث فانما يملكه المجاز له من قبل المورث لوصيته له وليس المال منتقلاً اليه من ملك الميت وذلك لان الميت عقد على ملك نفسه وللغير فيه حق فاذا اجاز ذلك صاحب الحق كانت مملكاً من قبل العاقد كالراهن اذا باع الرهن فاجاز بيعه المرتهن ولا يجوز ان يقال ان الوارث لو اجاز الوصية في مرضه كانت في ملكه فلولا ان التمليك من جهته لم يعتبر فيه ملكه لان الوارث بالاجازة يسقط حقه عن المال ولا فرق بين التمليك المبتدا في اسقاط الحقوق عن المال في ان ذلك تبرع منه فلذلك كان من ثلثه ٥ قال فان اجاز بعض الورثة ما كان موقوفاً على الاجازة ورد بعضهم فان ذلك يجوز على المجيز منهم بقدر حقه في نصيبه خاصة ويبطل ما في انصباء الوارثين وذلك لانهم لو اجازوا جميعاً جاز العقد ولو ردوا جميعاً بطل فاذا اجاز بعضهم ورد بعضهم اعتبر حق كل واحد منهم على الانفراد ٥

باب من يستحق الوصية

قال ابو الحسن واذا اوصى الرجل فقال قد اوصيت لفلان بثلث مالي او بربعه او ذكر قدراً من ماله مشاعاً او معلوماً فانما يعلم قدر ما يستحقه الموصى له من المال يوم موت الموصي ولا ينظر في ماله يوم تكلم بالوصية فان كان اوصى بثلث ماله وهو يوم اوصى ثلثه الف ويوم مات ثلثه مائه فله مائه ولو هلك ولو لم يكن له مال يوم اوصى ثم مات وليس له مال بطلت وصيته وذلك لانا بينا ان الوصية عقد مضاف الى الموت والمضاف الى الشرط كالموجب عنده فكانه قال عند الموت لفلان ثلث مالي فيستحق ثلث ماله في تلك الحال ولا يعتبر ما قبلها ٥ قال ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادره اذا اوصى رجل لرجل بثلاث شاه من غنمي او نخله من نخلي او جاريه من جواري ولم يقل من غنمي هذه ولا من جواري هذه فان الوصية هذه تقع يوم موت الموصي ولا تقع يوم يختص ولو ماتت غنمه تلك او باعها فاشترى مكانها او ماتت جواريه فاشترى غيرهن او باع النخل فاشترى غيره فان للموصى له نخله من نخله يوم يموت وليس للورثه ان يعطوه عن ذلك لما بينا ان الوصية عقد مضاف الى الموت فكانه قال في تلك الحال لفلان شاه من غنمي فيستحق شاه من الموجود دون ما قبله فان ولدت الغنم قبل ان يموت الموصي او ولدت الجوار قبل موت الموصي فلحقنا الاولاد بالامهات ثم مات الموصي فان للورثه ان يعطوه ان شاؤا من الامهات وان شاؤا من الاولاد لان الجميع يتناوله الاسم عند الموت والمستفاد بالولاده كالمستفاد بالشرى قال فان اختار الورثه ان يعطوه شاه من غنمه لها ولد قد ولد له يوم موت الموصي فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها وذلك لان الوصية تعلقت بشاه غير معينه والتعيين في الورثه فاذا عينوا فان الوصية وقعت ابتدا بها على عين فما حدث من نمائها بعد الموت فهو للموصى له ٥ قال اما الذي ولدت قبل موت الموصي والصوف واللبن فليس له في ذلك شي وذلك لان الوصية لم تستحق قبل الموت فما حدث قبل الاستحقاق فهو على ملك الورثه وانما نعني بالصوف واللبن ما انفصل منها قبل الموت فاما ما كان متصلاً بها فهو للموصى له فان حدث قبل الموت لانه لا ينفرد عنها بالتمليك ٥ قال ولو استهلك الورثه لبن الشاه او صوفها وقد حدث بعد الموت فعليهم ضمانه لان الموصى له استحق ذلك باستحقاق الاصل واتلاف ما استحقه الموصى له يتعلق به الضمان ٥ قال ولو قال قد اوصيت له بشاه من غنمي هذه او بجاريه من جواري هولا او قال اوصيت له باحد جاريتي هاتين فهو على هذه الغنم باعيانها وعلى النخل بعينه وعلى الجواري باعيانهن فان موتت بطلت وصيته وذلك لانه اوصى بعين من الاعيان فلا تتعلق الوصية بغيرها كما لو قال اوصيت له بهذه الجاريه لم يجز ان تتعلق الوصية بغيرها فان ولدت الغنم والجواري في حيوه الموصي ثم ان الورثه ارادوا ان يعطوه من الاولاد لم يكن لهم ذلك لان الوصية مخصه بواحده من الجواري فما حدث من الاولاد كما استفيد بالشرى فلا تتعلق الوصية به. فان دفع اليه الورثه جاريه من الجواري لم يستحق ما ولدت قبل الموت لان الوصية لم تكن وجبت فيها لما بينا ان الوصية تنتقل الملك فيها بالموت فما حدث قبل الموت على ملك الميت وما ولد بعد الموت فهو للموصى له كانه ملكها بالموت فحدث الولد على ملكه ٥ قال فان ماتت الامهات كلها الا واحده بقيت الوصية فيها لانه لم يبق من يجوز ان تتعلق به الوصية غيرها فتعينت فيها ٥ فان ماتت الامهات كلها فاحترق النخل وقد بقي لها اولاد والنخل ثمر كان عليهم ان يدفعوا اليها ولدجاريه وثمره نخله وذلك لان الوصية كانت متعلقة بها فالولد بعد الموت حدث على حق الموصى له فاذا هلكت الام بقي الحق في الولد

باب ما يبتدئ فيه اهل الوصايا اذا تشاحوا ما يبدأ بعضهم على بعض

قال ابو الحسن وما ذكرت من هذه الوصايا فما كان منها لم يجاوز قدره الثلث فان كل واحد من اصحابها يضرب بقدر وصيته الثلث فيكون الثلث بينهم على قدر ذلك لا يبدأ بعضهم على بعض الا ان يكون عتقاً موقعاً في المرض او موقعاً بموت الموصي او محاباه في بيع وقع في المرض فانه يبدا بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب اهل الوصايا بعد ذلك فيما بقي من الثلث فيكون بينهم على قدر وصاياهم وذلك لان الوصايا اذا تساوت فكل واحد منهم يستحق بسبب مثل سبب الاخر والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق واما العتق الموقع والمعلق بالموت كالتدبير الصحيح والعتق فانه يقدم لان العتق لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وكذلك المحاباه فانه يستحق بعقد معاوضة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي والوصايا يلحقها الفسخ من جهته وكذلك المحاباه تستحق بعقد معاوضة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فحلت محل العتق وهذا الذي ذكره ابو الحسن انما قيد في الوصايا اذا كانت لادميين معينين فاما الوصايا بحق الله تعالى فيقدم بعضها على بعض وان لم يكن عتقاً على ما نبين فيما بعد ٥ قال فان ضاق الثلث عن العتق والمحاباه فان ابا حنيفة قال ان كانت المحاباه قبل العتق او معاً بدى بالمحاباه وان كان العتق قبل المحاباه بدى بالعتق وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يبدا بالعتق قبل المحاباه كل واحد منهما فيه يساوي الاخر لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي والمحاباه مزيه وهو انها تتعلق استحقاقها بعقد معاوضة فاذا تقدم العتق فقد ساوى المحاباه في الثبوت وحصل له مزيه التقدم لان الانسان يقدم الاهم عنده وللمحاباه مزيه وهي تعلق استحقاقها بعقد معاوضة فكانا سوا فاذا تقدمت المحاباه فلها مزيه التقدم وتعلقها بعقد معاوضة حصلت لها مزيتان وللعتق مزيه واحده وقد تعذر الفسخ وقد ساوت المحاباه في هذه المزيه ان الفسخ لا يلحقها من جهة الموصي فلذلك تقدمت المحاباه وجه قولهما ان العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباه يلحقها الفسخ فكان ما لا يلحقه الفسخ اولى بالتقدم وهذا ليس بصحيح لان تعلق المحاباه بعقد مستحق مقدم على ما تعذر الفسخ فيه

الا ترى ان الدين مقدم على العتق وان كان يفسخ فيه الا انه لما تعلق بعقد يقتضي الاستحقاق تقدم على العتق
ولذلك المحاباة وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة اذا حابا ثم اعتق ثم حابا بدئ فقسم الثلث بين المحاباتين نصفين
لتساويهما في الجهة فما اصاب المحاباة الاخرى قسم بينها وبين العتق نصفين لان العتق متقدم عليها وقد
بينا انه اذا انفرد مع المحاباة ساواها ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين
فما اصاب العتق الاول قسم بينه وبين العتق الثاني. قال وما زاد من اهل الوصايا من سمي له اكثر من الثلث
فان ابا حنيفة كان يرد وصيته بما جاوزت وصيته الثلث الى الثلث فيضرب له بالثلث ولا يضرب له بما جاوز
ذلك الا خمس وصايا العتق الموقع في المرض او بموت الموصي والمحاباة في المرض والوصية بالعتق الموقع و
الوصايا المرسلة والوصية المرسلة ما كانت وصيته شيء بغير عينه ولا يكون منسوبا الى جزء من المال وهو
ان يقول اوصيت لعمرو بمائة درهم ولزيد بمائتي درهم وما كان في معنى هذا فان جاوزت دون وصية الثلث وقال
ابو يوسف ومحمد نضرب لكل واحد موصى له من الثلث بعدد وصيته جاوزت الثلث او لم يجاوز وجه
قول ابي حنيفة ان الموصى له بما زاد على الثلث موصى له بحق الغير بدلالة انه يجوز ان يستحقه من
غير اجازة ولا قبض والموصى له بما جاوز الثلث تسميته ليس بصحيح الا ترى انه ما استحقه الا بالاجازة وما
كان تسميته صحيحا لا يساوي ما لا يصح تسميته ولا يلزم الدراهم المرسلة لانها غير متعلقة بعين التركة ويجوز
ان يستحق من غير اجازة الا ترى ان المال اذا زاد يخرج من ثلثه بعدما تلف الضرب بجميعها والعتق الموقع
والموصى به والمتعلق بالموت والمحاباة هي وصايا بالسعاية وتعذر المغابنة وذلك بدراهم مرسلة والباب
فيها واحد فان قيل قد قال ابو حنيفة فيمن اوصى له بعين من تركته فجاوز قيمتها الثلث ان الموصى له
لا يضرب فيه الا بقدر الثلث فان جاز ان يخرج من الثلث بزيادة المال قلنا هذه وصية تعلقت بحق الورثة
بها فهو كالوصية بما زاد على الثلث سواء وليس كذلك الدراهم لانها لم تتعلق بعين التركة الا ترى ان مال الموصي
لو هلك واستفاد مالا اخر لم تبطل الوصية فدل على انها لم تتعلق باعيان التركة التي تعلق بها حق الورثة ومن
مسالة الالزام لو هلكت التركة واستفاد مثلها بطلت الوصية فدل على انها متعلقة بعين التركة وجه
قولهما ان الثلث اذا ضاق عن الحقوق ضرب كل واحد منهم بجميع ما سمي له كاصحاب العول والغرماء ولان الميت
قصد الى التفضيل بينهم فلو رددنا من زادت وصيته على الثلث الى الثلث لسوينا بينهم وهذا خلاف ما قصد الميت ٥

باب ما يتداخل من الوصايا

قال ابو الحسن والتداخل من الوصايا ما كان من وصيه بعينها اوصى بها لاثنين او اكثر من ذلك اوصى لكل واحد منهما بجميع
العين فان ابا حنيفة كان يقسم العين بين اهل الوصايا على عددهم فما حصل لكل واحد منهم من ذلك العين اذا قسمها
بينهم ضرب له بذلك القدر الذي حصل له بالقسمة ولا يضرب له بجميع تلك العين وان كانت العين قيمتها تخرج بجميع
العين مثاله ان يقول قد اوصيت لعبدي سالم او اوصيت لعبدي سالم لعمرو فان العبد
نقسم بينهما نصفين على عددهما وهما اثنان فيضرب كل واحد بنصف العبد لا يضرب باكثر من ذلك وكذلك
لو اوصى به لثلثه او لاربعه وكان ابو يوسف ومحمد يضربان لكل واحد منهما بجميع وصيته وهذا المثال الذي
ذكرنا يسوق قولهم فيه من اصلين مختلفين لان العبد اذا كان يخرج من الثلث فعند ابي حنيفة يضرب كل واحد
منهما بنصفه فيتساويان فيه وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميعه فيتساويان فيه وانما يظهر الخلاف
اذا انضمت الى ذلك وصيتهما وصية اخرى مثاله اذا كان له عبد يقال له سالم قيمته الف درهم اوصى به لزيد
واوصى به لعمرو وله الفا درهم سوى العبد واوصى لرجل اخر بالف درهم فعند ابي حنيفة يضرب زيد بنصف سالم
وعمرو بنصفه والموصى له الاخر بالف فيقتسمون الثلث ارباعا وقال ابو يوسف ومحمد يضرب زيد بجميع العبد
وعمرو بجميعه والموصى له بالالف فيقتسمون التركة اثلاثا وجه قول ابي حنيفة ان الوصية يصح ابطالها من جهة
من استحقت عليه وهو الموصي فما استحقه كل واحد منهما على الاخر يبطل وصيته فيه فلا يجوز بما قد استحق
عليه كما لا يضرب بجزء غيره من الوصايا وليس كذلك اصحاب الديون لان الدين لا يجوز ان يبطل بسبب من جهة
المستحق عليه وكذلك اهل العول لا يبطل سهامهم بسبب من جهة الميت فلذلك ضربوا بجميع ما ثبت حقهم
فيه من الاصل وهذا بناء على اصل ابي حنيفة ان ما لا يبطل بسبب صحيح لا يضرب بجميع دعواه والموصى
بها تعلق بها حق الغير لا يبطل بسبب صحيح الا ترى انه لا يستحقها بنفس السبب حتى يضم اليها معنى اخر
وجه قولهما ان كل واحد منهم ثبت حقه في جميع ما اوصى له به وانما نقص بالمزاحمة فيضرب
بجميع دعواه كاصحاب الديون والعول قال ولو كانت المسالة بحالها والتركة عبدا والفي درهم
واوصى لزيد بعبده سالم واوصى لعمرو بثلث ماله ولم يوص بغير ذلك فان الوصية في قول ابي حنيفة
في العبد قد تداخلت في ثلث العبد لانه موصى بثلثه لصاحب الثلث وبجميع العبد لصاحب العبد فالثلث
من العبد موصى به لزيد ولعمرو وكذلك الثلث بينهما نصفان وبقية العبد لزيد فيضرب زيد في الثلث بخمسة
اسداس العبد ويضرب عمرو بسدس العبد وبثلث الالفين وهو ثلثا الف والثلث بينهما نصفين الوصية لزيد

ياخذها من العبد وهو نصفه وياخذ عمرو خمس مائة من العبد وهو مائة وهو عشر العبد واربعمائة من المال
لان عمرا ضرب بخمسمائة خمس ما ضرب له من العبد واربعة اخماس ما ضرب له من المال فلذلك استوفى خمس
ما اصابه من العبد واربعة اخماسه من المال وهو على اصل ابي حنيفة لانه اجتمع في رقبة العبد وصيتان
وصية لزيد لصاحب الثلث فثلثا العبد لصاحب العبد بغير مزاحمة وثلث العبد استوفت فيه وصية زيد
ووصية صاحب الثلث فيقسمه بينهما فصار لزيد خمسة اسداس العبد فيضرب بها وللموصى له بالثلث سدس
العبد وثلث ما بقي من المال وهو ثلثا الف فذلك خمسة اسداس الالف فتساوت الوصيتان فيقسم الثلث
بينهما نصفين فما اصاب زيد اخذه من العبد خاصة وذلك خمس مائة وهو نصف العبد وما اصاب الموصى له بالثلث
وهو من العبد والمال لان وصيته تعلقت بهما ووصية الاول اختصت العبد وقد استحق من العبد السدس
ومن العين ثلثا الف فصار حقه اخماسا خمس من العبد وهو مائة وذلك عشر العبد واربعة اخماسه وهو
اربعمائة من الالفين ولم يبين قول ابي يوسف ومحمد والذي يجيء على اصلهما ان زيدا يضرب بجميع العبد وهو الف ويضرب
الموصى له بالثلث بجميع الثلث وهو الف فيقتسمان الثلث بينهما نصفين فما اصاب الموصى له بالعبد كان
من العبد لان وصيته فيه خاصة وما اصاب الموصى له بالثلث فثلث من العبد وثلثاه من الالفين لانهما
من المال له من العبد لكن الثلث فقد استوى العولان وفي الوصية وانما ظهر الخلاف في مقدار ما
استحقه الموصى له بالثلث في رقبة العبد فجعل ابو حنيفة له العشر وجعلا له السدس من العبد وذلك مائة
وستة وستون وثلثان

باب ما يجاوز الثلث من الوصايا اذا اجازته الورثة

قال ابو الحسن لو ان رجلا اوصى لرجل بجميع ماله واوصى لاخر بثلث ماله فاجازت
الورثة الوصيتين جميعا فان على الذي حكى عن ابي يوسف ومحمد قولا انه قول ابي حنيفة ان الموصى له بالجميع
ياخذ الثلثين خاصة لان صاحب الثلث لا يدعيه ويكون الثلث الباقي بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث وقال
الحسن بن زياد ليس هذا قول ابي حنيفة ولكن قول ابي حنيفة ان للموصى له بالثلث ربع المال وللموصى له بالجميع ثلاثة
ارباعه وهذه المسالة ليس لابي حنيفة فيها قول وانما اصلها قياس قوله فقال ابو يوسف يسلم لصاحب
الجميع ثلثا المال لانه لا منازع له فيه ثم ينظر الى ثلث المال فنقسم بينهما نصفين فثلث المال الذي لا اجازة
فيه فنقسم بينهما لم يدفع الباقي الى صاحب الثلثين وهذا الاختلاف لا يبين في الحكم في هذه المسالة لانه لا
يؤدي الى معنى واحد وانما يتبين عنهم في المسائل وانما ابتدأ ابو يوسف بقسمة الثلث لانه لا اجازة
للورثة فيه وانما يجوز بكل حال وكذلك ابتداء القسمة وقد اعترض الحسن على هذا القول وقال انه يؤدي
الى ان نصيب صاحب الثلث عند الاجازة ما نصيبه عند الرد ومعلوم ان الورثة اجازوا الوصيتين فلا يجوز
ان يجعل اجازتهم في زيادة احدهما دون الاخر الا ترى انهم لو ردوا وصية صاحب الثلث واجازوا لصاحب
الجميع استحق صاحب السدس عنده فكيف يستوي في حقه الاجازة والذي وجه رواية الحسن
ان الثلث مقسوم بينهما نصفين كما كان يقسم بينهما عند عدم الاجازة ثم قد بقي في وصية صاحب الثلث السدس
فيضرب به في الثلثين ويضرب صاحب الجميع بمثله لانه موصى له بذلك السدس فيقسم بينهما نصفين وينفرد
صاحب الجميع بالباقي فيختلف ما يصيب صاحب الثلث في حال الاجازة والرد وقد اعترض محمد على هذا القول
وعلى قول نفسه الذي خرجه على قول ابي حنيفة وعلى ما حكاه ابو يوسف في قياس قوله وزعموا ان جميع
ذلك مضطرب لا يصح وذكر ان الذي ذكره الحسن عن ابي حنيفة قول زفر واختار ابو الحسن من هذا ما
ذكره الحسن عن ابي حنيفة وقال انه الصحيح عنده واعترض محمد على ما ذكره ابو يوسف في قياس قول
ابي حنيفة فقال ان هذا يؤدي الى ان يكون حصة صاحب الثلث عند عدم الاجازة اكثر من حصته عند
وجودها وهذا لا يصح وبيان ذلك انه لو اوصى لاحدهما بجميع ماله وللاخر بالثلث او بالسدس كان على
قوله يجب ان يكون الثلث بينهما اذا لم تجز الورثة اثلاثا فيصيب صاحب السدس تسع المال ولصاحب
الجميع تسعا المال ولو اجازوا جعل لصاحب الجميع خمسة اسداس المال وجعل السدس بينهما فاصاب
الموصى له بالسدس مع الاجازة نصف السدس وما ادى الى هذا فهو فاسد ٥ قال محمد ولهذا
قلت انه يبدأ بالثلث الذي لا اجازة فيه اولا ثم ينفرد صاحب الجميع بالباقي وقد ذكر محمد ان ما قاله من
قول ابي حنيفة وما قاله ابو يوسف والحسن كلها عندنا معترض وصحح ابو الحسن ما قاله الحسن واما على قول
ابي يوسف ومحمد اذا اوصى لاحدهما بالجميع وللاخر بالثلث فاجازت الورثة فان المال بينهما ارباعا لانهما يضربان
لصاحب الجميع بالجميع وهو ثلاثة اسهم وقدرنا لصاحب الثلث بسهم وقسم على ذلك ٥

باب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث

قال هشام عن محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول محمد ان كل شيء كان من جهته الله تعالى من حجة الحج والصدقة
والعتق وغير ذلك مما اوصى به فضاق الثلث لا يبلغ ذلك فان كان تطوع بدئ بالاول فالاول فيما نطق به حتى ياتي على آخره

او ينقص المال فيبطل ما بقي الي اخرما ذكر قال رحمه الله ما جعل بهذا ان الوصايا اذا كان فيها عتق موقع فلا يتعلق بالموت فان كانت كلها فرايض متساويه بدي بما قدمه الميت منها لانها تساوت في القوه والوجوب والانسان يبتدي بالاهم اليه فوجب ان يقدم ما قدمه اذا ضاق الثلث عن جميعها واختلفت الروايه عن ابي يوسف في الحج والزكوه فقال في احدى الروايتين يبدا بالحج وان اخره وقال في الاخرى يقدم الزكوه وهو قول محمد واما قدم الحج في الروايه الاولي لانه لا يتعلق بالبدن والمال معتبر فيه والزكوه تتعلق بالمال وليس لها تعلق بالبدن فكان الحج اقوى وهو اولي بالتقديم ووجه الروايه الاخرى ان كل واحد من الحج والزكوه منصوص عليها في القران وهو فرض الا ان الزكوه يتعلق حق الادمي بها فكانت اقوى مما اوجبه الله تعالى من الواجبات اشد الولي مما اوجبه الله تعالى عند سبب من المكلف فقالوا في الحج والزكوه انهما يقدمان على الكفارات لايجاب الله تعالى لهما في القران وهي كفاره القتل والظهار واليمين مقدمه على صدقه الفطر لان القران لم يدل على وجوب صدقه الفطر لان القران لم يدل على وجوب صدقه الفطر وصدقه الفطر مقدمه على الاضحيه لانها متفق على وجوبها ولذلك يقدم على كفاره الفطر في رمضان لان كفاره الفطر ثبتت بخبر الواحد وصدقه الفطر ثبتت باخبار الاستفاضه والاجماع ثم صدقه الفطر يقدم على النذر لانها وجبت بايجاب الله تعالى والنذر يقدم على الاضحيه لانه لم يختلف في وجوب المنذور وقد اختلف في وجوب الاضحيه ثم الاضحيه مقدمه على النوافل لانها واجبه عندنا ثم النوافل يبدا بما ابتدا به لانها تساوت في الثبوت والانسان يبدا بالاهم عنده فوجب ان يبدا به لانه يتقيد الوصيه ايما سبب حقه وانما قلنا ان الواجب يقدم وان اخرها لان الواجب حسن الظن به وانه لا يقصد الي تاخير الواجب وتقديم النفل يدل على ان ذلك على طريق السهو فوجب تقديم الواجب ان قدم الاخرى وان اخره وانما يقدم ما قدمه من النفل لانه صار ترجيحا به واما الوصايا بعتق فان كان عتقا واجبا في كفاره فحكمه حكم الكفارات على ما قدمنا وان كان غير واجب فحكمه حكم الوصايا المتعلقه بالعتق يلحقها الفسخ كما يلحق ساير الوصايا فان كان مع هذه الوصيه الوصايا الثابته لحق الله تعالى وصيه لادمي معين بشي بما سميه ما اوصى له به مع الوصايا بالقرب ويجعل كل جهه من جهات القرب مفرده بالقرب ولا يجعل كلها جهه واحده فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكوه والكفارات ولزيد قسم على اربعه اقسام لان كل جهه من هذه الجهات غير الاخرى وهي كالوصايا ولا يقال ان المقصود بالقرب جهه واحده فيجب ان يضرب الموصى له بسهم والقرب بسهم لان المقصود بالقرب وان كانت لله تعالى فكل جهه منها يقصد بها خلاف ما يقصد بالاخرى فصار كمن اوصى للفقرا والمساكين وابن السبيل انه يضرب لكل جهه منها بسهم وان كان المقصود في جميعها الله تعالى ٥ فان قيل ان كان يجب تقديم الواجب من الوصايا على ما لا يجب فهلا ما قلتم انه اذا اوصى بالحج واوصى لادمي معين ان الحج مقدم لانه فرض وما اوصى به للادمي تبرع قيل له تعلق حق الادمي بالغير بعوض هذه الجهه ولان الموصى له انتقل اليه حق واجب بالوصية فلذلك ساوى الفرض ٥

باب الرجل يوصي لقرابته

قال واذا اوصى الرجل فقال ثلث مالي لذوي قرابتي فان ابا حنيفه قال الوصيه لقرابته لذوي الرحم المحرم الاقرب فالاقرب منهم وقال ابو يوسف ومحمد لجميع قرابته من جهه الرجال والنسا الي اقصى اب له في الاسلام الطرفين جميعا يستوي في الثلث الاقرب منهم والابعد والذكر والانثى فيه سوا فاما ابو حنيفه فاعتبر في هذه الوصيه الاقرب فالاقرب وذا الرحم المحرم وان يكون منهم ولد او والد اثنين فصاعدا واعتبر ابو يوسف ومحمد اثنين فصاعدا ممن ينسب الي اقصى اب له في الاسلام والقريب والبعيد فيه سوا اما الاقرب فالاقرب فانها تمليك يتعلق بالموت فاذا استحق بالموت كان الاقرب فالاقرب والدليل عليه الميراث ولانا لو سوينا فيه بين القريب والبعيد ادى الي ابطال الوصيه الا ترى ان المقصود من هذه الوصيه للادمي فاذا اشترك فيها من لا يحصي دخل فيها الغني والفقير فلم تصح الوصيه واما اعتبار المحرم فلان هذا يقصد به الصله فيختص بالرحم المحرم كالنفقه ولا يدخل فيهم ولد ولا والد لان القرابه ممن يتقرب الي الانسان بغيره فاما الاب والابن فهم اصل القرابه ويتقرب كل واحد بنفسه ولا يتناولهم اطلاق الاسم ولان الله تعالى عطف الاقربين على الوالدين والعطف غير المعطوف عليه ووجه قولهما ان القرابه اسم للقريب والبعيد والدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه لما نزل عليه قوله وانذر عشيرتك الاقربين جمع الصفا وقال يا بني فلان يا بني فلان حتى دعا قبايل قريش وقال اني نذير لكم بين يدي عذاب شديد فدل على ان القرابه يتناول الجميع ولان كل حكم يتعلق بالقرابه لا يخرج منه الولد والوالد كالميراث والنفقه وانما اعتبروا النسب الي اقصى اب في الاسلام وكولد العباس اذا اوصى دخل في وصيته كل منتسب الي العباس والعلوي يدخل في وصيته كل منتسب الي علي لان البيت شرف بالاسلام وصار الاجل المسلم اصلا للبيت فلم يعتبر من تقدمه واما قوله اثنان فصاعدا فهذا على جهتين ان اوصى لذوي قرابته استحق الواحد لان الاسم للواحد ٥ وان قال لذوي قراباتي فهو اسم جمع يتناول الاثنين فصاعدا لان اسم الجمع في المواريث محمول على الاثنين فكذلك الوصايا ... قال فان مات الموصى له وله عمان وخالان فالثلث على قول ابي حنيفه للعمين وفي

قول ابي يوسف ومحمد بينهم ارباعا وذلك لان ابا حنيفه يعتبر الاقرب فالاقرب والعم اقرب من الخال فكان اولى بالوصيه وعلى اصلهما القريب والبعيد سوا فاشترك العمان والخالان وقال ابو حنيفه ان كان عما وخالين فللعم نصف الثلث وللخالين النصف وذلك لان البعيد عنده لا يشارك القريب وكان العم الفرد يستحق نصف الوصيه لان الموصي جعل الوصيه للجميع فلا يستحق العم اكثر من نصفها لان اقل من تنقسم اليه مثله واذا استحق نصف الثلث بقي نصف الاخر لا مستحق له اقرب من الخالين وكان لهما فان كان لها عم واحد ولم يكن له غيره من ذي الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه ونصف الثلث رد على ورثته الموصي وذلك لان العم لا يستحق اكثر من النصف على ما قدمنا فما بقي لا مستحق له فبطل الوصيه ٥ فان كان اوصى لذي قرابته فجميع الثلث للعم على ما قدمنا ان هذا الاسم يتناول الواحد فصاعدا قال محمد في الزيادات اذا اوصى لذوي قرابته ولانسابه واقربايه او لذوي ارحامه او لارحامه ثلث ماله فهذا على كل ذي رحم محرم من الرجال والنسا وعلى بني الاب الذين ينسبون اليه من قبل الرجال اقصى اب في الاسلام ومن قبل النسا اقصى اب في الاسلام كانوا ذوي رحم محرم او لم يكونوا ولا يلتفت الي من كان من الابا في الجاهليه وهذا على ما قدمنا في قولهما ٥ وقال اذا اوصى بثلث ماله لاهل بيته او لحسبه فهذا على بني ابيه الذين ينسبون اليه اقصى اب في الاسلام فان كان ابوامه على غير دينه دخلوا في الوصيه لان البيت عباره عمن ينسب الي الاب دون الام وكذلك الحسب الا ترى ان الهاشمي اذا تزوج امه فولدت فينسب اليه وحسبه اهل بيت ابيه دون امه فدل على ان الحسب والبيت مختص بالاب دون الام ولو اوصى لنسله او لال فلان كان بمنزله قوله لاهل بيت فلان فلا يدخل من ينسب الي الام لان الال هم العمله الا ترى ان العربي اذا كان امه امه كاهله العرب دون اقارب امه قال محمد في املايه قال ابو حنيفه اذا اوصى فقال ثلث مالي لاهل فلان فهذا على زوجه فلان خاصه وقال ابو يوسف ومحمد هذا على جميع من يعولهم فلان ممن يضمه بعينه عيالا كان او غيره الزوجه واليتيم في حجره والولد اذا كان يعوله فان كان كبيرا قد اعتزل عنه او كانت ثيبا قد تزوجت فليست من اهله وقال في الزيادات اذا اوصى لاهل فلان فالقياس في هذا ان الوصيه للزوجه خاصه دون من سواها ولكنا استحسنا فنجعل الوصيه لجميع من يعولهم ممن تجمعه منزله وداره من الاحرار ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا وارث الموصي ولا يدخل الموصى لاهله في شي من هذه الوصيه ولم يذكر قول ابي حنيفه في الزيادات ووجه قول ابي حنيفه ان الاهل في الاطلاق يتناول الزوجه الا ترى انهم يقولون فلان متاهل اذا تزوج ولم يتاهل اذا لم تكن له زوجه فدل على ان الاسم يتناول الزوجه فوجب ان يحمل الوصيه على ذلك ووجه قولهما ان الاهل عباره عمن ينفق عليه الانسان بدلاله قوله تعالى ان ابني من اهلي وقال في قصه لوط فنجيناه واهله فدل على ان الاسم يتناول من تشتمل عليه المنزل وتجمعه النفقه واما المماليك لا يدخلون في الوصيه لانه لا يقال انهم من اهل المولى ولا يدخل في ذلك وارث الموصي لانه لو عينه بالوصيه لم يصح وكذلك اذا اطلق لا يدخل في الوصيه فاما الذي اوصى الي اهله فلا يدخل في الوصيه لانه اوصى لمن يضاف اليه والمضاف غير المضاف اليه ولا يدخل في الوصيه كمن اوصى لولد فلان لم يدخل فلان في الوصيه وقال في الزيادات اذا اوصى لاختانه بثلث ماله ثم مات فللاختان ازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكل امراه ذات رحم محرم من الموصي فزوجها من اختانه وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر او انثى فهو ايضا من اختانه ولا يكون الاختان الا ازواج ذوات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذوي الرحم المحرم ولا يكون الاختان ما كان من قبل النسا الموصي وذلك لان الختن اسم لزوج الابنه وزوج كل ذات رحم ومن ينسب اليه فهو من الاختان وقد قالوا انعم الختن القبر فدل على ان الختن من اتصل سببا للموصي ٥ فاما قوله لا يدخل فيه من كان قبل نسايه فانما يعني زوجاته وذلك لان من ينسب الي الزوجه صهر وليس بختن ٥ وقال محمد في املايه اذا قال قد اوصيت لاختاني فاختانه ازواج كل ذي رحم محرم منه وكل ذي رحم محرم من الزوج فان كان له اخت وبنت اخت وخاله ولكل واحده منهن زوج ولزوج كل واحده منهن اب فكلهم اختانه والثلث بينهم بالسويه الانثى والذكر فيه سوا ام الزوج وجدته وغير ذلك سوا وهذا على ما قدمنا فاما التساوي بين الذكر والانثى فلان الاضافه اليهم متساويه فاقتضى تساويهم في الحق وقال في الاملا اذا قال اوصيت بثلث مالي لاصهاري فهو على كل ذي رحم محرم من زوجه وزوجه ابنه وزوجه ابيه وزوجه كل ذي محرم منه هو لاجميعا اصهاره ولا يدخل في ذلك الزوجه ولا امراه ابيه ولا امراه ابنه وذلك لان الاصهار من اهل الزوجه بدلاله ما روي ان النبي صلى الله عليه لما اعتق صفيه وتزوجها اعتق كل من ملك ذا رحم منها ما ملكه اكراما لها وكانوا يسمون اصهار رسول الله صلى الله عليه قال في الاملا قال ابو حنيفه اذا اوصى فقال ثلث مالي لجيراني فهو لجيرانه الملاصقين لداره من السكان وغيرهم عبيدا كانوا او احرارا نسا كانوا او رجالا ذمه كانوا او مسلمين بالسويه قربت الابواب او بعدت او كانوا املاصقين للدار وقال ابو يوسف ومحمد الثلث لهولا الذين ذكر ابو حنيفه ولغيرهم من الجيران من اهل المحله ممن يضمهم مسجد واحد وجامع واحد ودعوه واحده فجعلهم لاجيرانهم في كلام الناس ٥ وقال في الزيادات عن ابي حنيفه اذا اوصى لجيرانه فقياسه

ان يكون للملاصقين وهو قول ابي حنيفة وينبغي ان يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي يجب
لاهلها الشفعة ومن كان له دار من تلك الدار التي تجب لاهلها الشفعة ومن كان منهم له دار من تلك الدور وليس بساكن
من جيرانه قال محمد اما انا فاستحسن ان اجعل الوصية لجيرانهم الملاصقين ممن يملك تلك الدور وغيرهم ممن لا
يملكها وعلى من يجمعه مسجد تلك المحلة الذين فيهم الموصي من الملازقين وغيرهم والسكان ممن في تلك المحلة وغيرهم
سوا في الوصية الادنون والابعدون والكافر والصبي والمسلم والمراة في ذلك سوا ه وليس للمماليك والمدبرين
وامهات الاولاد في ذلك شي واما المكاتبون فهم في الوصية سوا اذا كانوا سكانا في المحلة اما ابو حنيفة
فقال ان الحكم المعلق في الشريعة بالجوار يختص بالملاصقة وهو الشفعة فوجب حمل الوصية على الحكم الشرعي
بالجوار واما محمد فاستحسن ان الموصي قصد بالوصية من يختصه ويخالطه ويقرب منه وهذا المعنى يستوي
فيه الملاصق وغيره الا ترى ان بر الجار مستحب فلا يختص ذلك بالقريب دون البعيد وكذلك الوصية وانما
اعتبرنا من يجمعهم مسجد واحد لان هذا اقرب واختلاط واذا اختلف المسجدان زال الاختلاط فلذلك حملناه عليه
وانما استوى الساكن والمالك لان الجار اسم للمقارب وذلك لا يختص بالمالك دون الساكن وكذلك الكافر
والمسلم والانثى والذكر وانما لم يجعل للمماليك فيها حقا لان المملوك ليس بجار وانما ينسب الجوار الى مولاه فلو
دخل في الوصية استحقها المولى وليس بجار للموصي واما المكاتب فيستحق ما يعطى به دون مولاه فهو
كالحر وقال ابو يوسف ومحمد اذا اوصى بثلث ماله لايتام بني فلان فان كانوا يحصون دخل فيهم الغني والفقير
وكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سوا وان كانوا لا يحصون فالثلث للفقرا منهم يعطى الورثة من شاووا
وكذلك اذا اوصى لعميان بني فلان او لزمنى بني فلان وذلك لان الاسم اذا كان يصلح للغني والفقير الا انه
يستعمل في ذوي الحاجة غالبا فالوصية على وجهين ان كانت ممن يحصى استوى فيها الغني والفقير لان الاسم
يتناولهما وحمل الوصية عليهما لا يفسدها فاما ان كانوا لا يحصون فالوصية لفقرايهم لانا لو حملنا الاسم على
الاغنيا وهم لا يحصون بطلت الوصية فوجب ان تحمل على ذوي الحاجة لان الاسم قد يستعمل فيهم الا ترى ان الله تعالى
ذكر اليتامى في اية الخمس والمراد بهم الفقرا وكذلك الزمنى يراد بهم الفقرا وكذلك العميان فحملت الوصية على
ما تناوله الاسم في حال التخصيص لتصح الوصية وعلى هذا الارامل بني فلان لان هذا الاسم وان جمع الغنية والفقيرة
فقد تعورف في الفقر خاصة فحمل عليهن لتصح الوصية وليس كذلك اذا اوصى لبني فلان وهم لا يحصون لان
هذا النسب لا يختص بالفقر في حال من الاحوال فلم يكن تصحيح الوصية مخصصا لفقرايهم واما اذا قال
لايامى بني فلان فهو كقوله لبني فلان لا يختص ذلك بالفقر في حال من الاحوال فاذا كانوا لا يحصون بطلت الوصية
وقد حمل محمد الايم على الثيب والاسم يتناول البكر ايضا وقد بينا ذلك في كتاب النكاح ه قال واذا قال
لثيب من بني فلان وهي لا تحصى فالوصية باطلة لان الثيب لا يختص بالفقيرة دون الغنية فلم يمكن حمل الوصية
على الفقيرة والثيب عند ابي حنيفة كل امراة جومعت بنكاح او شبهة والزانية ليست بثيب لان احكام
الثيب لا تثبت بها عنده وعلى قولهما الثيب كل امراة زالت بكارتها بجماع على ما مضى في كتاب النكاح فاذا اوصى
لابكار بني فلان وهي لا تحصى فالوصية باطلة لان هذا الاسم لا يستعمل مخصصا بالفقرا فلم يمكن تخصيص الاسم والبكر
كل امراة لم يكن جامعها رجل عند ابي يوسف ومحمد ومن زالت بكارتها بوثبة او حيضة فهي بكر وعلى قول ابي حنيفة
من زالت بكارتها بالزنا بكر فتدخل في الوصية ه

نوادر في هذا المعنى

قال المعلى عن ابي يوسف
اذا اوصى لقرابته فالقرابة من قبل الام والاب والجنس واللحمة من قبل الاب لان القرابة لمن تقرب الى غيره
وهذا المعنى موجود في الطرفين فاما الجنس فهم بنو الاب لان الانسان يتجنس بابيه ولا يتجنس بامه وكذلك
اللحمة عبارة عما تعبر عن الجنسية واما اذا اوصى لاهل بيته دخل ابوه وجده فيهم اذا كان ممن لا يرث لان بيت
الانسان ابوه ومن ينسب الى ابيه فالاب اصل البيت فيدخل في الوصية وليس كذا القرابة لان القرابة ممن يتقرب
الى الانسان بغيره لا بنفسه وذلك لا يوجد في الاب ه قال ابو يوسف الا ان يقول لقرابتي الاقرب
فالاقرب فيدخل فيه الاب لانه جعل الوصية لاقرب الناس اليه ومن يتقرب بنفسه اقرب ممن يتقرب
بغيره ه وقال ابو يوسف في رجل اوصى بثلث ماله في الصلة وله اخوة واخوات وبنو اخ وبنو اخت قال
يوضع الثلث في جميع قرابته من هولا ومن ولد منهم بعد موته لاقل من ستة اشهر لان الصلة انما يراد بها صلة
الرحم وصاحبه نطق بهذا المعنى ومن ولد لاقل من ستة اشهر فقد كان موجودا يوم الموت فدخل فيها وقال الزيادات
عن ابي يوسف قال ابو حنيفة الثلث على ثلثة اجزا البايس وهو الفقير الذي به الزمانة اذا كان محتاجا
قال والفقير هو المحتاج الذي لا يطوف على الابواب والمسكين الذي يسال ويطوف ه وقال
ابو يوسف على جزوين الفقير والمسكين واخرج البايس واحدا وقد بينا في كتاب الزكوة الفرق بين المسكين
والفقير واختلاف اهل اللغة فيهما واذا كان كل واحد منهما غير الاخر اورد سهمه عن سهم الاخر واما
البايس فهو الفقير الذي به الزمانة وقد حصل فيه معنيان فيعطى من سهمهم واما ابو يوسف فقال ان
المسكين والفقير سبيلهما الفقر وان كان احدهما احوج فصارا جميعا قسما واحدا وهو الذي قاله ليس بصحيح
لان الله تعالى افرد في اية الصدقات الفقرا عن المساكين وجعل كل واحد منهما نوعا فدل على ان احدهما غير الاخر ه

نوادر ايضا

قال ابن سماعة سمعت ابا يوسف قال في رجل قال اوصيت بثلث مالي لشبان اهل بيتي او لكهولهم
او لمشيختهم قال الشباب من خمسة عشر الى ثلثين سنة الا ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلثين الى اخر
عمره والشيخ من زاد على الخمسين ه قال ابن سماعة وقد يكون يقول في هذا اختلاف هذا وقال ابن سماعة سمعته يقول
الكهل ابن ثلثين سنة فصاعدا الى مايه والشيخ ابن اربعين سنة فصاعدا والغلام اقل من خمسة عشر سنة
الى ان يحتلم وذكر ابن سماعة قولا اخر قال الكهل من ثلثين الى اربعين والشيخ ما زاد على الخمسين وان لم يشب
واذا زاد على الاربعين وكان شيبه اكثر فهو شيخ وان كان السواد اكثر فليس بشيخ والشاب اذا احتلم ه
وقال عمرو عن ابي عمر عن محمد الغلام ما كان اقل من ابن خمسة عشر سنة والشاب والفتى من بلغ خمسة عشر سنة
وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين ما بين الخمسين الى الستين الا انه لا يكون كهلا حتى يبلغ اربعين وكذلك
لا يكون شيخا حتى يجاوزها وانما جعلوا الشباب من له خمسة عشر سنة فصاعدا لانها عندهما مدة البلوغ
ومن لم يبلغ فهو صبي وغلام فلا يسمى شابا واما الشاب فهو عبارة عن البالغ الى الثلثين لان ما زاد
على الثلثين هو كهل وقد قال الله تعالى في عيسى ويكلم الناس في المهد وكهلا وقيل انه مات في سنة
ثلث وثلثين سنة فدل على ان ما زاد على الثلثين كهل ثم جعل ابو يوسف الكهل والشيخ سوا فيما زاد على الخمسين
وجعل الشيخ في الرواية الاخرى ما زاد على الاربعين وجعل محمد الكهل ما قبل الستين وما زاد على ذلك شيخا وهذا صحيح
لان الشيخ والكهل يعرفان واعتبر في رواية غلبة الشيب فقالوا من غلب عليه الشيب بعد الاربعين انه شيخ وان لم يغلب
الشيب فهو كهل وهذا صحيح في العرف لان الناس يعتبرون في التسمية غلبة الشيب فاما اهل اللغة فقد قال ابو حاتم
ثم قال بعض العرب ولم يسمه وغلام الى ان يستوفي سبع عشرة سنة ثم هو شاب الى اربعة وثلثين ثم هو كهل الى احد
وخمسين ثم هو شيخ الى عمره قال ابو حاتم اذا احدب فهو مسن فاذا ارتفع عن ذلك فهو محن وفحم ه قال الاصمعي حاتم
يقال شباب المراة من خمسة عشر سنة الى الثلثين فما بين الثلثين الى الاربعين مستحتع ثم قد [illegible] والمعتبر
في هذا هو العادة في التسمية ه قال ابن سماعة عن محمد في رجل اوصى لفلان ولعقب فلان رجل اخر والاب [illegible]
الموصي والموصى لعقبه حي فالوصية لعقبه باطلة والثلث لفلان الذي اوصى له لان العقب في قول محمد انما يكون
بعد الموت فان مات الموصى لعقبه قبل موت الموصي فالوصية جايزة ويكون الثلث لفلان ولعقب فلان على عدد
الرؤس وعقب فلان ولده من الذكور والاناث فاذا لم يكن له ولد فولد ولده الذكور دون الاناث يعني ولد الاناث
لان ولد ابنه من الذكور والاناث عقب له فاما ولد بناته فليس من عقبه والاصل في ذلك ان العقب عبارة عمن
وجد من المولد بعد موت الانسان فاما في حال حياته فليس بعقب له فاذا مات الموصي والموصى لعقبه باق فهذا رجل
اوصى بثلث ماله لفلان ولعقب غير موجود فلا يقع به المشاركة فيبقى الثلث لفلان خاصة واما اذا كان الموصى لعقبه
قد مات قبل الموصي فقد وجد العقب فصحت المشاركة [illegible] الصلب على ولد الولد لان الاسم يتناول
الاعلى فالاعلى [illegible] عدم الاول فالعقب ولد الولد لان الاسم يتناولهم
وانما لم يدخل ولد البنات في ذلك لانهم عقب لابائهم ويستوي فيه الذكور والاناث لان الاستحقاق قبل الوصية استحقاق
بعقد فيستوي فيه الذكر والانثى كالهبة والبيع وانما سوى بين الموصى له بالثلث وبين عقب فلان وقسم على
رؤسهم لان الاسم يتناولهم جماعتهم فصار كما لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وفلان يتساوون في الوصية
ولو قال اوصيت لفلان ولورثة فلان فان مات الموصي قبل ان يموت فلان فالوصية لورثته باطلة
والثلث لفلان [illegible] على عدد الرؤس [illegible]
وهو كالعقب واما قوله [illegible] الوصية بينهم على عدد الرؤس [illegible]
بالثلث بالسوية لما ذكرنا في الوصية [illegible] قسمه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما علق
الوصية بالارث دل على انه [illegible]
لبني فلان فالذكر والانثى سوا لان الاستحقاق بعقد يقتضي التساوي ولو اوصى لورثة فلان كان على
التفاضل لان تعليق الوصية باسم الارث يقتضي اعتبار المواريث ه قال ابن سماعة عن محمد في رجل اوصى لعصبة
فلان فمات الموصي والموصى لعصبته حي فالوصية لعصبته جايزة وليس هذا كورثته وعقبه لان العصبة يثبت لهم
الاسم في حياته [illegible] ولهذا يقال ان ابا المراة عصابتها وان لم تمت
الاسم استحقوا الوصية ه فان كان لفلان ابن واب فهو العصبة دون ابيه ودون اخوته وعمومته وان لم يكن
له اب فاخوته عصبته دون عمومته وهو اعلى ترتيب التعصيب فالعصبة البنون ثم الاب ثم الاجداد على قول
ابي حنيفة ثم الاخوة ثم الاعمام [illegible] قال ابو حنيفة في رجل
اوصى لرجل بخدمة عبده او بسكنى داره او بغلة بستانه [illegible] كان له ذلك حياته وينظر الى قيمة
الاعيان التي اوصى فيها فان كانت رقابها مقدار الثلث جازت الوصية [illegible]
[illegible]
[illegible]
سكناه وليستخدم ما اوصى بخدمته مدة حياته فاذا مات الموصى له بذلك بطلت الوصية وعاد الموصى به

الى هلاك ورثة الموصي لم يكن له شيء من ذلك وهو عن الموصى له الا ان يكون الغلة قد حصل له منها شيء قبل موت الموصى له
فان مات وفي النخل ثمر او كان وجب ما يستغل اخر فهو لورثة الموصى له وما لم يحصل من ذلك الا بعد موت الموصى له
فهو لورثة الموصي اما جواز الوصية بالسكنى والخدمة والركوب والغلة والثمرة خلاف ما قال ابن ابي ليلى ان الوصية
بالسكنى والخدمة والمنافع لا تجوز فلان المنافع يجوز ان يستحق بعقد الوقف وكذلك السكنى فجاز ان يستحق بالوصية
كالثمرة والولد ولان الموصى له شريك الوارث كما جاز ان يستحق الوارث منافع الاعيان فكذلك الموصى له ولان
التمليك في حال الحياة يصح في الاعيان ويصح في المنافع دون الاعيان فكذلك بعد الموت واما ابن ابي ليلى يقول
ان الملك في المنافع لا ينتقل بالميراث بدلالة الاجارة فكذلك لا ينتقل بالوصية فاما اعتبار خروج الرقاب من الثلث
دون المنافع وانما كان كذلك لان الموصي منع الرقاب عن الورثة فكأنه اوصى باعيانها فلانه لا يجوز ان يحبس عنهم ما
زاد على الثلث ان لم يزل ملكهم عنهم الا يرى انه لو اجل ماله لم يصح تاجيله الا في الثلث وان كان ملكهم باقيا لانه
حبسه عنهم في مدة الاجل فكذلك اذا اوصى بمنفعته واما اذا مات الموصى له بطلت الوصية لان الموصي اوجب
الحق للموصى له ليستحق المنافع على حكم ملكه فلو انتقلت الى ورثته استحقها الوارث ابتداء من ملك الموصي ولم يوص
له بشيء فلا يجوز ذلك واما ما حصل من الثمر قبل الموت او وجب من الاجرة فذلك مال استحقه الموصى له في ملكه وارثه من
جهته لا من جهة الموصي كما يملك سائر امواله ولو كان اوصى بلبن غنمه او صوفها او اولادها او اشعارها ثم مات الموصي فللموصى
له ما وجد في ضروع الغنم وما في بطونها وما على ظهورها من الاصواف والاشعار يوم مات الموصي ولا يكون له شيء من
ذلك مما يحدث بعد موته وذلك كله لورثة الموصي لان الموجود اعيان يملكها الموصي وانما لا يجوز عقده عليها لما في بيعها
من الخطر والجهالة وذلك لا يمنع من صحة الوصية فاما ما يحدث بعد الموت من اللبن والحمل والشعر فلا يجوز كما في القياس ان يكون
كالثمر اذا اوصى بثمرة نخله فاما ان يبطل الوصية فيها او يجوز فيها الا ان كل واحد منهما عين معدومة فيه وهو مما من ماله يجري
مجرى واحد الا انهم استحسنوا فقالوا اذا اوصى بثمرة نخله ولا ثمرة فيها يوم الموت استحق الموصى له الثمرة التي تحدث
واذا اوصى باولاد غنمه وشعورها والبانها وليس في ذلك شيء يوم الموت لم يستحق الموصى له ما يحدث منها وذلك
لان الثمرة والمنافع يجوز ان يستحق بعقد الوقف فجاز ان يستحق بالوصية لان كل واحد منهما تبرع مع الخطر فاما
الاولاد والالبان والاصواف فلا يجوز ان يستحق بعقد الوقف فلم يكن لاجازة الوصي فيها لم يجعل الوصية من غاله
فاطلق الوصية به ٥ قال واذا اوصى بالثمرة او بالغلة للمساكين فالوصية جائزة وذلك للمساكين ابدا اذا كانت
قيمة ذلك الشيء يخرج من ثلث ماله لان المساكين يستحقون الثمرة بعقد الوقف فكذلك بعقد الوصية ٥ وقال
ابو حنيفة ان اوصى بسكنى داره او بخدمة عبده او بظهر فرسه للمساكين فالوصية باطلة فان اوصى لانسان بعينه
جازت الوصية وقال ابو يوسف ومحمد الوصية بذلك جائزة للمساكين وجه قول ابي حنيفة ان ايجاب
الحق في منفعة لا يجوز اثباته لغير معين اصله الاجارة والعارية ولان الموصى له بالسكنى والركوب يلزمه
النفقة على الدار والفرس ونفقة في حكم المعوض عن المنفعة والمعلوم لا يصح مع المجهول ووجه قولهما قوله
عليه السلام اما خالد فقد حبس ادرعه واعتده في سبيل الله ولانه تمليك ماله كالثمرة فاذا جازت الوصية بالثمرة لغير
معين فكذلك المنفعة ٥ قال ابو حنيفة فان اوصى بذلك لانسان بعينه فمنفعة في كسوته وطعامه وما
يصلحه على الموصى له وذلك لانه انفرد بالانتفاع دون الورثة فصار في حكم المالك ولهما على قولهما اذا اوصى بذلك
لغير معين فانه يستعمل فيها او غلته بعلفه وطعامه فاذا الحق سلم الى الموصى له وكان الوصية بالفاضل من غلته
واجرياه في ذلك مجرى الوقف انه يجب ان يبتدئ بعمارته على سبيله وان لم يذكرها الواقف فكذلك قالا في الدار
اذا اوصى بسكناها فاستهدمت ان القاضي يستغلها ويعمرها ثم اذا استغنت عن العمارة سلمها الى الموصى له كما
في الواقف الوقف

باب اذا اوصى لرجل بثلث ماله او سدس ماله

واذا اوصى لرجل بثلث ماله او سدسه فله ثلث ماله يوم تقع القسمة بين الورثة وما هلك من مال الموصي قبل موته وبعده بطلت
الوصية فيه فله ثلث ما بقي يوم يقتسمون اذا كان اوصى بالثلث او بالسدس وذلك لان الوصية عقد مضاف الى الموت فوجب ان
يعتبر بسدس ماله او ثلثه يوم تقع العقد والعقد يقع عند الموت ويتعلق الوصية بما يملكه في تلك الحال فما هلك بعد ذلك هلك على
الحصص لان المال مشترك بين الموصى له وبين الورثة فالهالك يهلك على الحقين قال وان اوصى بسدس شيء بعينه مما يقسم
دنانير او دراهم او شيء من الكيل او الوزن من جنس واحد او بقر او غنم او ابل او ثياب من جنس واحد فقال له ثلث دراهمي او دنانيري
او طعامي او ثيابي فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه فان وصيته في الثلث الباقي كله لا ينقص من وصيته شيئا قال في الجامع الصغير في
رجل اوصى بثلث ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وذلك الدرهم يخرج من ثلثه قال يكون الدرهم كله له ٥ وكذلك لو اوصى له
بثلث ثياب من صنف واحد فهلكت ثلثا ذلك وبقي ثلثه فله الثلث الباقي ٥ وان قال اوصيت له بثلث ثلثه من الرقيق فهلك
اثنان وبقي واحد لم يكن له الا ثلثه وكذلك الدور المختلفة ٥ وقال في كتاب الاصل في رجل اوصى بثلث غنمه او بقره او ابله او ثيابه
او شيء مما يكال او يوزن من صنف واحد اوصى بثلثه لم يستحق الثلثان من ذلك او هلك وبقي الثلث وله مال كثير يخرج من
فان الثلث الباقي من ذلك كله جائز الوصية ٥ قال الا يرى انه لو اوصى بثلث هذه الجارية واستحق الثلثان منها وبقي الثلث وهي تخرج
من ثلثه كان جائزا واذا اوصى بثلث ثلثه من الرقيق او ثلث ثلثه ادور او ثلث ثلثه من الدواب مختلف اجناسها فهلك اثنان
وبقي واحد وهذا الواحد يخرج من ثلثه فانه لا يكون له الا ثلث هذا الواحد من قبل ان هذا لا يقسم والاصل في هذا ان الوصية اذا تعلقت
بثلث شيء يصح قسمته فهلك بعضه وبقي بعضه ومقدار الموصى به يخرج من ثلث ما بقي من مال الميت فان الوصية تتعلق بثلث الباقي وذلك
لان هذا الثلث قد كان يجوز ان يستحقه الموصى له اذا وقعت القسمة بينه وبين الورثة فعلم ان الوصية متعلقة به وما تعلقت به
الوصية اذا كان يخرج من ثلث الباقي من المال تعذرت الوصية فيه ولم تعتبر الا كما هلك منه كما لو اوصى بثلث شيء بعينه فاستحق
ثلثاه وليس كذلك اذا اوصى بثلث اشياء لا تقسم بعضها في بعض مثل اجناس مختلفة لان الباقي منها لا يجوز ان يستحقه الموصى له
بالقسمة لان بعضها لا يقسم في بعض فعلم ان الوصية متعلقة بالباقية فلم يجز ان يستحق الموصى له اكثر من ثلثه وهذا ظاهر في الاجناس
المختلفة واما الرقيق فهو صحيح على اصل ابي حنيفة لان بعضه لا يقسم في بعض فالباقي منه لا يجوز ان يستحق الموصى له
فلم تتعلق الوصية الا بثلثه فكذلك الدور المختلفة واما على اصل ابي يوسف ومحمد فالدور تقسم بعضها في بعض والواجب
على قولهما ان يكون كالثياب والدواب ويجوز ان يقولا ان القسمة انما تقع في الدور ان كان القاضي يرى ذلك مصلحة وان
كان الاصلح قسمة كل واحدة منها على الانفراد لم يقسم بعضها في بعض فضعف معنى القسمة فيها وفارقت ما ينقسم بكل حال فاما
الرقيق فان كان يقسم عندهما فعنا ودنيا واكثر اجري مجرى الجنسين ٥

باب الوصي

قال ابو الحسن واذا اوصى رجل الى رجل وهو حاضر فقبل الوصية في حياة الموصي ثم مات الموصي فقد لزمته الوصية فان ردها في حياته
وغير وجهه لم يكن رده ردا وان لم يقبل حتى مات الموصي فباع شيئا من التركة جاز بيعه وقد لزمته الوصية والاصل في هذا
ان الوصي لا يلزمه الوصية الا بقبوله او ما يجري مجرى قبوله لانه متبرع بالتصرف والتبرع لا يلزم الانسان الا برضاه ولان الوصية
في حال الحياة كالوكالة فكما لا يلزم الوكيل التصرف بغير رضاه فكذلك الموصى له وانما صح قبول الوصية في حال حياة الموصي
لان تصرف الموصي يقع لمنفعة الموصي فلو كان الرد والقبول في حال الحياة لا يتعلق به حكم لم يؤمن ان يموت الموصي ولو
لم يسلم وصيته الى احد فيكون في ذلك اضرار به فلذلك جاز القبول والرد في حال الحياة وليس هذا كقبول الوصية لانه
لا يجوز الا بعد الموت فان قبل في حال الحياة او رد لم يتعلق برده حكم وذلك لان استحقاق الوصية انما هو لحق الموصى
له لا حق للموصي فيه فلم يحتج الى تقديم القبول على الموت فوقف على ما بعد الموت واما اذا قبل الوصي في حياة الموصي ثم رد بغير حضرته
لم يكن ذلك ردا لانه لما قبل الوصية فقد سكن الموصي الى تصرفه فلو جاز له ان يخرج نفسه من الوصية بغير حضوره حصل
في ذلك تغرير بالموصي لانه يموت ولا يوصي الى احد وهذا لا يجوز كما قالوا في الوكالة ان الوكيل لا يملك عزل نفسه
عنها بغير محضر من الموكل اما اذا رد في وجهه بطلت الوصية لانه متبرع بقبولها والمتبرع ان شاء اقام على التبرع وان شاء
رجع ولان الانسان قد يقبل الوصية ظنا منه انه يقدر على القيام بها ثم يعلم انه يعجز عن ذلك فلو لم يجز له الرد
ادى الى الاضرار بالوصي وبالورثة وهذا لا يصح وانما لا يجوز رده في غير وجهه لما فيه ذلك من الغرور وهذا المعنى
لا يوجد اذا رد في وجهه واما اذا مات الموصي قبل القبول فتصرف الوصي بعد ذلك القبول لان الوصية تمت من
جهة الموصي وانما وقفت على حق الوصي فتصرفه كقبوله اصله البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا تصرف
قبل الاجازة واذا قبل الوصي وتصرف بعد الموت ثم اراد ان يخرج نفسه من الوصية لم يجز ذلك الا عند الحاكم لانه التزم
القيام بها فعزله لنفسه بغير حضرة الموكل واما اذا احضر عند الحاكم فالحاكم قائم مقام الموصي لعجزه عن استيفاء
حقوقه فصار كالوكيل اذا عزل نفسه بحضرة الموكل وانما كان الحاكم ان يقبل منه العزل ويقيم غيره مقامه
لانه متبرع بالتصرف وان شاء بقي على التبرع وان شاء رجع ولا نأمن لو الزمناه التصرف مع طلبه العزل انقطع عن
اموره فاضر بنفسه او اخل بالنظر في الوصية فاضر بالميت فكان اقامة غيره مقامه اولى ٥ وقد قالوا ان الوصي
اذا احضر عند القاضي فاخرج نفسه نظر القاضي في حاله فان كان مامونا قادرا على التصرف لم يخرجه لانه التزم
القيام بالوصية وليس في بقائه عليها ضرر في عمله فاما اذا عرف عجزه او خيانته واشتغاله فانه يخرجه لان في
تبقيته ضررا به او بالورثة ٥ قال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل اوصى الى رجل
والموصي حاضر فقال لا اقبل فقال له الموصي ما كنت اظن بك الا ان اوصي اذا لم تقبل ونسي ثم قال قد قبلت وسكت
الموصي ثم مات الموصي قال فهذا ليس بوصي لان الايجاب بطل بالرد فقبوله بعد ذلك حصل بغير ايجاب
فلا يتعلق به حكم قال وان اوصى اليه وهو غائب عنه فقال لا اقبل ثم قال قد قبلت ثم مات الموصي ولم يقل
شيئا قال ليس هو بوصي وذلك لانه يملك الرد بغير محضر من الموصي اذا لم يسعد من ذلك قول فيبطل الايجاب
بالرد فلا يصح القبول بعد ذلك الا بالايجاب ٥ قال في نوادر ابن سماعة واذا اوصى اليه وهو غائب فبلغ ذلك الوصي
بعد الموت فقال لا اقبل ثم قال قد قبلت فهو جائز ما لم يخرجه السلطان من الوصية قبل ان يقول قد قبلت لان
الوصية قد تمت من جهة الموصي بما لا يلحقه الفسخ من جهته فلا يبطل بالرد الا ان يبطلها القاضي كما لو تمت بالايجاب
والقبول واذا لم يبطل جاز ان يرجع الى القبول فاذا اخرجه القاضي فقد بطلت الوصية فاذا قبل مع بطلان الايجاب
لم يتعلق بقبوله شيء ٥ وقال في الاصل اذا قبل الوصية فقد لزمت وذلك لانها صحت من قبل الموصي وانما وقفت
على التزام الوصي فاذا قبل هذا التزم فصحت الوصية ٥ قال فان لم يقبلها في حياة الموصي حتى مات فهو بالخيار
ان شاء قبل وكان وصيا وان شاء ترك ذلك لانه متبرع فلم يلزمه التصرف او ينبه رده وذكر بعد هذا روايته

الحسن وقد ذكرنا وجهها ثم قال فيها اذا قبل في غير وجه الموصي لم يكن له ان يخرج الا في وجهه وذلك لان العقد تم بالايجاب والقبول
فلا يجوز له فسخه بغير علم الموصي كما لو قبل في وجهه وذكر عن زفر انه اذا قبل الوصيه بغير محضر من الموصي ثم ردها فرده
صحيح وليس له ان يقبل بعد ذلك وذلك لان الموصي اذا لم يعلم بقبوله فليس في ابطال الوصيه تغرير به فجاز له الرد في غير
وجهه كما يجوز قبل القبول وما ذكر بعد هذا من الروايات عن زفر فقد تكلمنا على وجهها ٥ قال وان لم يعلم القاضي
ان له وصيا فنصب له وصيا ثم حضر الوصي فاراد الدخول في الوصيه فله ذلك وليس هذا الفعل باخراج من الوصيه ويخرج
القاضي عنه الوصي الذي نصب وذلك لان نصب الموصي وصيا اخر لا يخرج الاول عن الوصيه فنصب القاضي اولى و اذا ثبت ان
هذا ليس بابطال للوصيه اولى حكم الوصي الذي نصب القاضي من الامانه حكم وصي الميت وقد انضم الى وصي الميت
اختيار الميت له فكان اولى ٥ واما اذا كان غايبا ففي نفقته الحاق ضرر بالميت والميت لا يقدر على استدراكه فقام القاضي
مقامه في عزله فكذلك الفاسق لانه غير مؤتمن في حال الميت فاما الضعيف فهو مؤتمن الا انه لا ينهض بالتصرف فيضم
القاضي اليه غيره ليستوفي حظه الميت من التصرف المعقول ولا يجوز اخراجه لانه ليس في نفقته ضرر وقد رضي الميت برايه ٥

باب الوصيه الى الاوصياء

قال ابن سماعه عن ابي يوسف في الاملا في رجل اوصى الى رجل ثم اوصى الى اخر فهما وصيان جميعا وذلك لان الموصي يملك ان يرجع عن
الوصيه الى الاول لانه اقامه مقام نفسه في التصرف كالوكيل ويملك ان يشرك معه غيره لان في الاشتراك تغييرا للتصرف فاذا ملك
ابطال تصرفه ملك تغييره اذا اوصى الى اخر ولم يرجع عن الوصيه الى الاول صار حكم الثاني حكم الاول فاقتضى ذلك اشتراكهما
في الوصيه ٥ قال فان قال ان حدث بي حدث من مرضي هذا او حدث بي حدث من وجعي هذا ثم برا من ذلك المرض ورجع من ذلك
الوجه فان الوصيه قد بطلت عن هذا الوصي وكذلك كل وصيه اوصى بها من صدقه او هبه او حج او عتاق فانه رجع من ذلك الوجه
بطل ذلك وكذلك اذا برا من ذلك المرض وذلك لان الوصيه يجوز تعليقها بالشروط فاذا علقها بشرط اختصت به وبطلت بعدمه
كالوكاله والطلاق وساير ما يتعلق بالشروط قال فان لم يرجع من ذلك الوجه او لم يبرا من ذلك المرض فالوصيه جايزه بالذي اوصى به
والى من اوصى فان حدث بعد ذلك حدث الموت او من ذلك الوجه او قبل تخوصه فهو واحد وذلك لانه اطلق الوصيه فتعلقت
بالموت على عموم احواله فاستوى الموت من ذلك المرض الذي هو فيه ومن غيره ٥ قال ابو حنيفه اذا اوصى الى رجل بدين والى اخر
بان يعتق عنه فهما وصيان في كل شي ٥ قال وان اوصى بنصيب بعض ولده الى رجل وبنصيب من بقي الى اخر فهما بسبيه كانا في ذلك
كله وقال ابو يوسف خلاف ذلك قال كل واحد منهما وصي على ما سمي له لا يدخل مع الاخر وان اوصى بما له في بلد الى رجل
وبما له في بلد اخر الى رجل اخر فهو كمثل ذلك في ذكر في الباب هذه المسله فقال في قول ابي حنيفه واي يوسف كل
واحد منهما وصي في الجميع وقال محمد كل واحد منهما وصي فيما جعل اليه خاصه وهذا هو المشهور من الخلاف وذلك روايه
اخرى عن ابي يوسف وجه قول ابي حنيفه المشهور ان الوصي يتصرف من طريق الولايه بدلاله انه يتصرف مع انقطاع
امر الموصي والولايه لا تتبعض كولايه الاب والجد وليس هذا كالوكاله لانه يتصرف بالامر والامر خاص وعلى هذا ولايه القاضي يجوز
ان يختص لان ولايته مستفاده من الاماره فهو مع بقا امره كالوكاله ولان الوصيه تصح بقول الموصي اوصيت اليك وان لم يبين
ما اوصى فيه فالتعيين بعد ذلك لا يحتاج اليه فيلغو لان كل تعيين في العقود لا يحتاج اليه سقط حكمه وليس ذلك كالوكاله
لانه لو قال وكلتك لم يصح حتى يبين ما يوكله فيه فلذلك تعلق بالتعيين فايده وعلى هذا ولايه القاضي لانها مطلقه فتعلق بالتعيين
فيها فايده وجه قول محمد ان الوصي يتصرف من طريق الامر فحل محل الوكيل ولانه يستفيد الولايه بالامر كالحاكم فكما ان
ولايه الحاكم يجوز ان يختص فلذلك ولايه الوصي ٥ قال ولو اوصى بوصيه الى رجل فقال اذا قدم فلان فهو وصي دون هذا
فذلك سوا في القولين جميعا في قول ابي يوسف على ما سماه في قول ابي حنيفه هما مشتركان قال رحمه الله يعني انه اوصى
بعد قدوم فلان وقبله فوجه قول ابي حنيفه ان التصرف من طريق الولايه اذا لم يختص بنوع دون نوع لم يجز تخصيصه بزمان
دون زمان واذا ابطل التخصيص كان وصيا في جميع الاوقات وشاركه الاخر في الوصيه عند وجود الشرط وهو القدوم
وعلى اصل محمد ومذهب ابي يوسف في هذه الروايه ان التصرف يجوز ان يختص بنوع دون نوع وكذلك يجوز ان يختص بمده دون
مده كتصرف الوكيل قال وسمعت ابا يوسف قال ولو اوصى الى رجل وكان المستوصيا لاخر فان ابا حنيفه قال الاخر
وصي لهما جميعا وقال ابن ابي ليلى هو وصي للاخر دون الاول الا ان يسمي وصيه الاول وقال ابو يوسف اذا اوصى اليه في
تركته فيما هو في عياله فيما هو لم يكن وصيا للاول فاذا اوصى اليه في كل شي فهو وصي للاول وجه قول ابي حنيفه
انه نقل اليه الولايه فيما لا يصح النقل فيها وقد كان يلي على ولده وعلى ولد الميت الاول ما ينتقل اليه على ذلك الوجه ولا
يلزم الولايه في النكاح لانها لا تنتقل بالنقل فلا يملكها واما ابو يوسف على هذه الروايه فقد يجوز ان يقع الوصيه
خاصه فاذا استثنى ما لا تعيينه اختصت تصرف الوصي بذلك دون مال الموصي الاول فاذا اطلق اقتضى التصرف من كل
مال كان للميت يملك التصرف فيه فما يجوز انتقاله انتقل وقال ابن ابي ليلى الوصيه تقتضي التصرف في حقوق الموصي
والتصرف في حق الميت الاول ليس من حقوقه فلا يدخل في اطلاق الوصيه حتى ينص عليها وهذا فرع على ان الوصي يملك
ان يوصي والدليل عليه ان الوصي قايم في الولايه مقام الاب فصار كالجد ولانه يتصرف بالولايه على ما قدمنا كالجد ٥
قال ابو حنيفه اذا اوصى الى رجلين فمات احدهما او ابى ان يقبل ادخل مكانه وصيا مع الباقي وكذلك قال ابو يوسف
ابو حنيفه فمن اصله ان احد الوصيين لا يجوز له ان ينفرد بالتصرف فلا بد من ضم غيره اليه وقد عزل الميت عن

نصب وصي فقام الحاكم مقامه فاما ابو يوسف فمن اصله ان احد الوصيين يجوز تصرفه ولا يحتاج الى نصب وصي اخر في جواز تصرف
هذا الباقي الا انه ينصبه لان الميت اقام مقام نفسه اثنين ينفرد كل واحد منهما بالتصرف وكان على القاضي ان يفعل ما اختاره الميت
ان يفعل في ماله ٥ هذا على المشهور عن روايته ٥

باب الرجل يوصي في بعض ماله

قال في رجل اوصى الى رجل بماله فهو وصيه في ماله وولده بعض هذا من بعض الاثري انه يتفق على ولده قال رحمه الله وهذا
ينبغي ان يكون على قولهم لان الوصيه من المال انما هي لحق الولد فكانه قال اوصيت في مالي وولدي ٥ قال واذا اوصى رجل
الى رجل فقال فلان وصيي حتى يقدم فلان فالوصيه الى فلان فهو كما اوصى وقد بينا في الباب الاول من مذهب ابي حنيفه
انها ليست كان في الوصيه وان الوصيه عنده لا تختص بزمان وذكرناه قول ابي يوسف لان الاول يخرج من الوصيه
بقدوم الثاني فهذا الذي حكاه من الاصل قول ابي يوسف خاصه ويجوز ان يكون قوله فهو كما اوصى يعني ان الثاني وصي
وان كان هذا انما القاضي قول ابي حنيفه كذلك الروايه ووجهه انه عزل الوصي عن الوصيه بشرط قدوم الاخر والوصيه
يجوز ان يتوقف كالاثري انها يتوقف بلوغ الولد وكذلك يجوز ان يوقتها بالقدوم ٥ قال واذا اوصى بالمال العين الى
رجل وبتقاضي الدين الى رجل اخر فهما وصيان جميعا في العين والدين في قول ابي حنيفه واذا اوصى بعض ولده
ومن انهم وبنفقته على ولده وما لهم الى اخر فهما وصيان جميعا في جميع الولد والمال استحسن ذلك وهذا قول ابي حنيفه
وابي يوسف وقال محمد كل وصي فيما اوصى اليه وقد بينا هذه المسله ٥ وقال ابن سماعه في نوادره سمعت محمدا
في رجل اوصى الى رجل فقال لقد اوصيت الى فلان بتقاضي ديني ولم اوص اليه بغير ذلك واوصيت في جميع مالي
وحفظه والنفقه على ورثتي والقيام به فلانا قال قال ابو حنيفه هما وصيان جميعا وقال ابو يوسف وهذا
صحيح لان الوصيه عندهما اذا لم يتبعض في بعض التصرف والفرق بين اختلافهما وبين نفي التصرف عن المذكور كالعفو
عن دم العمد لما لم يتبعض كان لا فرق بين ان يقول عفوت عن بعض الدم او يقول عن الدم ولم اعف عن الباقي ٥ قال
ابو حنيفه لا يجوز لواحد منهما شي دون صاحبه من شرى ولا بيع ولا تقاضي دين بغير قبضه وقال ابو يوسف
يجوز لكل واحد منهما ما صنع من ذلك قال ابن رستم قال محمد قال ابو حنيفه يجوز فعل احد الوصيين في خمسه
اشيا الشرى للكسوه والطعام وتنفيذ الوصيه وشرى الكفن وتقاضي الدين ويكون خصما عن الميت فهذه الخمسه
الاشيا يجوز فيها فعله وحده وهو قول محمد ووجه هذا ان عند ابي حنيفه ومحمد لا يجوز لاحد الوصيين ان يتصرف
دون صاحبه الا فيما في تاخيره ضرر او في اجتماعهما عليه ضرر او فيما لا يفتقر الى الراي وهذا كشرى الكفن وشرى الطعام
والكسوه للصغار وتنفيذ وصيه بعينها وعتق عبد بعينه وقضا الدين وقال ابو يوسف لكل واحد منهما ان
ينفرد بالتصرف وجه قولهما ان الميت رضي برايهما ولم يرض براي احدهما وراي الاثنين مخالف لراي الواحد
فلم يجز انفراد احدهما كالوكيل ولا ينافي ان تصرفهما من طريق الولايه لان الولايه اذا انعلقت بسبب متبعض جاز
ان يعتبر فيها الاشتراك كولايه الوليين على تزويج الامه وقد روي عن ابي حنيفه في الابن اذا كان له ابوان
احدهما لا يجوز ان ينفرد بالتصرف دون الاخر فعلى هذه الروايه قد اجرى تصرف احد الوصيين مجرى تصرف
احد الابوين وقال في الروايه الاخرى يجوز لكل واحد من الابوين ان ينفرد بالتصرف لانه يتصرف بالابوه
وهو ابن كامل في حق الولد والوصي يتصرف بالتفويض فوجب ان يعتبر الصفه التي فوض اليه واما
الكفن والطعام والكسوه فلان في تاخيرها حتى يحضر الاخر ضررا والموصي قصد بجمعهما الاحتياط ولم يقصد
الاضرار وكذلك الخصومه لانهما اذا اجتمعا لم يتكلم عنه واحد منهما وكان في اجتماعهما ضرر واما تنفيذ الوصيه
بعينها وعتق عبد بعينه ورد وديعه فلانه لا يقف على الراي واجتماعهما انما يحتاج اليه للراي واما قضا
الدين فلان الذي له الدين لو تناوله من مال الميت جاز فبقول احد الوصيين اولى ان يكون جايزا من فعل الغريم
وجه قول ابي يوسف ان الوصي يتصرف بالولايه فهو كالوليين في النكاح فينفرد كل واحد منهما بالتصرف
فاذا مات الرجل ولم يوص الى احد وله اب وولد صغار والاب مامون والاب في ذلك بمنزله الوصي الذي يوصي
اليه الاب فان مات الجد فاوصى الى رجل جاز ذلك وكان وصي الجد بمنزله وصي الاب اذا لم يكن للاب وصي وقال
لا يملك الجد الولايه في مال الصغير لنا ان الجد بالولايه كالاب ولانه يجري مجرى الاب في النفقه وزوال
التهمه فيجري مجراه من الولايه ولانه لا يحد بوطي جاريه ابن ابنه ولا يقتل به كالاب واذا ثبت انه كالاب في باب
الولايه كان وصيه في مكانه قال ووصي الاب اولى من الجد لان وصي الاب يستقبل اليه ولايه الاب وهي
متقدمه على ولايه الجد قال ولو ان رجلا مات واوصى الى وصي ثم مات للميت ابن كبير لم يترك وصيا وترك ابنا صغيرا
لهم لان الميت لم يكن له ولايه على ابنه الكبير فوصيه بمنزلته ولا يثبت له على ولده ولايه ٥ قال ولو مات
الابن او لا وترك ولدا صغارا وترك اباه ثم مات ابوه فاوصى بهم كان وصيا لهم لان موت الابن لما تقدم ولي الجد
على ولده فانتقلت ولايته الى وصيه ٥ وقال ابن سماعه عن ابي يوسف في الجد يجوز شراه من ولد ولده وبيعه
منهم كما يجوز شرى الاب من ولده الصغير والبيع وهذا صحيح لان ولايه الجد ثابته وهو غير متهم في حقه فصار
كالاب ٥

باب الوصيه بخدمه العبد لرجل وبرقبته لاخر

او بغله بستانه لرجل وبرقبته لاخر او بثمرته لرجل وبرقبته لاخر ٥

قال واذا كان لرجل بستان او عبد او امة او ارض فاوصى برقبة البستان لرجل وبثمرته لآخر او برقبة الارض لرجل
وبغلتها لآخر او اوصى بالعبد لرجل وبخدمته لآخر فذلك جائز وكذلك لو كانت له دار فاوصى بسكناها لرجل او بغلتها او بخدمة
عبده او بما في بطن جاريته ولم يوص من الرقبة بشيء فذلك جائز قال رحمه الله الاصل في هذا ما بينا ان عقد الوصية يجوز
ان يتناول الثمرة والمنفعة والغلة التي هي بدل المنفعة فاذا تناول الوصية الرقبة على الارض على الانفراد وهذه
الاشيا على الانفراد لانه اذا اوصى بها منفردة انتقل الملك في الرقاب الى الورثة دون الثمار فاذا اوصى بها
على الانفراد وهذه على الانفراد انتقل الى الموصى له الرقاب دون الثمار وهو يملك بالموت كالورثة فيجوز ان ينتقل
اليه ما ينتقل اليهم وعلى هذا الحمل ما جاز ان ينفرد بالوصية ويملك الورثة الاخر دونه جاز ان يوصي بها الواحد
وبالاجل لآخر فينتقل الملك الى كل واحد منهما بما اوصى له به وقال ابن ابي ليلى فيما ذكر عنه ابو يوسف اذا اوصى
بسكنى داره لرجل وليس له مال غيرها ولم يجز الورثة ان الوصية باطلة وقال ابو حنيفة الوصية جائزة وسكن
الموصى له بالسكنى ثلث الدار وسكن الورثة الثلثين حتى يموت الموصى له فيرجع الى الورثة وجه قول ابي حنيفة
انه لو عقد على رقبة الدار جازت الوصية في ثلثها وكذلك اذا عقد على منافعها جازت في الثلث لانه لا
يملك ابطال حق الورثة عن ورثته كما لا يملك الوصية بجميع التركة واذا انفذت الوصية في الثلث وجب
ان تقع المهاياة بين الورثة وبين الموصى له والدار على سكناها لهم جميعا فيسكن كل واحد منهم بقدر حقه واما العبد
الموصى له بخدمته فلا يمكن ان يخدمهم في حال واحدة فالمهاياة فيه تقع على الايام فيخدم الورثة والموصى له يوما
واما ابن ابي ليلى فانه يقول ان الوصية لما تعلقت في ملك المنافع ما ذكرت مشاعة والاشاعة توثر في المنافع كالاجارة
واما القسمة فلانا لو قسمنا لسقط حق الموصى له عن الثلثين ويجوز ان يجوز الثلث المنفرد له فيتعلق بالباقي
فلا تجوز القسمة ووجه قول ابي يوسف ان الوصية لما تعلقت بالثلث وجب ان تعرف حق الورثة من الاصل
لينتفعوا فيه بما شاؤوا ولا حق للموصى له ولانا لو منعنا البيع لو قفت جميع التركة على الورثة والموصى لا
يملك ذلك قال ابو حنيفة اذا اوصى بغلة الدار قاسموه الغلة واعطوه ثلثها ولا اقسم لغير الدار وهذا
صحيح لان الغلة اعيان يمكن وقوع القسمة فيها ولا يحتاج الى قسمة الاصل واما المنافع فلا يمكن القسمة
فيها فلا بد من تمييز الاصل بالمهاياة وقال ابو يوسف اقسم الدار وادفع الى الموصى له ما لغلة الثلث منها
مستغلة حتى لا يقف جميع التركة على الورثة قال ابو الحسن وقول محمد مثل قول ابي يوسف ولو اوصى بخدمة
العبد ولا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لما بينا ان القسمة لا تمكن في العبد الا على هذا الوجه
لاستحالة ان يفعل الخدمتين في زمان واحد ولو اوصى بغلة العبد اقتسموا الغلة لانها اعيان يمكن ايقاع القسمة
عليها ولا يحتاج الى قسمة الاصل وقال ابو حنيفة لا يجوز لهم بيع ثلثي العبد لتعلق حق الموصى له بمنافعه وقال
ابو يوسف ومحمد لهم ذلك لانه يجوز ايقاف جميع التركة عليهم قال ومن اوصى له بغلة داره او ارضه او
بخدمة عبده فنفقة العبد على الموصى له بمنافعه عليه النفقة وجميع ما يصلح الدار والارض وليس على صاحب
الرقبة من ذلك شيء قال رحمه الله لان صاحب الرقبة ممنوع من الانتفاع بها بغير البدل فلا يلزمه النفقة
كما لا يلزم الزوج نفقة المراة الناشز وليس هذا كالمؤجر والراهن لانهما منعا من الانتفاع باختيارهما فلم يسقط
ذلك النفقة عنهما ولان حبس المستاجر لمنفعة الموجر وهو سلامة الاجرة وقبض المرتهن لحق الراهن لان
الدين سقط عنه بالهلاك واما صاحب المنفعة فانه يستحق منافع العين بغير عوض فكانت النفقة عليه كالزوج
وقال ابو يوسف ولو اوصى بسعف نخل له لفلان اجزت ذلك وقطعت السعف ولو اوصى لرجل بصوف شاة ابطلت
ذلك وذلك لان السعف يجوز استحقاقه بعقد البيع فجاز استحقاقه بعقد الوصية وصوف الشاة لا يجوز استحقاقها
بعقد من العقود فلا يجوز استحقاقها بالوصية ولان تسليم السعف ممكن وتسليم الصوف من الحيوان متعذر
قال ولو اوصى بغلة امته لم يكن للموصى له من ولدها شيء ولو اوصى له بغلة نخله كان له الثمرة لان المعنى اطلاق
الاسم والعرف ان غلة الدار والعبد اسم لبدل منافعها وغلة الارض والنخل والشجر عبارة عن ثمارها وزروعها
وغلة الجارية عبارة عن بدل منافعها فاما الولد فالاسم لا يتناوله فوجب ان يحمل الاسم على مقتضاه وقد قال عليه السلام
الخراج بالضمان والغلة بالضمان ففهم من هذا المنافع وبدلها ولم يفهم من الولد قال ولو اوصى بثمرة بستانه
وفيه ثمرة فله الثمرة الموجودة يوم الموت وليس له ما حدث بعدها لان الثمرة في الحقيقة اسم الموجود والمعدوم
يتناول الاسم على سبيل المجاز واذا تناول الاسم الحقيقة لم يجز ان يتناول المجاز واما اذا لم يكن في البستان ثمرة
يوم الموت فله المستقبل لان الحقيقة قد سقط اعتبارها فوجب حمل الوصية على المجاز وليس سنة اولى من سنة
فحمل على عموم السنين وليس هذا كالوصية بغلة البستان اذا كان فيه ثمرة عند الموت ان الوصية تتناول الموجود
وما حدث ابدا لان اسم الغلة يتناول الاعيان وما يوجد في الثاني على طريق الحقيقة فوجب حمل الاسم على جميع ذلك
قال وان اوصى بثمرة بستانه ولا مال له غيره فللموصى له ثلث الثمرة لانه لا … ثلث ماله
الثمرة غير موجودة يمكن القسمة فيها فاستحق ثلث كل ما يوجد منها قال وان مات الموصى له بعدما اثمر
النخل فجميعه لورثته لانه ملك بظهورها وقد ملك عينا من الاعيان بالوصية فانتقل الملك فيها الى ورثته واما
ان مات قبل ان يثمر فقد بطلت الوصية لان الموصي لم يوجب الحق من ذلك الا للميت فلو بقيت الوصية لاستحقها

ورثته من ذلك الموضع ابتداء وهو لم يوجب لهم الحق فيها وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل اوصى بخاتم لرجل وللآخر
بفصه فالحلقة لصاحب الوصية بالخاتم والفص للآخر ولا يشتركان لان الخاتم اسم للحلقة وانما يدخل الفص في الوصية
اذا اطلقها على طريق التبع فاذا افرد الوصية بوصية اخرى خرج من ان يكون تابعا فاستحقها الموصى له دون الاول
وهذا كالوصية برقبة عبد لرجل وبخدمته لآخر فصاحب الرقبة لا يشارك صاحب الخدمة لان اسم العبد لا يتناول المنافع وانما
يملك الموصى له المنافع بحكم ملك الاصل تبعا فاذا افرد المنافع بالوصية لم يستحقها صاحب الرقبة وعلى هذا لو اوصى لرجل
بامته وبما في بطنها لآخر لان اسم الامة لا يتناول الحمل وانما يستحق الحمل باطلاق الوصية على طريق التبع فاذا افرده بوصية
اخرى خرج من ان يكون تبعا فلم يقع فيه مشاركة ولو اوصى بعبده لفلان يوما فقال قد اوصيت بخدمته لفلان فهو رجوع في
الخدمة وهو مثل لو قال العبد لفلان وصية وخدمته لفلان وكذلك الخاتم والحامل لان الموصي يملك الرجوع عن وصيته
فيملك عن بعض ما اشتملت عليه فاذا اوصى بالعين ثم اوصى بمنافعه كان ذلك رجوعا عما يستحقه الموصى له الاول
بحكم ملكه ه قال ولو اوصى لصاحب الخدمة ولصاحب الفص ولصاحب الولد بالامة فقد اوصى بولدها له واوصى لصاحب
الفص بالخاتم بعد ذلك واوصى لصاحب الخدمة بالعبد بعدما اوصى له بالخدمة فان العبد بين هذين نصفين فلهذا نصف خدمته
ولهذا نصف خدمته وذلك لانه لما ابتدا الايجاب في الخدمة والولد ثم اوصى من بعد بالاصل مطلقا وتضمنت الوصية الثانية
الاصل والنماء فصار النماء موصى له بها باثنين فيكون بينهما فصارت الرقبة لصاحب الرقبة خاصة ومنافعها وولدها بينهما نصفين
قال ابو يوسف اذا اوصى بالعبد لرجل وبخدمته لآخر فكلام متصل او منقطع وهو يخرج من ثلثه فالخدمة لصاحب الخدمة
والرقبة لصاحب الرقبة فكذلك الدار والسكنى والخاتم والفص والشاة والصوف والعبد والغلة وهذا كله قول ابي حنيفة
وابي يوسف والسيف والحمائل مثل ذلك والحامل فكذلك والدار والبناء مثل ذلك والبستان والثمر مثل ذلك والارض
والنخل مثل ذلك وكل شيء يشبه هذا مما لا يكون الاسم من الوصية بها فالوصية الثانية … الاستثناء وهذا على ما بيناه
قال ولو اوصى لرجل بالدار واوصى منها ببيت بعينه لرجل بالحصص وكذلك لو اوصى بالف لرجل بعينها واوصى بمائة منها
لآخر كان تسع مائة لصاحب الالف والمائة بينهما نصفين في قياس قول ابي حنيفة واما قول ابي يوسف
يعطي احد عشر سهما لصاحب المائة جزء من احد عشر في المائة ولصاحب الالف عشرة اجزاء من جميع الالف وكذلك
الدار والبيت قال رحمه الله وذلك لان الدار اسم لجميع البيوت فالوصية الاولى تناولت البيوت من طريق الصريح
فاذا اوصى به للثاني تعلق واحد منهما موصى له به بصريح الوصية فيشتركان فيه وكذلك الالف عبارة عن كل مائة
منها بالصريح فالمائة موصى له بها لصاحب الالف ولصاحب المائة فكانت بينهما فاما الخلاف في كيفية القسمة
فلان عند ابي حنيفة من لا يدلي بسبب صحيح لا يضرب الا بقدر ما يستحقه بالمزاحمة وعندهما ان كل واحد
منهما يضرب بجميع حقه فيضرب هذا بكل الالف وهذا بسهم منها فيكون على احدى عشر قال ولو اوصى
ببيت بعينه لرجل وبنائه لآخر كان بينهما بالحصص بغير البناء لان البيت لا يسمى بيتا الا بالبناء فوصية الاول
قد تناولت البناء بالصريح فيتناول الموصى له بالبناء وليس هذا كالوصية بالدار للاول وللآخر ببنائها لانهما لا
يشتركان في البناء لان الدار اسم للعرصة فلم يتناول وصية صاحب الدار البناء من طريق الصريح وكان للاول العرصة
وللثاني البناء قال وليس للاول منه شيء كفص الخاتم ه قال ولو اوصى لرجل بعبده واوصى بخدمته لآخر ثم اوصى
لصاحب الخدمة برقبته ايضا فانهما يقتسمان العبد نصفين اذا خرج من الثلث والخدمة باطلة وذلك لان الموصي
بالخدمة انما كان يتعدى عن صاحب الرقبة لان كل واحد منهما موصى له بما لا يتناول له اطلاق الوصية للآخر فاذا اوصى
الى صاحب الخدمة بالرقبة صارت المنافع تابعة لوصيته فيسقط حكمها وكانه اوصى لكل واحد منهما بالرقبة
ولو كان اوصى للثاني بنصف العبد قسم العبد بينهما اثلاثا وكان للثاني نصف الخدمة لانه لما اوصى بنصف
العبد بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف لانها تبعت الرقبة وبقيت الوصية في النصف الآخر بحالها ه
قال ابن سماعة ثم رجع ابو يوسف عن هذا فيما ذكر لي فقال اذا اوصى بالعبد لرجل واوصى بخدمته لآخر ثم اوصى
برقبة العبد ايضا لصاحب الخدمة كان العبد والخدمة كلها للموصى له بالخدمة لان كل واحد منهما لما صح افراده
بالوصية فالموصى له الثاني موصى له بالرقبة والخدمة على الانفراد فان افراد الخدمة يقتضي خروجها من وصية
الاول فيستحق الثاني نصف العبد … في الوصية وانفرد بالخدمة فيستحقها ه قال ولو اوصى
بما في بطن جاريته لرجل واوصى بالخادم بعد ذلك لآخر فالخادم لهذا والولد لهذا في البيع فاذا افرد بالوصية
لم يستحقه صاحب الرقبة ه قال ولو اوصى لرجل بامة تخرج من الثلث واوصى لآخر بما في بطنها واوصى
بها ايضا للذي اوصى له بما في البطن قال ابو عبد الله روى عنه قال الامة بينهما نصفين والولد للذي
للذي اوصى له به خاصة لا شيء لصاحبه فيه وذلك لما بينا ان المساواة حصلت في الرقبة بينهما وانفرد
صاحب الولد بالوصية به فيما تساويا فيه بينهما وما افرد لاحدهما يختص به ه

باب الوصية لبني فلان وولد فلان

قال ابو الحسن واذا اوصى رجل بثلث ماله لبني تميم او لقبيلة لا يحصى عددهم فكل وصية يدخل فيها الغني والفقير
فانها تبطل اذا كان عددهم لا يحصى وان كان انما تقع الوصية لفقرائهم او على وجه القربة لهم فان ذلك جائز

خصت القبيلة او لم تخص مثل ان يقول ثلث مالي لفقراء بني فلان فان قال ليتامى بني فلان او لأرامل بني فلان فان ذلك القرب يخصون بالوصية لاعيانهم وفقرائهم وقد بينا هذه الجملة فيما سلف وذكرنا ان الوصية اذا لم يوصف بها القربة فهي حق لادمي وحقوق الادميين لا يثبت لغير معين ٥ لان الوصي لغير محصور مجهول والتسليم اليه ممكن واما اذا كانوا لا يحصون دخل في الوصية الاغنياء والفقراء فيثبت حق لادمي غير معين فلم يصح ثبوته لتعذر التسليم اليه فاذا قال لفقراء بني تميم فالوصية جايزة لان المقصود بها الله تعالى وهو معلوم والفقراء جهة ... لا تورث اذا كان المستحق معينا ولان الوصية في مسائلنا لا يجب ان تستغرق كل النوع الا ترى ان الجنس اذا لم يمكن استيفاؤه تعلق الحكم ببعضه كقوله لا اتزوج النساء وكذلك قوله انما الصدقات للفقراء فيفهم انه لا يجب دفعها الى جميعهم وانما يدفع الى بعضهم فالخيار الى المتصدق وكذلك في الوصية يدفع الى بعض الفقراء والاختيار في تعيينهم الى الوصي فامكن التسليم فجازت الوصية واما اذا ذكر صفة تصلح للغني والفقير وقد يستعمل في العادة في الفقراء فان اضافها الى من يحصى دخل فيه الغني والفقير مثل الوصية ليتامى بني فلان وارامهلم ولزمناهم لان هذا الاسم يصلح للغني والفقير وقد امكن استيعابهم فحمل اللفظ على عمومه فيهم وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان هذا اللفظ في العادة يذكر في الفقراء الا ترى ان قوله تعالى في اية الخمس واليتامى اجمعوا ان المراد به الفقراء منهم دون الاغنياء وقد روي ان النبي صلى الله عليه اتاه ... فربح فيها قبل ان يدفع ثمنها فتصدق بذلك على ارامل بني عبد المطلب ومعلوم ان هذا الجنس يقصد به الفقراء فدل على ان الاسم مستعمل في الفقراء وان كان يصلح للغني فلو حملنا الوصية فيمن لا يحصى على الغني والفقير لبطلت واذا حملناها على الفقير الذي جرت العادة باستعمال الاسم فيه صحت ومقصود الموصي تصحيح الوصية فكان ذلك اولى من ابطالها ٥

باب الوصية لمن لا يحصى عددهم او يحصى

قال ابو الحسن قال اصحابنا كل وصية يحصى عدد اهلها فانها جايزة وهي بينهم بالتسوية على عددهم لا يفضل احد على الاخر فيما يستحقه فيها والذكر والانثى فيها سواء ويدخل الغني والفقير وذلك لان الحق يجوز اثباته لادمي معين لان التسليم اليهم ممكن فاذا كانوا يحصون والاسم يتناول الغني منهم والفقير واثبات الوصية لجميعهم لا يبطلها فصحت الوصية لهم وتساووا فيها لان الاستحقاق بالعقد فاستوى فيه الذكر والانثى كعقد البيع ويدخل فيه الغني والفقير لان دخول الغني فيها لا يفسدها قال واذا كان عددهم لا يحصى فهم على وجوه منها اذا كانت الوصية لا يدخل فيها غني ولا يدخل فيها الا اهل الحاجة والمسكنة والفقر فانها جايزة وان كانوا لا يحصون ويجعل الوصي الوصية فيمن قدر عليه منهم فان جعلها في واحد فما زاد جاز عند ابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا ان يعطي منهم اثنين فصاعدا فلا يجوز ان يعطي واحدا الا نصف الوصية وقالا جميعا وان يعطي من قدر عليه منهم افضل قال رحمه الله وهذا مثل قوله لفقراء بني تميم فالوصية جايزة لما قدمنا انها تثبت حق الله تعالى وهو معين لجهالة المصروف اليها لا يؤثر فيها وانما جاز الدفع الى واحد عند ابي يوسف لان الجنس لا يمكن استغراقه فيحمل على ادناه كمن قال لا اتزوج النساء واما محمد فقال ان اسم الجمع في المواريث يثبت عادة للاثنين فصاعدا فالوصايا معتبرة بالمواريث فلم يحمل الجمع فيها على اقل من الاثنين وانما توقف ذلك على اختيار الوصي لانه هو الذي يجب عليه التنفيذ فكان الاختيار اليه كما يقف تعيين الفقراء في الزكوة على اختيار المزكين وانما كان الدفع الى الجماعة افضل منه الى الواحد والاثنين عندهم لانه قصد بالوصية ايصال المنفعة اليهم فاذا وصلت الى الجماعة فهو اقرب من الجمع الا ان الاثنين اقل الجمع ٥ قال واذا كان لفظ الوصية يقع للفقراء والغني ولا يخص به احدهما دون الاخر فهي باطلة وهذا مثل قوله لشبان بني تميم وذلك لانها تثبت لحق الادمي والحق لا يثبت لادمي غير معين ولان تسليمها متعذر لتعذر التسليم قال وان كان اللفظ يقع للغني والفقير وقد يستعمل ذلك اللفظ في اهل الحاجة دون اهل الغنى فانه يعتبر الموصى له فان كانوا يحصون كانت الوصية لهم جميعا الفقير والغني سواء فيها وان كانوا لا يحصون جعلت الوصية في الحاجة فيعطي الوصي من شاء منهم كقوله ليتامى بني فلان بني تميم ولزمنى بني تميم فان كانوا لا يحصون فالاسم يقع على الفقير والغني والوصية لهم جايزة جميعا فلا يحتاج الى التخصيص وان كانوا لا يحصون فهذا الاسم يذكر فيه الغالب ويراد به اهل الحاجة بدلالة ان الله تعالى ذكر اليتامى في اية الخمس واراد الفقراء منهم فوجب التخصيص الوصية بان حمل على الفقراء خاصة اذا كان الاسم قد يستعمل فيهم والذكر والانثى في جميع ذلك سواء لان الاستحقاق بالعقد لا يفضل فيه الذكر على الانثى كالاستحقاق بالبيع ٥ واذا قال لبني فلان لفقرائهم وبنو فلان او لبني قبيلة لا يحصى دخل مواليهم في الوصية موالي الموالاة الذين اسلموا على ايديهم ووالوهم وموالي العتاقة وحلفاؤهم واعدادهم معهم وان كان اوصى لبني فلان وهم بنو نسب وليس بقبيلة ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة دون الموالي ودون الحلفاء وذلك لانه اذا ذكر القبيلة فمن لا يحصى فالمراد بها النسب وذلك يوجد في المولى والصلب فيحمل على الامرين واذا ذكر البنوة فيمن يحصى فانما يراد به الولادة فاختص ذلك بالصلب دون المولى ٥

باب الوصية لبني رجل من الناس يعرف

ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل اوصى بثلثه لبني رجل من الناس يعرف فان ابا حنيفة قال في ذلك ان كان له ولد ذكور جميعا

405

الذكر والانثى فيه سواء ثم رجع عن ذلك وقال هذا للذكور دون الاناث وقال ابو يوسف ومحمد هو للذكور والاناث جميعا وجه قول ابي حنيفة ان الابنة لا يتناولها اسم الابن على الحقيقة وانما يتناول اسم الذكور والاناث على المجاز ومن حكم اللفظ ان يحمل على حقيقته ولا يحمل على مجازه الا بدليل وليس كذلك اذا كان فلان من قبيلة او فخذ لان النسبة اليه لا يقصد بها الاعيان وانما يقصد بها الانساب وهذا موجود في الذكر والانثى ولهذا المعنى يتناول الاسم الاناث منهم وان لم يكن معهم ذكور ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف يتناول الانثى لا ذكر معهم وجه قول ابي يوسف ومحمد ان الذكور اذا اجتمعوا مع الاناث غلب اسم الذكور ويتناولهم الاسم جميعا وان كان لا يتناولهم في حال الانفراد فوجب ان يحمل على جميعهم ٥ قال بشر عن ابي يوسف قال ابو حنيفة ان لم يكن لفلان ولد لصلبه فانه يعطي ولد ولده الذين من قبل الرجال ولا يعطي ولد ولده من قبل البنات وقال لا يشترك في هذا النساء مع الرجال انما هو للرجال دون النساء وان قال لولد فلان اشترك فيه الرجال والنساء وذلك لان اسم الولد يتناول ولد الصلب حقيقة وولد الولد مجازا فاذا لم يكن حمل الاسم على الحقيقة لعدم ولد الصلب حمل على المجاز فاستحق الوصية ولد الولد واما ولد البنات فلا يدخلون في الوصية عند ابي حنيفة وذكر الخصاف عن محمد ان ولد البنات يدخلون فيه كولد الذكور وقال في السير الكبير اذا اخذ الامان لنفسه وولده لم يدخل فيه ولد البنات وجه الرواية الاولى وهي رواية بشر ان ولد البنات ينسبون الى ابائهم ولم ينسبوا الى جدهم لامهم وقال يدخلون في الوصية وقد دل على ذلك قول الشاعر ... بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابناء الرجال الاباعد ولد البنات ينسبون الى جدهم كما كان رسول الله صلى الله عليه اباهم وجه الرواية الاخرى ان الولد ينسب الى ابويه فهو ابن لابيه وابن لامه حقيقة وابن عليه السلام على وجه المجاز واذا انتسب الى امه فانه ابنه ولذلك الى اب امه ولان عيسى عليه السلام يقال انه من بني ادم وان كان ينسب اليه بالامية فدل على ان ولد البنات يدخلون في اسم البنين فاما اذا اوصى لولد فلان فان الانثى والذكر فيه سواء في قولهم لان كل احد منهم يتناوله اسم الولد على الانفراد فيتناولهم على الاجتماع ٥ قال فان كان لفلان ابن وله بنو ابن فقد قال لبني فلان فلابنه النصف وما بقي فهو مردود على الورثة لا يعطى بني الابن شيئا وان كان له ابنان لصلبه فهو لهما وقال ابو يوسف ان كان له ابنان لصلبه فهو لهما وان كان له ابن وابنا ابن فلابنه النصف وما بقي فلابن ابنه وهذا قول محمد وذكر في اخر الباب عن الحسن ان الوصية لبني الابن للصلب وبني الابن قال وهذا قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف والصحيح على اصل ابي حنيفة الاول لما بينا ان اسم الابن يتناول ولد الصلب حقيقة وولد الولد مجازا ومن اصله ان الاسم لا يحمل على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة فاذا اريدت الحقيقة سقط المجاز واما على قولهما فالاسم يحمل على الحقيقة والمجاز فيدخل الولد وولد الولد واما اذا كان له ابنان فلان الاثنين لولد الولد لان اسم الجمع في الوصايا يتناول الاثنين فصاعدا واما وجد من يحمل الوصية فلم يحمل على غيرهم ٥ قال وان كان له بنات لصلبه وبنو ابن فلا شيء لهم في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو بينهم بالسوية اما ابو حنيفة فقال الاسم يتناول ولد الصلب حقيقة وهم موجودون فيسقط ولد الولد ولم يستحق البنات شيئا لان اسم البنين لا يتناولهم على الانفراد فبطلت الوصية الى الفريقين وعلى اصلهما يحمل الوصية على ولد الولد والولد اذا المجاز ان كان الولد فيهما فاذا اجتمعوا يتناولهم على الاشتراك بها ذوا كان البطن الواحد فليس فيه ذكورهم واناثهم ٥ قال محمد في اصل الوصايا عطفا على هذه المسايل لو قال لولد فلان لو امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية وذلك لان الوصية استحقاق يتعلق بالموت كالمواريث فكما يجوز ان يستحق الحمل الميراث فكذلك يدخل في الوصية قال وان كان له بنات وبنو ابنه فالوصية لبناته دون بني ابنه وذلك لان البنات بانفرادهم يتناولهم اسم الولد فكان حمل الاسم على الحقيقة اولى قال ولو لم يكن له الا ولد واحد فان الثلث كله له لان اسم الولد يتناول الواحد فما زاد عليه ولا يختص بالجمع قال هشام وسالت محمدا عن رجل قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان ولاخوة فلان وفيهم ذكور واناث فاخبرني ان ابا حنيفة قال هو للذكور دون الاناث قال محمد هو بينهم بالسوية لا يزاد ذكر على انثى وهذا على ما قدمنا ان اسم الذكور انما يتناول الاناث اذا اجتمع الذكور على وجه المجاز ومن حكم الاسم ان يحمل على الحقيقة وعلى قول محمد اسم الذكور غالب على الاناث فيتناولهم الاسم جميعا ٥ قال هشام قلت فان مات رجل وله ابن وبنت فقال قد اوصيت بنصيب احد ابني فلان ثم جعل للموصى له قال ذلك للورثة ان شاؤوا اعطوه اقل الانصباء قلت له فان كان له ابنتان وابن قال قلت الى ايضا قلت فان كان ابنان وبنت او ابنان وابنتان وبنون وبنات فقال قد اوصيت لفلان بنصيب احد بني فقال يعطى الموصى له في هذا نصيب ابن لان قوله احد بني ويكون الاثنان والثلاثة بني دون البنات وهذا صحيح لانه اذا خلف بنتا وابنا فقال احد بني فقد علم ان الانثى انما دخلت مع الذكر فدخلت في الكلام فجاز للورثة ان يحملوا الوصية على نصيبها وان كان له بنون وبنات فقال لاحد بني فالاسم حقيقة للذكور على الانفراد فحملت الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات قال محمد فاذا كان له ابن وبنت او ابن وبنتان فالاجر هذا لا يكون بينهما وهذا صحيح لان اسم الجمع لا يتناول الواحد فلا بد من ادخال الاناث معه فحملت الوصية على نصيب

باب الوصية للموالي

قال وإذا أوصى رجل فقال ثلث مالي لموالي فإنه يدخل في الوصية جميع من أعتقه في صحته ومن أعتقه في مرضه جاز عتقه وإن كان أعتقهم قبل الوصية أو بعدها فهو سواء وذلك لأن الوصية عقد يتعلق بالموت وكل واحد من هؤلاء قد ثبت له الولاء عند الموت فاستحق الوصية لوجود الاسم فيه وأما المدبرون وأمهات الأولاد فروي عن أبي يوسف أنهم يدخلون في الوصية قال بشر عن أبي يوسف أنه قال بعد ذلك لا يدخل في الوصية إلا من عتق قبل موته وكذلك قال محمد في الجامع الكبير إذا قال أوصيت بثلث مالي لموالي وله مدبرون وأمهات أولاد فإنهم لا يدخلون في الوصية لأنهم إنما صاروا مواليه بعد موته قال ولو كان أعتق عبيدا بعد وصيته في حياته دخلوا مع مواليه في وصيته وجه قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد أن الوصية لما كانت عقدا يتعلق بالموت استحقت عقيبه وفي ذلك الحال تعتق أمهات الأولاد والمدبرون ويثبت الولاء بعدها فحال ثبوت الوصية ليسوا بموالي فلا يدخلون فيها وجه قول أبي يوسف الأول أنهم يستحقون الحرية على وجه لا يلحقه الفسخ فنسبوا إلى الولاء كالمعتقين قال محمد ولو كان قال لعبده إن لم أضربك فأنت حر فمات قبل أن يضربه دخل في الوصية وهذا صحيح لأنه يعتق عند عجزه عن الضرب وذلك في آخر جزء من أجزاء حياته فيستحق اسم المولى عقيب الموت فيدخل في الوصية قال فإن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه ولم يبين أي الفريقين أراد فالوصية باطلة في قولهم وذلك لأن اسم الوصية يتناول المعتِق والمعتَق بجهتين مختلفتين لأن المعتِق منعم والمعتَق منعم عليه وليس في اللفظ ما يبين أحد الأمرين من الآخر فلم يجز حمل الاسم عليهما لأن الاسم لا يحمل على المعاني المختلفة ولا يجوز تخصيصه بأحد المعنيين لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فبطلت الوصية وليس هذا كالوصية للإخوة يدخل فيها الإخوة المفترقون لأن الاسم يعبر به عن كل واحد منهم ومن جميعهم وهو لا ينصرف إلى أحد الأبوين فلذلك جاز أن يحمل على جميعهم وليس هذا كمن حلف لا يكلم موالي فلان أن اليمين على الموالي الأعلى والأسفل لأن النكرة في النفي يتناول المختلف وإن كان الإثبات لا يجوز أن يتناول المختلف قال أبو يوسف ولو كان الموصي من العرب وله موالي عتاقة وموالي أسلموا على يديه ووالوا فهم في الوصية شرعا وقال محمد في الجامع الكبير الوصية للمعتقين وأولادهم دون موالي الموالاة استحسن ذلك وادع القياس فيه وجه قول أبي يوسف أن المعتق والمعاقد يتناولهما اسم المولى ولهما معنى يجمعهما وهو كونهما تبعا للمولى فوجب أن يحمل الاسم عليهما وجه قول محمد أن الاسم يتناول المعتق بالنعمة ويتناول المعاقد بالعقد فهما معنيان مختلفان فلا يجوز أن يحمل عليهما كما لا يحمل على الأعلى والأسفل وليس هذا عنده كالموالي وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بولاء واحد فلذلك دخلا في الوصية ؏ قال محمد إذا أوصى الرجل لمواليه وهو من العرب وله موال أعتقهم وموال الذين أعتقهم فالثلث للموالي الذين أعتقهم وأولادهم من الرجال والنساء ولا يكون لموالي مواليه من ذلك شيء وذلك لأن المعتقين وأولادهم ينسبون إليه حقيقة الولاء لأنهم قد جرى عليهم ولا لغيرهم فصاروا كأولاد الولد الذين لا يدخلون في الوصية للولد مع وجود ولد الصلب لأنهم ليسوا بأولاد في الحقيقة وقد حصل لهم أولاد من غيره فأما أولاد الموالي فإنما ينسبون بالعتق الأول وليس عليهم ولا لغيره ؏ قال فإن لم يكن له موال أعتقهم ولا أولادهم فالثلث لموالي مواليه الذين أعتقهم مواليه وذلك لأنه لما لم يوجد من ينسب إليه بالولاء على الحقيقة حمل على من ينسب على وجه المجاز كالوصية للأولاد إنما يحمل على ولد الصلب ما وجدوا فإن لم يكونوا فعلى ولد الولد ؏ قال فإن كان له من مواليه الذين أعتقهم أو من أولادهم اثنان فصاعدا وله موال أعتقهم مواليه فالوصية للاثنين الباقين خاصة دون موالي مواليه الذين أعتقهم لأن اسم الجمع في الوصايا يحمل على الاثنين فصاعدا فإذا وجد من الموالي على الحقيقة من يستحق اسم الجمع لم يحمل على المجاز ؏ فإن كان له من المعتقين واحد فأوصى بالثلث لمواليه فللواحد النصف ويرد نصف الثلث إلى الورثة وذلك لأن الاسم يتناول المعتقين على الحقيقة ويتناول معتق المعتق على وجه المجاز فإذا بقي من المعتقين أحد فالحقيقة مرادة فلم يحمل على المجاز واسم الجمع لا يتناول أقل من اثنين فاستحق الواحد النصف وبطلت الوصية في الباقي وهذا كالوصية للولد إذا لم يكن له من ولد الصلب إلا واحد استحق نصف الوصية ولم يستحق ولد الولد شيئا ؏ قال محمد فإن كان له ابن وله موال أعتقهم ابنه فأوصى بالثلث لمواليه ولم يكن له موال ولا موال غير موالي ابنه لم يكن لموالي ابنه وجيبه لأن هؤلاء موالي أبيه في الحقيقة وإنما يستحق ميراثهم لأنه عصبة كالابن لأنه مولاهم وليس كذلك معتق معتقه لأنه مولاه الأدنى لأنه ينسب إليه بالولاء فلذلك استحق الوصية ؏

باب ما يكون رجوعا في الوصية

قال في الأصل إذا أوصى رجل لرجل بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا أو قطنا فحشاه أو بغزل فنسجه أو بحديد فصنعه إناء أو سيفا أو بفضة ثم صاغ منها خاتما أو بثوب ثم لته أو بدار ثم بنى فيها فهذا كله رجوع قال رحمه الله الأصل في هذا الباب أن الموصي يملك الرجوع عن الوصية لأنها تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيها كالهبة ولأن قبولها موقوف على الموت فما لم يوجد الموت يجوز الرجوع كالإيجاب بغير قبول وإذا ثبت أن الموصي يملك الرجوع عن الوصية فكل فعل يستدل به على رجوعه يقوم مقام قوله قد رجعت لأنه مخير بين تبقية العقد وبين إبطاله فإذا فعل ما دل على الإبطال قام مقام قوله

قد أبطلت أصله البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا دل على إبطال الخيار وإذا ثبت هذا قلنا إذا فعل الموصي فعلا لو فعله الإنسان في ملك غيره سقط حق المالك عن العين فإن الموصي إذا فعله كان رجوعا لأن تعلق حق المالك بالعين أبلغ من تعلق حق الموصى له بالوصية فإذا كان هذا الفعل يسقط حق المالك فلأن يبطل الوصية أولى وهذا أحد ما دخل فيه من قطع الثوب ثم خاطه أو قطن ثم غزله ثم نسجه [illegible] فهو رجوع [illegible] سقط حق المالك من العين فهو علم على رجوع في كل موضع اتصلت العين بزيادة لا يملك تسليم العين إلا بها فهو رجوع فهذا كالسويق إذا لته لأن السمن زيادة في مال الموصي لم يدخل في الوصية ولا يمكن تسليم المزيد إلا بالزيادة فصار عدم تسليم العين الموصى بها [illegible] الوصية وعلى هذا إذا بنى في الدار لأن البنا وقع بحق وكانت العين في ملك الموصي ولا يجوز أن يكلف نقضه ولا يمكن تسليم العين الموصى بها دون البنا والبنا لا يستحق بالوصية فبطلت الوصية وأما إذا أوصى بقطن ثم حشاه أو بطانة ثم بطنها أو ظهارة ثم ظهر بها فلأن العين لما حصلت [illegible] لم يتعلق الوصية بها وغير مستحق لأن الموصي تصرف في ملكه فتعذر التسليم فثبت الرجوع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما أوصى بعين ثم باعها ثم اشتراها لأن البيع أوجب زوال الملك ويستحيل أن يبقى الوصية في حكم ملك العين فلم يبق إلا أن يكون أبطلها ببيعه فلا يعود إلى الوصية مسألة ؏ وأما إذا أوصى بشاة ثم ذبحها بطلت الوصية لأنه تصرف في نفس العين الموصى بها فيستدل به على الرجوع ألا ترى أن المالك في الوصية يتبع بالموت والشاة المذبوحة لا تبقى في العادة [illegible] على أنه رجوع ولأنه لا يصلح بعد الذبح لما كانت تصلح له قبله فصار تغيرا دالا على الرجوع وأما إذا أوصى [illegible] فهو رجوع لأن [illegible] لو حصل من غاصب [illegible] فهو أولى وأما [illegible] ولم يخطه فيحتمل أن يقال ليس برجوع لأن العين فيه باقية كما كانت [illegible] نقض بنا الدار ؏ قال ولو أوصى له بثوب ثم غسله أو بدار ثم جصصها أو هدمها فليس برجوع لأن إزالة الوسخ منه فالوسخ لا يتعلق به الوصية وكذلك التجصيص ليس بتصرف في نفسها وهي به لأن البنا تبع للدار والتصرف في التبع لا يسقط الحق عن المتبوع وأما إذا نقض البنا فلأن البنا في الوصية تبع للعرصة والعقد على الأصل وزوال التبع لا يوجب بطلان العقد في المتبوع قال ولو أوصى لرجل أن يشتري له عبد بعينه ثم يرجع إلى الموصي بهبة أو بميراث أو وصية فهو جائز له من ثلثه لأن الوصية لم تقع بالثمن وإنما وقعت بعين العقد وإنما ذكر الشرى ليتوصل به إلى تحصيله فتعلقت الوصية فيه فإذا حصل له بغير الشرى وجب تنفيذ الوصية ؏ قال وإذا أوصى لعبد بعينه يخرج من ثلثه لفلان ثم أوصى بذلك لفلان آخر فالعبد بينهما نصفين وذلك لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق ولأن عقد الوصية إذا جاز أن يشترك فيها اثنان لم يكن العقد الثاني دالا على الرجوع لاحتماله الاشتراك فكان بينهما ؏ فإن قال العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان كان هذا رجوعا من الوصية الأولى والوصية الأخرى منهما وكذلك إذا قال العبد الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت به فلانا كان هذا رجوعا ونفذ الأخر منهما وذلك لأنه لما أعاد الوصية ثم أوصى للثاني دل ذلك على الرجوع لأنه لو لم يرد ذلك لذكر لفظ الشرك ؏ ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان لم يكن هذا رجوعا لأنه ذكر لفظا يدل على الاشتراك والاشتراك ضد الرجوع ∴ قال المعلى عن أبي يوسف في نوادره قال أبو يوسف في رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا أعرف هذه الوصية قال فهذا رجوع منه قال وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية قال وسألت محمدا عن ذلك فقال لا يكون الجحود رجوعا وقال في الأصل إذا جحد الوصية فهو رجوع ولم يضفه إلى أحد وقال في الجامع الكبير إذا أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك اشهدوا أني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا رجوعا عن وصيته لفلان ؏ ولو أوصى لفلان بالثلث ثم قال ثم أوصيت بها لفلان فهي باطلة فهذا رجوع منه ؏ قال رحمه الله فيجوز أن يكون ما في الأصل قول أبي يوسف وما في الجامع قول محمد وجه قول أبي يوسف أن الجاحد نافٍ للوصية في الحال وفيما مضى فالرجوع نفي لها في الحال فإذا انتفاها في الحالين فهو أولى أن يكون رجوعا ∴ وصار كالمرتد إذا جحد الردة كانت توبة لأن التوبة نفي الكفر في الحال فإذا انتفاه في الحال وفيما مضى فهو أولى وجه قول محمد أن الرجوع إثبات الوصية فيما مضى وإبطالها في الحال والجحود نفي لأصل العقد وذلك لا يصح معه رجوع ولهذا أن جحود النكاح لا يكون طلاقا ؏ فأما إذا قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام أو فهي ربا فليس هذا برجوع والوصية له نافذة لأن التحريم قد يجتمع مع بقاء الوصية ألا ترى أنه قد يوصي بما دخل فيه من الربا فتنفذ الوصية وهو ربا ولو قال الوصية أوصيت بها لفلان فهي لفلان ابني كانت الوصية لولده فإن شاء الورثة أجازوا وإن شاؤوا ردوا وقد رجع عن وصيته لفلان لأن إعادة الوصية الأولى وإثباتها للغير رجوع على ما قدمنا والوارث يستحق الوصية بالإجازة ؏ ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لعمرو وكان عمرو حيا يوم قال هذا القول ولكنه مات قبل الموصي فالوصية ميراث لورثة الموصي وليس لفلان ولا لورثة عمرو لأنه لما أعاد الوصية الأولى وأثبتها للثاني فقد رجع عن الوصية الأولى وصحت الثانية ثم بطلت بموت الموصى له ؏ قال فلو كان هذا القول وعمرو ميت فالوصية نافذة لفلان على حالها لأنه يبطل الوصية بإثباتها للثاني فإذا كان الميت ممن لا يستحق الوصية

العقب الوصيه لم تبقيت الوصيه الاولي علي حالها ٥ قال ولو كان قال كل وصيه اوصيت بها لفلان فهي لعقب عمرو وكذا
ثم مات الموصي قبل موت عمرو ثم مات عمرو فان الوصيه لفلان ولا تكون لعقب عمرو وصيه ٥ فان مات عمرو ثم مات
الموصي بعد ذلك فالوصيه ميراث لورثة الموصي وقد رجع عن الوصيه وذلك لانه اذا بقي عمرو بعد الموصي فلا عقب له
عند الوصيه والرجوع انما يثبت باثبات الوصيه لغير الموصي له فاذا لم يثبت بقيت الاولي بحالها فاما اذا مات عمرو
قبل الموصي وله عقب باق الي حين موت الموصي فالوصيه لعقب عمرو لانه لما اعاد الاولي اثبتها للعقب فصحت الثانيه
وبطلت الاولي وان هلك عقبه قبل موت الموصي فقد صح الرجوع عن الوصيه الاولي لانه اثبتها لعقب عمرو وهم
موجودون ثم بطلت بموتهم فلم تعد الوصيه الاولي ٥ وقال ابن رستم عن محمد لو ان رجلا اوصي بوصايا الي رجل فقيل
له انك ستبرأ فاخر الوصيه فقال اخرتها فليس هذا برجوع ولو قيل له اتركها فقال قد تركتها فهذا رجوع
لان تاخير الحق ليس باسقاط له وتركه اسقاط له الا تري انه لو اخر الدين اوجب ذلك التاجيل ولو كان ترك
كان براه ٥ قال ابن سماعه عن ابي يوسف في رجل اوصي بثلث ماله لرجل سمي واخبر الميت ان ثلث ماله الف او قال
وهو هذا فاذا ثلث ماله اكثر من الف فان ابا حنيفه قال له الثلث من جميع ماله والتسميه التي سمي باطله لا ينقض
الوصيه خطاؤه في ماله انما غلط في الحساب ولا يكون هذا رجوعا عن الوصيه وهذا قول ابي يوسف وذلك لانه اوصي
بالثلث وبين ان الثلث المبلغ الذي ذكره وصحة الوصيه لا تقف علي ذكر المبلغ فلم يوجد اسقاط بعض الوصيه وحمل علي
الغلط في العدد ولانه لما احتمل ان يكون هذا رجوعا عما زاد علي القدر المذكور واحتمل ان يكون غلطا فلم تبطل الوصيه
بالشك ٥ قال ولو قال اوصيت بغنمي كلها وهي مايه شاه فاذا هي اكثر وهي تخرج من الثلث فالوصيه جايزه في جميعها
لما بينا انه اوصي بجميع الغنم ثم غلط في العدد حتي ظن انها مايه شاه فلا يسقط ذلك ما اوصي به ٥ قال ولو قال قد
اوصيت له بغنمي وهي هذه وله غنم غيرها تخرج من الثلث فان هذا في القياس مثل ذلك ولكني ادع القياس في هذا
واجعل له الغنم التي سمي من الثلث وذلك لانه لما اوصي بالغنم علي الاطلاق وعينها بما اشار اليه فالوصيه بغنمه بما
عينه كانت الاشاره من باب التعيين اقوي من الاضافه فلم يجز استحقاق ما لم يقع الاشاره اليه وليس هذا كقوله
اوصيت له بثلث مالي وهو هذا لان التعيين لم يقع فيما تعلقت به الوصيه حتي يكون اولي من الاضافه وانما
وقعت الاشاره الي جملة المال وذلك لا يمنع ان يكون ما سواه من ماله فلذلك تعلقت الوصيه بالامرين وفي
مسالتنا اشار الي ما علق الوصيه به وما سواه ٥ وان لا فرق عنه فقد يجوز ان لا تتعلق الوصيه به فلذلك
تعلق الحكم بالاشاره ٥ قال وكذلك لو قال قد اوصيت برقيقي وهم ثلثه فاذا هم خمسه جعلت الخمسه كلهم
له من الثلث وهذا مثال الباب الاول لانه اوصي له بالرقيق وغلط في عددهم فالغلط لا يمنع من استحقاق جميعهم ٥

باب

ذكر الحسن عن زفر انه قال فيمن اوصي لرجل بسيفه انه له بجفنه وحمايله وان اوصي له بسرج فله السرج واللبد والرفاده
والصفه وقال ابو يوسف في السيف له النصل دون الجفن وفي السرج يكون له الرفان والركابان واللبب والميثره
ولا يكون له اللبد والرفاده ولا الصفه وقال محمد في الاصل اذا اوصي له بالسيف اعطيته السيف بجفنه
وحليته ولو اوصي له بسرج اعطيته السرج ومتاعه ووجه ما ذكره في الاصل وهو قول زفر ان السيف
في العاده اسم للامرين فكان الجفن تابعا للسيف فيدخل في الوصيه وكذلك السرج اسم العود ولما يتبعه
مما لا ينتفع بالسرج الا به فيدخل الجميع في الوصيه ٥ واما ابو يوسف فجعل له ما اتصل بالسرج دون
ما انفصل عنه وكذلك لم يجعل له الجفن لانه منفصل عن السيف ولم يدخل في الوصيه كمن اوصي بدار لا
يدخل ما فيها من المتاع واما اذا اوصي له بمصحف وله غلاف قال ابو يوسف له المصحف دون الغلاف
وهو قول ابي حنيفه وقال زفر له المصحف والغلاف اما ابو يوسف فمضي علي اصله ان الغلاف
منفصل عن المصحف فلا يدخل في الوصيه الا بالتسميه واما زفر فقال ان الغلاف تابع للمصحف
كجفن السيف وقال ابو يوسف اذا اوصي له بميزان فان له الكفتين والعمود الذي به الكفتان واللسان
وليس له الطرادات والسنجات واما الشاهين فله القبان والعمود وليس له السنجات ولا التخت
وقال زفر اذا اوصي له بميزان فالطرادات والسنجات اما ابو يوسف فذهب الي ان السنجه
والطرادات والتخت منفصل مما اوصي به فلا يدخل في الوصيه الا بالتسميه واما زفر فجعل ذلك
من توابع الميزان لان الانتفاع لا يحصل الا بالجميع فصار كتوابع السرج واما القبان والقرسطون فله
العمود والحديد والرمانه والكفه التي يوضع فيها المتاع في قولهم جميعا لان اسم القبان يتناول هذه
الجمله واذا تناولها الاسم فالانفصال والاتصال سوا ٥ قال محمد في الاصل واذا اوصي لرجل بحنطه
في جوالق فله الحنطه دون الجوالق لان الحنطه لا يعقد عليها دون ظرفها في العاده بدلاله البيع وكذلك
الوصيه ولو اوصي له بجراب ثياب هو فيه فله الثياب والجراب لان ذلك يدخل في بيعه علي طريق
العاده في البيع فكذلك الوصيه ولان اسم الجراب يتناول الظرف وان عبر به عما فيه في العاده فلا
يخرج من الوصيه ما يتناوله الاسم في الحقيقه وعلي هذا لو اوصي له بهذا الدن من الخل كان له الدن

بما فيه لان اسم الدن حقيقه في الظرف فاذا حمل علي ما فيه لم يخرج من العقد ما يتناوله الاسم قال ولو
اوصي له بقوصره تمر اعطيته القوصره وما فيها لان الظرف يدخل في العقود علي طريق التبع في العاده
بدلالة البيع ولان الاسم يختص الظرف فلم يخرج من الوصيه قال ولو اوصي له بقبه اعطيته
عيدانها دون كسوتها لان القبه اسم للخشب دون الثياب والثياب منفصله منها فلم يدخل في الوصيه
الا بالتسميه قال ولو اوصي له بقبه مركبه وهذا القماراد به خركاه اعطيته العيدان واللبود لان الاسم
يتناولها باللبود فدخلت في الوصيه ٥ ولو اوصي له بحجله اعطيته الثياب دون الخشب لان الاسم يتناول
الثياب والخشب منفصله عنها فلا يدخل في الوصيه بها ٥ قال ولو اوصي له بسله زعفران اعطيته
الزعفران دون السله وهذا انما اجاب فيه علي عادة شاهدها في وقته ان السله تفرد عن الزعفران
في البيع فلا تتبعه فاما الان فالعاده ان الزعفران يباع بظرفه كما يباع التمر بظرفه واسم السله
يتناول الظرف خاصه فلم يجز اخراجه من الوصيه ٥ قال ولو اوصي له بهذا العسل وهو في زق اعطيته
العسل دون الزق وكذلك السمن والزيت لان الزق لا يسمي عسلا فلا يدخل في الوصيه ما سماه
دون غيره ٥

باب من لا تصح اليه الوصيه

قال واذا اوصي الرجل الي عبد غيره فالوصيه باطله لا تجوز وان اجازها مولي العبد وذلك لان منافع العبد مستحقه
لمولاه فلا يجوز له صرفها الي ورثة الموصي ٥ واذا اجاز الوصيه المولي فله ان يرجع ويمنع العبد من التصرف
في الوصيه وهذا محمول علي ان القاضي لا يصحح الوصيه ويخرجه منها فاما ان تصرف العبد قبل ان يخرجه
القاضي فهو جايز وذلك لان تصرف العبد بالوصيه كتصرفه بالوكاله ولذلك اذا تصرف علي وجه الوصيه
وانما يخرجه القاضي لان منافعه لمولاه فاذا اقر علي الوصيه وهو لا يقدر علي القيام بامر الميت كان في
تضييع للورثه فاذا اخرجه منها له ذلك واما اذا اوصي الرجل الي عبده فان كان ورثته كبارا او كان فيهم
صغير فالوصيه باطله وان كانوا صغارا جازت الوصيه عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد لا تجوز وجه
قول ابي حنيفه ان العبد ليس في الورثه من يلي عليه وهو يقدر علي التصرف والقيام بمصالحهم ومنافعه
مستحقه لهم فجازت الوصيه اليه كالحر وليس كذلك عبد غيره لان منافعه لمولاه فلا يقدر علي صرفها الي
الورثه فلذلك لم يقره القاضي علي الوصيه واما اذا كان في الورثه كبير فانه يلي عليه العبد بدلاله جواز
بيعه له ويستحيل ان يثبت للعبد الولايه بالوصيه ويثبت له الولايه علي العبد بالملك فلذلك لم تجز
الوصيه ٥ فان قيل فالصغير وان لم يملك بيع عبده فان القاضي يملك بيعه بولايته علي الصغير قلنا
ولاية القاضي علي الوصي لا تمنع جواز الوصيه اليه بدلاله ولايته علي الاحرار وان جازت الوصيه اليهم وجه
قولهما ان لا تجوز الوصيه اليه اذا كان الورثه كبارا لا تجوز مع صغرهم كالكافر والفاسق ولان الوصي يتصرف
بالولايه والعبد من اهل الولايات ٥ فان اوصي الي مكاتبه او مكاتب غيره فالوصيه جايزه وذلك لان المكاتب
مالك لمنافع نفسه كالحر ولانه يتصرف له بالوكاله فكذلك بالوصيه فان عجز فما دخل في حال العبد علي ما قدمنا
قال ولو اوصي مسلم الي ذمي فالوصيه باطله وذكر في كتاب القسمه ما يدل علي جواز الوصيه ما لم يخرجه
القاضي فان حملنا المساله علي روايه واحده كان قوله ان الوصيه باطله ان القاضي يبطلها ويقيم مكانه مسلما
وان حملنا هذه الروايه علي ظاهرها كان فيها روايتان والوجه في بطلانها ان الوصي يتصرف بالولايه و
الكافر لا تثبت له علي المسلم ولايه ولانه متهم في حقه فلذلك لم يقبل شهادته عليه فكذلك وصيته
اليه واما وجه الروايه الاخري فانه يجوز ان يتصرف بالوكاله فكذلك بالوصيه كالمسلم الا ان القاضي
يخرجه للتهمه التي تلحقه في حق المسلمين ٥ قال ولو اوصي ذمي الي ذمي جاز لان اهل الذمه يثبت لبعضهم
علي بعض الولايه ولانهم يتوارثون فصاروا كالمسلمين واهل الذمه ولو اوصي ذمي الي مسلم جاز لان المسلم
يثبت له الولايه علي الكافر ولو اوصي رجل الي امراه جاز وكذلك المراه الي الرجل لان المراه من اهل
الولايه كالرجل ولان شهادتها عليه مقبوله فجاز ان تكون الوصيه له ولو اوصي الي اعمي جاز لان الاعمي
من اهل الولايه كالبصير قال ولو اوصي الي محدود في قذف جاز وانما يعني بهذا المحدود التايب
لانه اذا لم يتب فهي مساله الوصيه الي الفاسق وسنذكرها فاما المحدود التايب فهو من اهل الولايه
كغير المحدود ولانه عدل ناهض بالتصرف كساير الناس وليس اذا لم يقبل شهادته لم تثبت ولايته لانه
يلي علي اولاده مع وجود هذا المعني قال ولو اوصي الي فاسق متهم مخوف في ماله فالوصيه اليه باطله
وذلك لان الفاسق متهم في التصرف فلم تجز الوصيه اليه كالكافر وكان اصحابنا يقولون ان الوصيه
جايزه وانما يخرجه القاضي منها لانه متهم علي الورثه فان تصرف قبل ان يخرجه القاضي نفذ تصرفه لانه
يتصرف بامره كالوكيل وذكر ابن رستم عن محمد في هذه المساله قال ان وجدت ثقه اجعله وصيا الا انه
محتاج فاني اجعله وصيا ولا اسلم المال اليه وذلك لان المحتاج لا يومن ان يدعوه الحاجه الي تناول المال
فجاز للقاضي ان يستعين بتصرفه ولا يثبت يده في المال حتي يامن عليه وجملة هذا ان الوصي اذا كان

من اهل الولايه وكان عدلا ناهضا بالتصرف فان القاضي لا يجوز له الاعتراض عليه لانه لو اقام غيره مقامه اقام من هو في مثل صفته فاذا ثبت ذلك فمن رضيه الميت اولى وان كان فاسقا متهما اخرجه من الوصيه ونصب للميت وصيا لانه غير مؤتمن على المال والموصي انما اوصى اليه لانه لم يخبر حاله ولو علم ذلك لم يوص وقد عجز الان عن استيفاء حقه فقام القاضي مقامه واما اذا كان عدلا مأمونا الا انه ضعيف لا ينهض بالتصرف فان القاضي لا يخرجه ولكنه يضم اليه غيره لانه لو تركه لم ينتفع به الورثه لعجزه ولا يجوز اخراجه لانه غير متهم فوجب على القاضي ان يكمل تصرفه فيضم اليه غيره

باب مقاسمة الوصي للورثه او عليهم وما يجوز من التصرف عليهم وما لا يجوز من ذلك

قال واذا اوصى رجل الى رجل واوصى بالثلث وترك ورثة صغارا فقاسم الوصي اهل الوصيه واعطاهم الثلث وامسك الثلثين للورثه فهو جائز فان هلك حصة الورثه من يده لم يرجع على اهل الوصيه بشي وذلك لان الوصي قام مقام الصغار بولايته عليهم والموصى له حضر له والقسمه تصح بين المتخاصمين فكان الصغار كانوا كبارا فقاسموا الموصى له صحت القسمه ولم يرجع واحد منهم على الاخر بشي ٥ قال فان كان الوارث كبيرا وصاحب الوصيه كبيرا غائبا واعطى الوارث الثلثين وامسك الثلث لصاحب الوصيه ثم هلك الثلث فان لصاحب الوصيه ان يرجع عليه الوارث بثلث ما بقي في يده لان الوصي لا ولايه له على الموصى له فلم يصح ان يقاسم عنه فصار وجود هذه القسمه كعدمها فما هلك هلك على الحقين وما بقي بقي عليهما ٥ قال وان كان الوارث هو الغائب فاعطى الوصي صاحب الثلث وامسك الثلثين فهلك الثلثان فان القسمه جائزه وذلك لان الوصيه ثبتت له ولايه على الكبير الغائب فيما ادى الى حفظ المال وفي المقاسمه وافرازه حفظ له فجاز مقاسمته عنه واذا صحت المقاسمه لم يرجع احدهم على الاخر ٥ قال وان كان الوارث صغيرا او كبيرا فقاسم الموصى الكبير فاعطاه حصته فهو جائز وذلك لانه يلي على الصغير فقام مقامه في القسمه والكبير يلي على نفسه فصار كالكبيرين اذا تقاسما ٥ ولو كان الورثه صغارا فقسم الوصي بينهم لم يجز القسمه وذلك لان العقد انما يتم بوجوده والقسمه فيها معنى التمليك وكانه باع حق احد الصغيرين لحق الاخر وهذا لا يجوز ٥ وان كانوا كبارا وبعضهم غائب فقاسم الحاضر وامسك نصيب الغائب جاز لما بينا ان الوصي يلي على الغائب في حفظ ماله والقسمه تؤدي الى الحفظ فجاز مقاسمته عن الغائب ولو كانوا كلهم كبارا غيبا او كان فيهم صغير فقسم الوصي وافرد نصيب كل واحد لم يجز لان القسمه لا تصح الا بين متقاسمين فلم يجز ان يليها الوصي بنفسه ٥ قال ولو كانا وصيين ليتامى فقاسم احدهما لم يجز عند ابي حنيفه ومحمد لان من اصلهما ان تصرف احد الوصيين لا يجوز الا في الاشيا المخصوصه التي قدمناها فلم يجز قسمته فاما على قول ابي يوسف فقسمة كل واحد منهما جايزه كما يجوز بيعه وتصرفه ٥ قال فان كانا وصيين فمات احدهما واوصى وصيه الميت الى صاحبه وهو جايز وذلك لانه مفوض الراي اليه فينفذ العقد برايهما فكانه ملكه في حال الحيوه وقد روي عنهم انه لا يجوز حتى يقيم القاضي مقام الميت وصيا اخر لان الميت لم يرض براي هذا الباقي وحده ٥ قال ولو اوصى الى رجل وعليه دين فقضاه الوصي بشهود فلا ضمان عليه وذلك لانه فعل ما هو مستحق الا ترى ان القاضي يجبره على ذلك ولانه قام مقام الميت في مصالحه ومن مصالحه تعجيل قضاء دينه قال فان كان قضى بغير امر قاض فلحق الميت بعد ذلك دين فهو ضامن حصته من الحق وذلك لان حقوق الغرما متعلقه بالتركه فاذا دفع الوصي الى احدهم فقد دفع ما تعلق حق غيره به فلزمه الضمان واما اذا قضى بامر الحاكم فلا ضمان عليه ولكن الغريم الثاني يشارك الاول بعد ذلك لان الموصي الزمه بما قضاه بغير اختياره فصار كذلك كالهلاك في يده فلا يلزمه الضمان ٥ قال ولو كان اوصى الى رجلين فدفعا الى رجل دينا وشهدا انه به على الميت ثم لحق الميت دين بشهادة غيرهما فهما ضامنان لجميع ما دفعا ومعنى هذا انهما دفعا الى رجل شيئا بدعواه ولم يثبت له ذلك ثم شهدا عند الحاكم بذلك الدين فشهادتهما لا تقبل لانهما ضمنا بالدفع ثم شهدا ليسقطا الضمان عن انفسهما بشهادتهما فلم تقبل ولو كانا شهدا عند القاضي للغريم فقضى بشهادتهما وامرهما بالدفع ثم قام الشهود بعد ذلك بدين لم يلزمهما ضمان لانهما لا يدفعان بهذه الشهادة مغرما ولا يحصلان بها مغنما فصارا كغيرهما فاذا جازت الشهاده صح القضا فلم يلزمهما الضمان ٥ قال واذا شهدوا اثنان من الورثه على دين على الميت فهو جايز فانهما لا يتهمان في هذه الشهاده الا ترى انهما يسقطان بها حقا لهما واذا لم يتهما قبلت شهادتهما ٥ قال والوصي مصدق في كفن الميت فيما يكفن فيه مثله يعني انه اذا قال قد كفنته من مالي او كفنته من مالي واراد الرجوع صدق لان الكفن مستحق فاذا فعله فعل فعلا ما جعل له فعله فيقبل قوله فيه ٥ قال ولو اشترى الوصي الكفن من ماله كان له ان يرجع في مال الميت وذلك لانه لو اشترى مطلقا ملك الثمن دينا في ذمته فاذا اشتراه ابتداء بماله فقد فعل مقتضى العقد المطلق المأذون فيه فجاز ولم يكن متبرعا وكذلك لو كفنه الوارث من ماله رجع بالكفن لان الوارث مأذون بالتكفين وله حق في المال لان الفاضل منه له فاذا فعل ذلك تعجيلا لامر الميت لم يكن متبرعا ٥ ولو قضى الوصي او الوارث دينا من ماله بشهود كان له ان يرجع في مال الميت يعني ان الدين ثابت بشهادة فالوصي مطالب به فاذا عجله من ماله ليتخلص من المطالبه التي ادخله الموصي فيها لم يكن متبرعا وكذلك الوارث لان فاضل التركه له وقد يحتاج تقييد اعيانها لنفسه فيقدم الدين بهذا المعنى وله في ذلك حق فلم يكن بذلك متبرعا ٥ قال واذا اشترى الوصي لليتيم الطعام

والكسوه بشهادة الشهود حتى يرجع به في مالهم جاز وذلك لانه لو اطلق الشرى ثبت الدين في ذمته وكان هو المطالب بقضايه فاذا دفع من ماله فقد فعل مقتضى العقد المأذون فيه وانما اعتبر ان يكون اشترى لهم بشهاده لان قول القاضي يقبل فيما زعم انه انفقه من مالهم لانه مؤتمن فيه ولا يقبل في الرجوع بالدين عليهم فلا بد من بينه تشهد بثبوت الاصل وكذلك لو شهد على اداء خراجهم لان الخراج مستحق كالنفقه ٥ قال ولو كان للميت عنده مال فانفق عليهم منه جاز لانه مأذون فيه الانفاق وهو مؤتمن في الحال فكان القول قوله ٥ قال في الجامع الكبير اذا مات وفي يده ودايع لقوم شتى وترك مالا وعليه دين محيط بماله واوصى الى رجلين فجهل احد الوصيين فقبض المال والودايع من منزل الميت بغير امر الوصي الاخر وبغير امر ورثته البقيه فهلك ذلك في يده فلا ضمان عليه وذلك لان احد الوصيين يملك الانفراد برد الودايع وقضا الديون ولا يتوصل الى ذلك الا بقبض المال فكان مأذونا فيه وكذلك الوارث يملك رد الودايع وقضا الدين فاذا قبض المال ليتوصل بقبضه الى دفع ماله الى من يدفعه لم يضمن ٥ قال ولو لم يكن على الميت دين فقبض احد الوصيين تركته فضاعت في يده لم يضمن شيئا وذلك لان احد الوصيين يملك دفع نصيب الورثه اليهم فاذا قبض ليتوصل بالقبض الى دفع ما يجوز له دفعه لم يضمن ٥ قال فان قبض احد الورثه ضمن حصة اصحابه من الميراث وذلك لانه لا يملك التصرف في نصيبهم وانما جوزنا له بالقبض لما يتوصل به الى دفع الديون فاذا لم يكن هناك دين ولا وديعه لم يجز قبضه على من غاب اذ لا ولايه له عليهم ٥ قال وان كان المال في موضع يخاف عليه الضياع استحسنت ان لا يضمن لانه يخاف تلف نفسه ولا يمكنه حفظه الا بحفظ الجميع فكان مأذونا فيه ٥ قال واذا مات الرجل وله عند رجل ودايع من ماله ومال اودعه غيره فاراد وارثه وليس له وارث غيره قبضه ذلك وعليه دين كثير يحيط بماله فدفع ذلك المستودع الى الوارث بغير اذن القاضي فضاع في يد الوارث والمستودع ضامن لما دفع الى الوارث والوارث ضامن لما قبضه يضمن الغرما واصحاب الودايع اي الرجلين شاؤا وذلك لان المال هاهنا في يد صحيحه والوارث لا يملك التركه لوجود الدين فلم يستحق القبض وليس كذلك المسئله الاولى لان التركه في منزل الميت فليس في يد صحيحه غير يد الورثه فاذا اخذه الوارث لم يضمن قال وان كان المستودع انما غصب ذلك غصبا من الميت بعد موته كان بهذه المنزله لان يد الغاصب يد صحيحه فلم يجز له القبض منها وكذلك لو كان الميت اوصى الى وصيين فدفع المودع الى احدهما ضمن لانه ليس لاحدهما ان يتسلم الودايع لانها في يد صحيحه وليس كذلك اذا اخذ من منزل الميت لانه في حكم يد الميت فلم ياخذه من يد ولم يضمن قال وان ارتفعوا الى القاضي او احد الورثه مامون اخذ القاضي المال من يد الغاصب وتركه في يد الوارث حتى تقضى منه الديون لان القاضي لا يجوز ان يقر اليد المتعديه ولا بد له من نقل المال الى يد مامونه فان كان الوارث مامونا فله حق في فاضل المال وكان بالحفظ اولى واما اذا كان المال في يد المودع وهو لذلك اهل لم ينقله القاضي من يده لانه لو نقله نقله الى من هو في مثل حاله فمن رضي به الميت اولى ٥

باب الوصيه بالنفقه

قال واذا اوصى ان ينفق على رجل من ثلث ماله عشرة دراهم كل شهر فانه يوقف عليه الثلث كله فينفق عليه في كل شهر عشرة حتى يموت فاذا مات رجع الى ورثة الموصي وكذلك لو اوصى بنفقته درهم في كل شهر وقال ابو يوسف ينظر مقدار ما يعيش الموصى له غالبا فيوقف له من الثلث بحساب ذلك والباقي للورثه وجه قولهما ان الوصيه يجوز ان تستغرق جميع الثلث بان يطول عمر الموصى له ويهلك بعض الثلث فيتعلق الوصيه بالباقي واذا جاز ان تستغرق الثلث وقف عليه جميع ذلك كما لو كان نفقته مدة عمره ٥ وجه قول ابي يوسف ان اكثر ما يعيش الانسان اليه معلوم بالعاده فكانه اوصى له بذلك القدر فينفق عليه ٥ قال ولو اوصى ان ينفق على زيد خمسة دراهم في كل شهر وعلى عمرو عشرة دراهم في كل شهر حبس الثلث عليهما نصفين وذلك ان كل واحد منهما لو انفرد بوصيته وقف عليه جميع الثلث فاذا اجتمعا كان الثلث بينهما كما لو اوصى لكل واحد منهما بالثلث واما قوله ان الموصى له اذا مات رجع الفاضل الى الورثه ولان الوصيه بطلت فيه وما لا وصيه فيه من مال الميت لورثته ٥

تم كتاب الوصايا

والحمد لله على دفع البلايا وصلى الله على محمد النبي واله كثيرا

كتاب الوكاله

قال رحمه الله الوكاله في اللغه هي الحفظ ومنه قولهم حسبنا الله ونعم الوكيل معناه نعم الحافظ قال اصحابنا اذا قال وكلتك في كذا فهو وكيل في حفظه لان اللفظ يقتضي الحفظ فلا يثبت ما زاد عليه الا بلفظ يقتضيه والاصل في جواز الوكاله قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينه حكايه الى قوله فلياتكم برزق منه ٥ وروي انه عليه السلام اعطى عروه البارقي دينارا ليشتري به اضحيه وروي عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه اعطاه دينارا يشتري به اضحيه وروي ان رجلا طلب من رسول الله صلى الله عليه شيئا واخذ هدبه من ثوبه وقال انه وكيلي بخيبر وقل له يعطيك هذه فليعطك ووكل علي بن ابي طالب اخاه عقيلا ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنهم وهذا بحضره الصحابه من غير نكير ولا خلاف في هذا بين الامه ٥

باب جمله ما يجوز فيه الوكاله

قال ابو الحسن الوكاله جايزه في كل ما يجوز تمليكه وان يجب فيه الحقوق وما لا يجوز تمليكه وايجاب الحقوق فالوكاله فيه لا يجوز قال وهذا الذي قاله صحيح في الوكاله بالعقد واسقاط الحقوق واستيفايها لان ما جاز تمليكه وايجاب الحق فيه جاز التوكيل ببيعه وشرايه وقبضه واما الخصومه في الحقوق فلا يدخل في هذا الحد لان الحد لا يجوز تمليكه ولا ايجاب الحق فيه ويجوز الوكاله بالخصومه فيه عند ابي حنيفه ومحمد والوجه ان يقال ما جاز تمليكه وايجاب الحق فيه جاز التوكيل فيه ونعني بذلك ان التوكيل يجوز بتمليكه وتملكه واستيفايه والخصومه فيه وما لا يجوز تمليكه ولا ايجاب الحق فيه لا يجوز التوكيل في استيفايه ويجوز بالخصومه فيه عند ابي حنيفه ومحمد وانما جاز التوكيل بما جاز ايجاب الحق فيه لان التوكيل ايجاب لحق الوكيل فيما وكل فيه ولان الناس يتوكلون في البيع والشرى والصلح والقبض والخصومه في الامور التي سايرا الاعصار من غير نكير واما ما لا يجوز تمليكه ولا ايجاب الحق فيه كالحدود والقصاص فلا يجوز التوكيل باستيفايها عندنا مع غيبه الموكل وقال الشافعي يجوز لنا انه استيفا الحد بما قام مقام الغير فصار كالاستيفا بالكتاب على الشهاده ولان التوكيل يستوفي مع الشبهه لجواز ان يكون الموكل قد عفا والقصاص لا يجوز استيفاوه مع الشبهه وقد كان القياس ان لا يجوز التوكيل بالاستيفا مع حضور الموكل في المجلس لانه استيفا بما قام مقام الغير وانما استحسنا لانا لو لم نجوز النيابه فيه ليبطل الحد والقصاص لان المستحق لا يحسن الاستيفا فلا بد من ان يتسبب من يتولاه على ذلك ولانه استوفي مع الشبهه الا ترى ان الموكل لو عفا لا لظهر العفو ولان ما يستوفيه الوكيل بحضره موكله وكان الوكيل فعله بدلاله ما قالوا ان الوكيل بالبيع لا يجوز ان يوكل غيره وكل من باع بمشهد منه جاز وكانه باع بنفسه ٥ ولذلك قالوا في الولي اذا حضر مع الزوج وشاهد وقال الاخر الشاهدين زوج نعقد صح العقد وكان العاقد شاهدا تقبل شهادته في اثبات النكاح لانهم جعلوا عقده كعقد الولي. واما الوكاله في اثبات الحدود والقصاص والخصومه فيها فيجوز عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز وجه قولهما انها وكاله في اثبات حق كالوكاله في اثبات الديون ولان المانع من التوكيل بالاستيفا انه لا يستدرك بعد استيفايه فلا يجوز ان يفعل مع الشبهه وهذا غير موجود في الاثبات لانه استند الى حكم فصار كساير الحقوق ولابي يوسف ان اثبات الحد لما قام مقام الغير لا يجوز كالشهاده على الشهاده ولان الاثبات لا يحتاج اليه الا للاستيفا فاذا لم يجز الاستيفا بالوكاله فكذلك الاثبات ٥ قال ابو الحسن ومن هذه الوكالات الجايزه ما لها حقوق يلزم منها ما يكون حقوقه للوكيل وعليه ومنها ما يكون حقوقه للموكل وعليه واذا كانت وكاله العقد فيه بدل فهو على وجهين ما كان مستحقه كل واحد من المتعاقدين يجوز ان يعقده الى غيره فالحقوق التي يوجبها العقد للوكيل وعليه واذا كان مما وقع عليه العقد ما لا يجوز ان يعقده مستحقه الى غيره ولا ان يوجب فيه حقا لغيره فحقوق ذلك العقد للموكل وعليه واما قال ابو الحسن ان من الوكالات ما لها حقوق يلزم لان منها ما لا يجوز له الا ما امر به كالوكاله بتقاضي الدين والوكاله بالملازمه لا يقتضي الحقوق ولا ما سمي فيها ومن الوكاله ما يتعلق بها حقوق كالوكيل بالبيع الذي يلزمه التسليم ويستحق قبض الثمن ويخاصم في العيب ثم العقود التي يتعلق بها حقوق تنقسم الى القسمين اللذين ذكرتهما فهذا القسم خصه بالوكيل حتى لا يدخل فيه القاضي وامين القاضي ولم يحترز عن توكيل الصبي والعبد المحجور لانه جعل التقسيم للعقد ولم يجعله للعاقد وعقد البيع في الجمله تتعلق حقوقه بالعاقد واذا كان في العاقد من هو لا يتعلق به الحقوق لمعنى يختص به والدليل على ان هذه العقود تتعلق حقوقها بالعاقد انه اضاف العقد الى نفسه وهو ممن يلزمه الضمان بعقده وايجاب الضمان عليه لا يبطل السبب الذي به ملك التصرف فصار كالعاقد لنفسه ولا يلزم على هذا الصبي والمحجور لان الضمان لا يتعلق بعقودهما ولا القاضي وامينه لان ايجاب الضمان عليهما يبطل السبب الذي ملكا به التصرف وهو العطاء ولا يعقد التصرف يجوز بين الوكيلين مع غيبه الموكلين فلولا ان الحقوق تتعلق بهما لم يجز العقد كما لا يجوز بالرسول ولا يقال عقد التصرف ينعقد بالصبي المحجور وامين القاضي وان لم يتعلق الحقوق بهما لانه لا يتعلق بهما الضمان وان تعلقت بهما الحقوق بدلاله انهما يجبران على التسليم والتسلم وهذا من حقوق العقد وهذا القسم قد اشتمل على هذه البياعات والاشربه والاجارات والصلح الجاري مجرى البيع واما ما لا يجوز ان يعقده مستحقه الى غيره ولا ان يوجب فيها حقا لغيره فحقوقه تتعلق بالمعقود له كالنكاح والخلع والطلاق على مال والصلح من دم العمد والعتق على مال

والنظر للاثبات والدليل على ان حقوق هذه العقود لا تتعلق بالعاقد ان الوكيل لا يضيف العقد الى نفسه وانما يضيفه الى موكله فصار كالرسول له فلا يتعلق به الحقوق لان العاقد احد فاما من قال ان الحقوق تتعلق بالموكل بالحال او من قال انها تتعلق بالوكيل في العقود التي يضيفها الى نفسه فصار هذا موضع اجماع ٥ وقد كان ابو الحسن يقول ان الملك في الشري ينتقل الى الوكيل ومن جهته ينتقل الى الموكل وقال ابو طاهر الدباس ينتقل الملك ابتدا الى الموكل وجه قول ابي الحسن ان الوكيل اذا خالف لزمه الشري فلو كان الملك لا ينتقل اليه لم يلزمه المخالفه كما لا يلزم الوكيل بالنكاح اذا خالف فلما انتقل الملك في الشري اذا خالف دل على انه ينتقل وان لم يخالف ولا يلزم الصبي والمحجور اذا خالفا لم ينتقل الملك اليهما ولا يلزم القاضي اذا عقد على وجه لا يجوز على الصغير ان المعقود عليه ينتقل اليه وان كان لو لم يخالف لم ينتقل لان من اصحابنا من قال ان الملك ينتقل الى القاضي وانما لا يلزمه الضمان ويجوز ان يقال ان القاضي اذا عقد العقد على وجه لا يجوز خرج من القضا فصار عقده كعقد الوكيل فان فعل ذلك ساهيا لم يخرج من الولايه فلم ينتقل الملك الى الوكيل كما لا ينتقل الى المحجور اذا خالف فاما ابو طاهر فقال لو انتقل الى الوكيل لعتق ذو رحمه وذو رحم محرم اذا اشتراه بالوكاله لانه ملكهم والجواب انهم لا يعتقون لان ملك الوكيل لا يستقر الا ترى ان السبب الموجب لانتقال ملكه قايم والعتق يقع عقيب الملك وفي تلك الحال الملك ينتقل عنه ثابت فلذلك لا يعتق عليه وهذا كما قال اصحابنا ان من تزوج امه ثم تزوج حره على رقبتها فاجاز مولاها جاز وصار مهرا للحره ولا ينفسخ النكاح بينها وبين الزوج وان كان الملك منها ينتقل الى الزوج لم ينتقل منه الى الحرم الا انه لما انتقل انتقالا غير مستقر لا يفسد النكاح بينه

باب الوكاله في الهبات والصدقات والعواري

والعواري والودايع والشري والرهن وما في معناها مما ليس له ابدال ٥ قال ابو الحسن واذا وكل رجل رجلا بان يهب عبده لرجل بعينه او يتصدق به عليه او يعيره اياه او يودعه او يرهنه فقبض الوكيل العبد ففعل فيه ما امره به الموكل فذلك جايز على الموكل وليس للوكيل في الهبه ان يرجع فيها ولا ان يقبض الوديعه من المودع ولا العاريه من المستعير ولا القرض ممن هو عليه ولا الرهن من المرتهن وان كانت هذه الوكاله من الملتمس ذلك من المالك فوكل رجل رجلا ان يرتهن عبد فلان له بدينه او يستعير دابه له او يستقرض له الفا فان الوكيل في ذلك يضيفه الى موكله ولا يضيف الى نفسه فيقول ان زيدا يستقرض منك الفا او يستوهب عبدك او يستوهبك ما لك عليه من الدين او يستعير منك وانما لم يتعلق حقوق هذه العقود بالعاقد لانه لا يضيفها الى نفسه الا ترى انه يقول هب لموكلي كذا او رهنه او اعاره او اودعه واذا لم يضف العقد الى نفسه لم يتعلق تصرفه به كما لا يتعلق بالرسول وكذلك وكيل الملتمس يضيف العقد الى موكله فلا يتعلق حقوقه به فان اضاف الى نفسه فقال هب لي او اعرني او اقرضني او تصدق علي فذلك كله للوكيل دون الموكل لانه اضاف العقد في الهبه الى نفسه تقتضي انتقال الملك اليه فلا يجوز ان ينتقل بالوكاله بعد ذلك الى موكله لانها انما تنتقل بالوكاله بعد ذلك الى موكله لانها انما تنتقل في الشري بالضمان من الموكل الثمن ولا ضمان في الهبه ينتقل به الشي الى الموكل واما القرض فالقرض تابع بما في ذمته بما ياخذ ولا يجوز ان يستحق العوض غيره بالوكاله كما لو قال وكلتك بان تبيع مالك علي انه لي لم يجز قال وكذلك بالشركه والمضاربه لانه لا يضيف العقد الى نفسه وانما يضيف الى موكله فحقوقه لا تتعلق به ٥

باب الوكاله في الخصومه

قال ابو الحسن الوكاله في الخصومه جايزه في جميع الحقوق التي تجوز المطالبه بها كان الطالب الموكل بذلك او المطلوب في قول ابي حنيفه ومحمد وكذلك قال ابو يوسف الا الخصومه في الحدود والقصاص واللعان فانه لم يجز الخصومه في ذلك والاصل في جواز التوكيل بالخصومه ما روي ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا بالخصومه ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر وكان لا يحضر الخصومه ويقول ان لها قحما وان الشيطان يحضرها واما الخصومه في الحدود والقصاص فقد بينا الكلام فيها واللعان في معنى القذف كالحد قال وكان ابو حنيفه لا يقبل الوكاله في الخصومه من حاضر في المصر صحيح فان كان مريضا او غايبا عنه قبل وكالته في الخصومه ٥ قال معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفه لا يقبل الوكاله في الخصومه من رجل ولا امراه الا من عذر من مرض او غيبه وقال ابو يوسف ومحمد ذلك جايز وجه قول ابي حنيفه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضا بين الناس فليسو بينهم في مجلسه والنظر وقال لا تسمع من احد الخصمين حتى تسمع الاخر ولان الخصومه حق لزم المطلوب تختلف باختلاف من يتولاه ولا يجوز ان تجعل على غيره الا برضا صاحب الحق كالدين وجه قولهما ما روي ان عليا رضي الله عنه وكل في الخصومه ولم ينقل انه طلب رضا الخصم ولانه توكيل في حق فصار كالتوكيل باستيفا الدين فاما الخصم المريض الذي لا يقدر على الخصومه فيجوز توكيله لان الحضور لا يلزمه مع تعذر مشيه واذا اسقط الحضور عنه انتقلت الخصومه الى من قام مقامه كالصبي ٥ فاما الغايب على مسافه تقصر فيها الصلوه فالحضور لا يلزمه لان في تكلف السير

مشتغلة او اسقط الحضور عنه جاز ان توكل فاما المرأة فكان ابو بكر الرازي يقول اذا كانت مخبرة برزة جاز لها ان توكل لا بها
لانها لم تألف خطاب الرجال فاذا احضرت مجلس الحكم انقبضت فلم تنطق بحجتها ويلحقها بذلك ضرر قال ابو بكر وهذا شيء استحسنه
المتأخرون من اصحابنا فاما ظاهر الاصل فيقتضي خلاف ذلك وقد كان ابن ابي ليلى يقول يجوز توكيل البكر لانها تستحيي في
العادة ولا يجوز توكيل الثيب لانها لا تستحيي ٥ قال واذا صحت الوكالة بالخصومة جاز اقرار الوكيل على موكله كما يجوز اقرار
الموكل على نفسه اذا اقر بذلك عند الحاكم وعند غير الحاكم لم يجز ذلك على موكله وخرج من الوكالة بعد اقراره وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يجوز اقراره عند الحاكم وغيره وهو قوله الاخر وقال زفر لا يجوز بحال وجه قولهما ان الموكل
اقامه مقام نفسه في الخصومة فاذا كان يملك الاقرار والانكار فكذلك وكيله ولانه وكله بالجواب وذلك يكون تارة بالنفي
وتارة بالاثبات فاذا ملك احدهما بمطلق الوكالة كذلك الاخر ولانه اقرار يسقط به الحق فاذا اقر به الوكيل جاز ان يلزم
الموكل كما لو قال قبضت انا وجه قول زفر ان اقرار الوكيل لا يجوز بحال لانه اقامه مقام نفسه في الخصومة والاقرار
ضد الخصومة ولانه لو وكله بالاقرار لم يصح مع التصريح به فلان لا يملك ذلك بغير تصريح اولى وقد قال الطحاوي انهم
لا يختلفون ان الخصم لو قال ما اقر به لفلان علي فقد التزمته لم يصح اقراره عليه وهذا غير مسلم لان محمدا ذكر في اخر
الوكالة انه اذا وكله بالاقرار عليه جاز وجه ابي حنيفة ان التزم على ما قدمنا اقرار الوصي قلنا هو قائم مقام الصغير فلا يجوز اقراره كما لا
يجوز اقرار الصغير او قائم مقام الميت واقرار الميت على الصغير لا يجوز فان التزم الوكيل بالخصومة في القصاص اذا اقر
ان موكله قتل قلنا اقراره جائز عليه لانه قائم مقام اقرانه والقصاص لا يثبت بما قام مقام الغير واذا ثبت جواز
اقراره قال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز بغير حضرة الحاكم لانه وكله بالخصومة والخصومة ما كان بحضرة القاضي وما لم يكن
بحضرته فليس بخصومة الا ترى ان المدعي لو استحلف المدعى عليه عند غير القاضي لم تنقطع الخصومة فاذا لم يكن موكلا
بغير حضرة القاضي فقد اقر في حالة لم يوكل فيها فلا يجوز اقراره لابي يوسف انه اقامه مقام نفسه وهو يملك
الاقرار بحضرة القاضي وبغير حضرة القاضي كذلك وكيله في الوجهين وكل من لم يجوز اقرار الوكيل ابطل وكالته
باقراره لان الاقرار قد تضمن امرين احدهما اسقاط حق الموكل والوكيل لا يملك ذلك والاخر اسقاط الوكيل
من الخصومة وهو يملك ذلك فان قيل اليس لو وكله على ان يقر عليه جاز فلو كان الاقرار من مقتضى الوكالة
لم يجز استثناؤه كما لا يجوز اذا وكله بالبيع على ان لا يتعلق به الحقوق قيل له ان الاقرار ليس بحق للوكيل وانما ملكه باطلاق
الوكالة فصار التوكيل بالخصومة كالوكالة بالخصومة والاقرار فاذا استثنى احدهما جاز واما حقوق البيع فهي حق للوكيل يملكها
بمقتضى عقده بحق لا يصح عزله عنها بعد البيع فلذلك لم يجز استثناؤها من العقد وبه قال محمد في الزيادات ولو وكله واستثنى
الاقرار جاز ولو وكل المطلوب واستثنى الاقرار لم يجز لان الطالب لا يجبر على الخصومة فله ان يوكل بشيء دون شيء والمطلوب
يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه اضرار بالطالب قال واذا وكل رجل رجلا بالخصومة في مال فهو وكيل في قبضه وقال زفر
لا يملك القبض وجه قولهم ان المقصود بالخصومة الاستيفاء ومقصود الوكالة من حقوقها ومن وكل بشيء فهو وكيل بحقوقه كا
لوكيل بالبيع انه وكيل بالرد بالعيب وجه قول زفر انه قد يوكل بالخصومة من لا يؤمن على القبض فلم يكن التوكيل باحدهما توكيلا
بالاخر ٥ واما الوكيل بالتقاضي فله القبض لان المقصود بالتقاضي القبض فصار من حقوقه واما الوكيل بقبض الدين فهو
وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة وقالا ليس بخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لابي حنيفة انه موكل باخذ الشيء من مال
الغير فصار كالموكل بالاخذ بالشفعة وجه قولهما انه قد يصلح للقبض من لا يصلح للخصومة فلم يكن رضا بالقبض
رضا بخصومته واما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل في الخصومة في قولهم لانه موكل بالنقل فصار كالوكيل بنقل الزوجة
وقد قالوا في الوكيل بالملازمة انه لا يملك القبض وقد قالوا في الوكيل بطلب الشفعة والرد بالعيب وبالقسمة انه يملك
الخصومة لان الشفعة والقسمة لا يتوصل اليها الا بالخصومة وكذلك الرد بالعيب فصار ذلك من حقوقها وقد قالوا في
الوكيل بقبض العين اذا اقام الذي في يده العين البينة ان الموكل باعه اياها سمعت البينة في منع الوكيل من القبض
ولا يثبت بها المنع لان الوكيل بقبض العين ليس بخصم ولا يقوم مقام الموكل في سماع البينة الا ان بهذه البينة يثبت
اسقاط حق الوكيل من النقل فجاز سماعها في اسقاط حقه من ذلك ٥ قال واذا وكل رجل رجلا بخصومة في شيء ثم عزله
موكله عن الخصومة فيه ثم شهد الوكيل للموكل بذلك الشيء فان ابن سماعة روى عن محمد في نوادره في رجل طالب كل حق
له قبل فلان ثم اخرجه مكانه من الوكالة وخاصم هو المطلوب فشهد له الوكيل قال شهادته جائزة وقال ابو يوسف
اذا استشهد بالوكالة وقبل الوكيل ثم اخرجه من الوكالة لم تجز شهادته وهذا فرع على مسألة الاقرار فعند ابي حنيفة ومحمد
ان الوكيل لا يصير خصما الا بحضرة القاضي فلذلك لا يجوز اقراره بغير حضرته فاذا لم يصر خصما حتى عزل صار كالاجنبي فيقبل
شهادته فاما على قول ابي يوسف فهو خصم لو لم يخاصم فلم تجز شهادته فيما هو خصم فيه ٥ قال واذا خاصم الى القاضي
ثم اخرجه الطالب لم تجز شهادته لحق قد كان له عليه يوم وكله او حدث له بعد ذلك عليه لانه موكل في طلب كل
الحقوق فاذا اجاز له القاضي الوكالة فهو خصم فيما خاصم فيه وما لم يخاصم فلا تقبل شهادته قال فان اخرجه بعد ما
خاصم ثم حدث للموكل حق بعد اخراج الوكيل من الوكالة فشهادة الوكيل تجوز عليه لان هذا الحق لم يكن هذا الوكيل فيه
خصما فشهادته مقبولة ٥ قال ولا يحل من الخصمين ان يعزل وكيله من الوكالة بغير وكالته وليس لخصمه منعه من ذلك
الا ان يكون خصمه طالبه باقامة وكيل في خصومته فاجابه الى ذلك فلا يكون له ان يخرجه الا بمحضر من خصمه وذلك لان
الوكالة حق للموكل واذا لم يتعلق بها حق غيره فهو بالعزل يسقط عن نفسه فجاز له ذلك فاذا تعلق به حق غيره مثل من

وكل في الخصومة فطالبه خصمه فليس له ان يعزله الا بحضور خصمه لان في ذلك اسقاط حق الخصم الا ترى انه يعزله ويغيب
فلا يقدر خصمه على اثبات حقه وعلى هذا قالوا في الوكالة المشروطة في عقد الرهن ان الراهن لا يملك عزل الوكيل لما في
ذلك من اسقاط حق المرتهن ٥ قال ووكل خصومة وجبت للمضارب او لشريك شركة عنان او مفاوضة او لعبد
ماذون له في التجارة او لمكاتب وان لكل واحد من هؤلاء ان يوكل في خصومة من له قبله خصومة لانهم لا يملكون الخصومة
فيملكوا التوكيل بها كما يملك الانسان في حق نفسه والذمي بمنزلة المسلم في ذلك لان الوكالة من حقوق الملك والذمي
يملك ما يخاصم فيه فيملك ان يوكل ٥ قال وتوكيل المرتد في حال ردته موقوف فان اسلم جازت وان قتل او لحق
بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت وقال ابو يوسف ومحمد وكالته جائزة حتى يقتل او يموت او يحكم بلحاقه وهذا فرع
على اختلافهم في املاك المرتد فعند ابي حنيفة انها تزول في اخر جزء من اجزاء اسلامه وذلك مراعى حتى يقتل او يلحق
وكذلك توكيله لان التوكيل تصرف في ماله فهو كسائر وجوه التصرف فاما على قولهما فاملاكه باقية وتصرفه جائز وتوكيله
جائز واما اذا وكل المسلم مرتدا جاز لان الوكيل لا يتصرف في ملك نفسه وانما يتصرف في منافعه ولا حق لورثته
فيها واما المرتدة فتوكيلها جائز في قولهم لان ردتها لا تغير حكم ملكها فهي كالمسلمة ٥ قال وان ارتد ولحق بدار الحرب
انقطعت وكالته ما دام في دار الحرب وان عاد لم يعد حتى يجددها في قول ابي يوسف وقال محمد تعود الوكالة اذا
عاد الى دار الاسلام مسلما وانما لم يجز تصرفه بعد لحاقه لان اختلاف الدارين تمنع من ثبوت الاحكام بينهما فتعذر
التصرف واما اذا عاد فوجه قول ابي يوسف ان الوكالة عقد فاذا بطل باللحاق لم يعد كالنكاح ولان اللحاق للمرتد
كموته فبطلت وكالته فلا يعود بعد ذلك لمحمد ان الردة لا تنافي الوكالة وانما لم يجز تصرف الوكيل لتعذر ذلك
في دار الحرب فاذا عاد امكن التصرف فجاز فصار هذا كمن وكل رجلا ان يبيع له عبدا بالكوفة فخرج الوكيل الى البصرة
ليس له ان يبيع العبد فاذا عاد الى الكوفة كان على وكالته واما اذا ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما لم
تعد الوكالة في قولهم المشهور وروي عن محمد انها تعود وجه قولهم ان اللحاق كالموت ولو مات بطلت
الوكالة ولم تعد كذلك هذا ولان الاملاك زالت بالحكم بلحاقه فبطلت الوكالة المتعلقة بها لمحمد ان الوكالة
بطلت بزوال الاملاك فاذا عاد مسلما عادت املاكه فعاد لحقوقها كما قالوا فيمن وكل رجلا ببيع عبده ثم باع الموكل
العبد انعزل الوكيل فان رد العبد بعيب بقضاء عادت الوكالة لان الملك الاول عاد ويرد بحقوقه وقال الحسن عن
ابي حنيفة في رجل وكل رجلا بقبض الف في صك على رجل وغاب الطالب فجاء الوكيل فاثبت الوكالة والمطلوب
مقر بالالف يدعي انه قد اوفاها الطالب لم يكن على الوكيل ان يجيء بالطالب حتى يحلف ولم يكن عليه ان يجيء ببينة
ولا يقال للمطلوب ادفع هذا الالف واتبع المطلوب باليمين فان حلف والا رجعت عليه وذلك لان عقد المداينة
قد اوجب القضاء وذلك حق ثبت للوكيل فاذا ادعى المطلوب الايفاء فهو يسقط حقا ثابتا بامر يجوز ان يكون ويجوز
ان لا يكون فلم يجز ذلك وعلى هذا قالوا في الوكيل بطلب الشفعة اذا ادعى المشتري ان الموكل قد ابطلها قيل له
سلم الدار الى الوكيل واتبع انت الشفيع باليمين لانه يعقد البيع لا يبقى الا موجب الشفعة فلم يصدق في اسقاط
حق ثابت بالدعوى فاما الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع ان المشتري قد رضي فانه لا يرد السلعة حتى يحضر
الموكل فيحلف ولان عقد البيع قد وقع غير موجب للرد بان يشتري ما قد علم بعيبه فلم يتيقن ثبوت الحق فوجب
ان يقف الخصومة على يمين المشتري ٥ قال فان اراد المطلوب ان يحلف الوكيل ما يعلم ان الطالب قد استوفى
الالف منه لم يكن له ان يحلفه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر احلفه على علمه فان ابى ان يحلف
خرج من الوكالة ولم يبرا المطلوب وكان الطالب على حجته وجه قولهما ان الدعوى وقعت على الموكل
فلو استحلف الوكيل كان ذلك نيابة في اليمين والنيابة لا تصح في الايمان وليس هذا كما لو مات الطالب
فادعى المطلوب ان الميت استوفى استحلف الوارث لان اليمين ههنا تستحق للطالب في مال المطلوب
فصار الاستحلاف حقا عليه لا على وجه النيابة ووجه قول زفر ان اليمين تستحق بها حق الوكيل من
المطالبة اذا نكل فصار كما لو ادعى انه عزله عن الوكالة ٥ قال ولو كان المطلوب ادعى انه قد اوفاها الطالب
وجاء ببينة على ذلك سمع الوكيل وكيل بالقبض دون الخصومة قبلت بينته وكان ذلك دفعا له عن الخصومة ولم
يلزم ذلك قضاء على الطالب والطالب على حجته وهذا عطف على رواية الحسن ان الوكيل بالقبض ليس بوكيل بالخصومة
والبينة مسموعة عليه في اسقاط القبض الذي هو حق له ولا تسمع في اسقاط حق موكله فاما على الرواية
المشهورة ان الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة ويقضى بها على الموكل ويبرا من الحق ٥ قال وكذلك لو اقام
بينة انه اعطاه بالالف دنانير او باعه متاعا او جارية او دارا او لان الطالب قد قبض ذلك او لم يقبضه كان
ذلك دفعا عن المطلوب والطالب على حجته وهذا ظاهر على رواية الحسن لانه ليس بوكيل في الخصومة ولا
تسمع البينة في اخذ عوض الدين كما لا تسمع البينة في اخذ نفس الدين الا ان خصومة الوكيل تسقط الا بما اخذ له
والبينة تقتضي سقوطها فاما على رواية الاصل ان الوكيل بالقبض وكيل بالخصومة فيجب ان تسمع البينة
على دفع العوض عن الدين كما تسمع على دفع نفس الدين وقد روي عن محمد ان بينة المطلوب لا تقبل اذا
ادعى انه باعه جارية او غير ذلك عن ابي حنيفة ووجهه انه خصم في الدين وما يتعلق به وليس
بخصم في البياعات وهذه بينة بعقد مبايعة فلم يكن الوكيل بالقبض خصما فيها فلم يسمع عليه ٥٥

باب الوكالة بقبض الدين

قال ابو الحسن واذا وجب لرجل على رجل دين باي وجه وجب مما كان تسليم فوكل صاحب الدين رجلا بقبضه فذلك جائز لانه
يملك القبض وهو مما لا يسقط بالشبهة فملك التوكيل به كما يوكل بسائر حقوقه ولان الانسان قد يجب له الديون
المختلفة فلا يستطيع ان يقبض جميعها بنفسه فلو لم يجز له التوكيل في قبضها ادى ذلك الى توقف حقوقه ولا
فرق في ذلك بين راس مال السلم وبين الصرف وغيرهما لان التوكيل بذلك جائز في المجلس وانما لا يجوز بعد المجلس لان
الموكل لا يملك القبض بعد المجلس وانما يوكل بما يملك دون ما لا يملك قال واذا قبض الوكيل برئ الذي عليه الاصل
منه فكان ما قبضه الوكيل ملكا لصاحب الدين امانة في يد الوكيل فيضمن بما يضمن به الوديعة لان الوكيل قام مقام الموكل
في القبض فلما لو قبض الموكل برئ المطلوب كذلك قبض الوكيل وانما كان المقبوض ملكا للموكل لان يد الوكيل كيد الموكل
كما لو قبض الموكل كان المقبوض ملكا له كذلك عند وكيله وانما كان المقبوض امانة لانه قبضه باذن مالكه لا على
طريق البدل والوثيقة قال والقول قول الوكيل مع يمينه في انه دفعه الى الطالب ويحلف بما يبرأ به المودع عن
الوديعة لانه امانة والقول قول الامين في براءة نفسه قال فان جحد الغريم ان يكون للموكل عليه شيء فاراد الوكيل ان يقيم
البينة فقد بينا الخلاف في ذلك قال ابو حنيفة تقبل بينته وروى الحسن عنه انه لا يقبل وهو قولهما قال وليس للوكيل
بالقبض ان يوكل بقبضه غيره لان المالك رضي برايه والغير يختلف باختلاف الاداء ورضي بيده وحكم اليد مختلف قال
فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني الالف لم يبرأ الغريم من الدين الا ان يصل ما قبض الى الوكيل الاول لان التوكيل لم يصح
فصار قبض الوكيل الثاني كقبض الاجنبي فلا يسقط به حق الطالب فان وصل الدين الى يد الوكيل الاول فقد حصل القبض
بيد قائمة مقام المالك فكانه قبضه ابتداء او كانه ارسل رسولا بحمل الدين الى الوكيل قال فان هلك في يد القابض بعد
ذلك ضمنه الذي يقبضه ولم يبرأ الدافع من الدين الذي عليه وكان للطالب ان ياخذ الغريم بدينه فاذا اخذه منه رجع الغريم
على من دفعه اليه ورجع الوكيل الثاني على الاول ان هلك ما قبض في يده روى ذلك الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وذلك
لان قبض الوكيل الثاني بغير حق فاذا هلك في يده كان مضمونا عليه ويرجع الطالب على المطلوب لان قبض الوكيل
الثاني في حقه كلا قبض ويرجع المطلوب اذا ادى على الوكيل لانه دفع اليه ليبرأ من ضمانه بما دفع فاذا لم يسلم
كان له الرجوع عليه ولا يقال ان المطلوب دفع اليه باختياره لانه وان كان كذلك فانما دفع على وجه العوض فيتعلق
بالقبض الضمان وانما رجع الوكيل الثاني على الاول لانه تصرف له فما يلحقه من الضمان يرجع به عليه ولا يقال فلم
ضمن ابو حنيفة الوكيل الثاني وهو لا يرى تضمين مودع المودع لان هناك قد وجب بذلك القبض الضمان على المودع الاول
فلا يجب به الضمان على المودع الثاني لان القبض الواحد لا يوجب ضمانا في حق اثنين يضمن كل واحد منهما كل المقبوض
واما في مسالتنا فالضمان وجب على الوكيل الثاني بقبضه وعلى الاول بحكم الغرور والامر فلم يجب بقبض واحد ضمان على
اثنين قال ابو الحسن لو ان الطالب حين وكل الموكل بقبض المال جعل امره فيه جائزا او قال ما صنعت في ذلك فهو
جائز كان للوكيل ان يوكل في قبضه من شاء وليس للوكيل ان يقبض عن الدين شيئا غيره فما للموكل ان يمتنع من قبضه
من الغريم وذلك لانه فوض اليه الراي في القبض فاذا وكل فقد فعل ما راى فجاز له ذلك واما اذا اخذ عوضا عن الدين
لم يجز لان تفويض الراي في القبض يقتضي وجوب الحقوق المتعلقة بالقبض فاما اخذ العوض فهو عقد معاوضة
لا يتعلق بالقبض فلم يلزمه حقوقه وقال ابو يوسف في رجل وكل رجلا بقبض دين له فابى ان يقبل ثم ذهب
الوكيل فقبضه فان الغريم لا يبرأ منه والدين على حاله لانه لما ابى فقد رد الوكالة فلا يعود اليها الا بتوكيل جديد فاذا
قبض صار قبضه كقبض الاجنبي قال واذا كان لرجل على رجل دين فقال ان الطالب امرني بقبضه منك فدفعه
ثم جاء الطالب فانكر ان يكون امره بذلك فهذا على ثلثة اوجه ان كان المطلوب صدق الوكيل بالوكالة ودفع اليه قيل
له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لان تصادق المطلوب لمدعي الوكالة لا ينفذ في حق صاحب
الدين فالقول قوله انه لم يوكل ولا يرجع المطلوب على الوكيل لانه صدقه على الوكالة ففي زعمه انه امين في القبض وان
الدين سقط بما اعطاه وان الموكل ظلمه فيما طالبه به فيقبل اقراره على نفسه واما ان صدقه وضمنه ما
دفعه اليه ثم حضر الموكل فرجع عليه رجع هو على القابض لانه وان اعترف انه قبض بحق وان الطالب ظالم
في المطالبة فقد ضمنه ما يطالبه الطالب بغير حق فيصح الضمان كما لو قال ما اعطيت فلانا فهو علي واما
ان كان المطلوب كذب الوكيل في دعواه او قال لا اعلم اصدق ما تقول ام لا ودفع اليه ثم حضر الطالب
فاخذ منه رجع على الوكيل لانه لما كذبه فقد اعترف انه اخذ بغير حق فهو لم يملك ما في ذمته رجع عليه واذا لم
يصدقه ولم يكذبه فله حق التصديق وله حق التكذيب فاذا طالبه فقد كذبه قال وكل من وكل بوكالة
في جميع ما ذكرناه ثم اخرجه الموكل من الوكالة بغير محضر منه فاخراجه باطل وهو على وكالته وذلك لان العزل نهي
فلا يثبت حكمه الا بالعلم كنهي صاحب الشريعة ولانه فوض اليه القبض من غيبته فان لحقه فلو جوزنا العزل من غير
علم الوكيل ضمن ما تصرف فيه وذلك غرور فلا يجوز قال فان اتى الوكيل رجل فاخبره ان الموكل قد اخرجه من الوكالة
فان قال انا جئتك برسالة من الموكل خرج عن الوكالة في قولهم وذلك لان الرسول قائم مقام المرسل فكان المرسل شافهه
بالقول فلا يعتبر صفاته واما اذا جاءه على وجه الخبر لم ينعزل عند ابي حنيفة حتى يخبره رجل عدل او اثنان على اي صفة
كانا وقال ابو يوسف ومحمد ينعزل باخبار الواحد عدلا كان او غير عدل لابي حنيفة ان هذا الخبر يوجب ضمانا على

الوكيل بالتصرف فهو كالشهادة الموجبة حقا على المشهود عليه وهذا يقتضي اعتبار العدد والعدالة وكونه جائزا يقتضي
ان لا يعتبر واحد من الشرطين فاعتبر ابو حنيفة الشبهين وشرط احد شرطي الشهادة اما العدد واما العدالة
وجه قولهما ان هذا خبر من اخبار المعاملات فلا يعتبر فيه العدالة كسائر اخبار المعاملات قال واذا وكل صاحب الدين
رجلين لم يبرأ الغريم حتى يصل ما قبض احدهما الى صاحبه فيقع ذلك في ايديهما جميعا او يصل الى الموكل لانه رضي برايهما ولم يرض
براي احدهما والشيء مما يختلف باختلاف الاراء فلم يجز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف فاذا قبض احدهما فقبضه كقبض الاجنبي
فان وصل الى صاحبه او الى الموكل برئ المطلوب لان المقصود بالقبض قد حصل فكانهما قبضاه ابتداء قال واذا وكل
رجل رجلا بقبض دينه الذي على زيد او بقبض دينه بالشام او بمصر من الامصار فليس له ان يتعدى ذلك الى غيره وهو
وغيره من الناس في قبض غير ما سمي له سواء لان الوكيل يتصرف من طريق الامر فاختص تصرفه بما امر به وما هو
من حقوقه دون غيره قال واذا قبض الوكيل فوجده معيبا فما كان للموكل رده فللوكيل رده واخذ بدله لان يده
قائمة مقام يد الموكل وكان الموكل قبض ولان الوكيل بقبض الدين موكل بالتملك فله الرد بالعيب كالوكيل بالشرى

باب الرجل يوكل بقضاء دين عليه

واذا قال رجل لاخر اقض فلانا ما له علي من الدين فقضاه فهو جائز ويرجع على الامر وليس للمامور ان يرجع عليه بما قضاه عنه
قال والاصل في جواز التوكيل بقضاء الدين ان الموكل يملكه وهو مما لا يسقط بالشبهة فملك التوكيل به وانما رجع
المامور بما ادى على الامر لانه امره ان يملك ما في ذمته لما يعطي فصار كالوكيل بالشرى انه يرجع على الامر بالثمن وان
لم يشترط الرجوع وكذلك الكفيل اذا قال تكفل عني فكفل ورجع عليه وان لم يشترط الرجوع لما ذكرنا من العلة وليس
هذا كما لو قال عوض او تصدق عني كفارتي لانه لما امره بالعوض وهو غير واجب عليه لم يتعلق به وجوب في حق
الوكيل ايضا واما الاطعام في الكفارة وان كان واجبا على الامر فلان الوكيل لم يرجع بغير شرط الرجوع لانه انما اسقط عن
الامر الاثم لان الوجوب كان من احكام الاخرة دون الدنيا فلو ثبت الرجوع بمطلق الامر لحق المضمون في الدنيا
والاخرة فالحقوق ان يرجع باكثر مما اسقط عن ذمته قال فان دفع اليه مالا فقال اقضه عني ديني اجاز ذلك والمامور
امين فيما دفع اليه ان هلك في يده لم يضمنه لانه قبضه باذن مالكه لا على طريق البدل او الوثيقة قال فان قال الوكيل
قد قضيت صاحب الدين المال الذي دفعته الي وانكر الذي له الدين ان يكون قبض منه شيئا فالقول قول الوكيل
في براءة نفسه مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يصدق على الغريم فيما ادعى عليه من دفع المال اليه لما بينا انه امين والقول
قول الامين في براءة نفسه ولا يقبل في ايجاب الضمان على غيره لانه شاهد في حق الغير ولا تقبل شهادته بفعل نفسه
وانما جعلنا القول قوله في البراءة لان الموكل ائتمنه على المال فلما ائتمنه قبل قوله في حقه قال فان كان الذي عليه
المال دفع الى الوكيل الفا ليقضي دينه فدفع الوكيل الى الغريم الفا من ماله وقبض له الالف الذي دفع اليه جاز ذلك
لانه وكله بتمليك ما في ذمته بما اعطاه فلا يتعين المدفوع كما لو وكله بالشرى بهذه الالف فاشترى بالف من
مال نفسه ثم اخذها عوضا عنه قال فان كان لم يدفع اليه شيئا وقال اقض زيدا عني ما له علي وادعى المامور انه دفع لم
يصدق على الغريم ولا على الامر وعلى كل واحد منهما اليمين يحلف للطالب بالله ما قبض المامور دينه ويحلف الامر بالله ما
يعلم ان المامور قضى عنه الدين وذلك لان الوكيل يدعي ايجاب الضمان على موكله وقول الوكيل مقبول في
براءة نفسه غير مقبول في ايجاب الضمان على غيره وانما استحلف المطلوب لان الوكيل يدعي الايفاء واليمين على
البتات لانها يمين على فعله وانما استحلف الامر لانه يدعي ايجاب الضمان عليه وهو منكر واليمين على العلم لانها
يمين على فعل الغير قال فان اقام المامور بالقضاء البينة انه قضى صاحب الدين قبلت بينته وبرئ الامر من الدين
ورجع المامور على الامر بما قضى عنه لان القضاء ثبت بالبينة فسقط الدين من ذمة الطالب وثبت الرجوع للوكيل
لانه ادى دينه بامره قال فان كان المامور لما ادعى انه قضى الغريم فصدقه الامر وكذبه صاحب الدين فان الامر مصدق
على نفسه ويرجع المامور عليه بما قضى ويغرم الامر الالف الذي له الدين لانه اعترف بوجوب الضمان للوكيل وادعى
سقوط الدين عن ذمته فما كان حقا عليه قبل قوله فيه وما كان حقا له على الغير لم يثبت بدعواه قال وليس للعبد
التاجر والمكاتب والصبي الماذون له في التجارة ان يوكل احدهم بقضاء دينه بما له دفعه او بغير مال لان هؤلاء يملكون القضاء
فملكوا التوكيل به لغيرهم قال وكذلك كل من لزمه دين ممن يجوز له ان يودع ماله فله ان يدفع الى غيره يقضيه
لان الدفع يقتضي الامانة لان من ملك ان يوكل بالقضاء ولا يدفع لما يقضي به لانه لا يملك الايداع والمدفوع في
حكم الوديعة قال واذا دفع رجل الى رجل دينارا ليقضي به غريما له ثم ان الذي عليه الدين قضى صاحب الدين
دينه ثم لقيه الوكيل فقضاه ما كان قد دفعه اليه فان كان الوكيل لا يعلم بقضاء الامر دينه فلا ضمان على الوكيل
ويرجع دافع المال على الغريم فيأخذ منه ما قبض من الوكيل وان كان يعلم بذلك فالوكيل ضامن لما دفع الى
الغريم فله ان يرجع على الغريم بما قبضه منه وذلك لانه اذا لم يعلم بقضاء الموكل فقد تصرف على الوجه المامور
به فلا يلزمه ضمان فيه ولا يقال انه انعزل عن الوكالة بتصرف الموكل فيما وكله والعزل عن طريق الحكم لا يقف
على العلم كموت الموكل وذلك لان تصرف الموكل ليس بعزل للوكيل الا ترى انهم قالوا لو وكله ببيع عبده ثم باعه الموكل
لم يجز للوكيل ان يبيعه ليس لانه لم ينعزل لكن لان العبد في ملك غيره وكذلك بين هذا انهم قالوا لو رد العبد على الموكل بعيب

يعضا فان للوكيل بيعه فدل على ان تصرف الموكل لا يوجب عزل الوكيل ولا ينفذ عقده قال ابو حنيفة في المتفاوضين اذا
اذن كل واحد منهما للاخر ان يودي زكاته فاديا معا فان كل واحد منهما ضامن علم بالاداء او لم يعلم وذلك لانه في الزكوة وانما امره
باداء الزكوة والمودى ثانيا ليس بزكوة بدلالة انه يقع موقع الفعل وفي مسئلتنا انما امره بدفع يصير مضمونا على الامر
وذلك حاصل وان كان قد اسبق وانما يفترقان في بيوت المتفاوضين انما يشبه فعل الوكيل واذا ثبت ان الوكيل
لا يضمن رجع الموكل على الطالب لان يد الوكيل كيد موكله فكانه دفع الدين مرتين فيرجع باحدهما واما اذا علم الوكيل انه
الموكل قد قضى فدفع المال فهو ضامن لما دفع وله ان يرجع على الغريم بما قبضه منه لانه تعدى في الدفع بعد العلم
بسقوط الدين فلذلك ضمن ويرجع على القابض لانه اعطاه قال والقول قول الوكيل انه لم يعلم في نفي الضمان مع يمينه
لان الضمان عدم العلم ومن ادعى الاصل فهو متمسك بالظاهر فالقول قوله قال وكذلك ان مات الامر والوكيل لا يعلم
بموته فدفع المال فهو مثل ذلك يعني انه لا ضمان عليه لانه مؤتمن على المال وقد دفع على الوجه المامور به فلم يضمن

باب الوكالة بالشرى والبيع

قال ابو الحسن الوكالة بالشرى والبيع يجوز مع الجهالة اليسيرة فاذا كثرت بطلت الوكالة وكان القياس ان لا يجوز وان
يمنع من جوازها ما يمنع من جواز البيع وجه القياس ان المبيع ينتقل الى الوكيل من جهته الى الموكل فصار الوكيل
كالبايع وكما ان المبيع لا يجوز ان ينتقل مع الجهالة فكذلك لا يجوز التوكيل وقد قال اصحابنا ان الوكالة على ضربين وكالة عامة
فيبيع مع الجهالة كقوله اشتر ما شئت وما رايت لانه قد فوض اليه الراى فصار كالمضارب والمضاربة وفي الوكالة الخاصة قال القياس
ان لا يجوز حتى يذكر جنس ما وكله فيه وصفته وقدر الثمن الا انهم استحسنوا اذا ذكر مع الجنس احد امرين اما الصفة
او مقدار الثمن ان يجوز لما روى ان النبي صلى الله عليه اعطى عروة البارقي دينارا وامره ان يشترى شاة فذكر الجنس وقدر الثمن
وسكت عن الصفة ولان الثمن اذا علم صارت الصفة معلومة واذا ذكرت الصفة صار الثمن معلوما فاخذ ذكر احدهما عن الاخر
وقد حصل ابو بكر الرازي هذا تحصيلا اخر فقال في الوكالة الخاصة اذا كان الاسم يجمع اجناسا مختلفة او ما هو في حكم الاجناس
فان الوكالة لا يجوز حتى يبين الصفة او الثمن كقوله اشتر لي ثوبا لان ذلك يقع على اجناس مختلفة فلا بد من ذكر جنس منها
فكما قال اشتر لي دارا لان الدور وان كانت جنسا واحدا فهي صارت في حكم الاجناس لكثرة تفاوتها وان كان الاسم
يقع على جنس واحد جاز وان لم يذكر الصفة ولا الثمن كقوله اشتر لي حمارا او بغلا وصير الصفة معلومة بحال الموكل
وعلى هذا قالوا لو ان رجلا وكل رجلا ان يشتري له عبدا او شاة ولم يذكر لذلك صفة ولا ثمنا ان الوكالة باطلة
وما اشتراه الوكيل فهو لازم له دون موكله لان العبد يقع على اجناس كثيرة فكثرت الجهالة فمنع من صحة الوكالة والشاة
وان كانت اسما لجنس واحد وصفتها مختلفة ولا تختص بحال الامر فلا بد من الصفة او ذكر الثمن ولو قال اشتر
لي عبدا بالف جازت الوكالة لان مقدار الثمن تصير صفة العبد به معلومة ولو وصف العبد فقال اشتر لي عبدا
حبشيا ولم يذكر ثمنا جازت لان الثمن معلوم بالصفة ويرجع في ذلك الى حال الموكل فما يشترى به امثاله فان
اشترى له ما يخرج عن عادة امثاله لم يلزم لان الوكالة اختصت بما هو من عادة مثله فلا يلزمه ما سواه في عادته
قال بشر سمعت ابا يوسف قال في رجل قال لرجل اشتر لي خادما من جنس كذا وكذا ولم يسم شيئا فهو جائز وهو
على ما يتعامل الناس من ذلك الجنس ان جاء بذلك وهو شيء كثير الثمن لا يتعامل بمثله العامة لم يجز على الامر ولو
ان بدويا امر رجلا ان يشترى له خادما حبشيا او خلاسيا ولم يسم ثمنا جاز وذلك اذا اشترى من الضرب الذي يتعامل عليه
اهل البادية يشترونه ويشترى لهم فان تعداه الى غيره مما لا يشتريه اهل البادية فانه لا يجوز وهذا استحسان
وليس بقياس وهذا على ما قدمنا ان الصفة معلومة ومقدار الثمن يعلم بها ويختص ذلك بحال الموكل فاذا اشترى له ما
لا يشترى به امثاله فانه لا يجوز

باب شرى المعيب

قال واذا امر الرجل رجلا ان يشتري له جارية او عبدا فان هذا لا يجوز لان الاسم يقع على اجناس مختلفة وتكثر الجهالة
فيبطله قال فان وكله يشتري جارية سمى جنسها وثمنها فاشترى له عوراء او عمياء او مقطوعة اليدين والرجلين او
احدهما فان ابا حنيفة قال في ذلك هو جائز على الامر وقال ابو يوسف لا يجوز العمياء ولا المقعدة ولا المقطوعة اليدين
والرجلين ويجوز القطعاء والعوراء لابي حنيفة قوله اشتر لي جارية يقتضي ما يتناوله الاسم والاسم موجود في الصحيح
والمعيب لان عقد الوكالة لو اقتضى الصحة منع من لزومها اليسير من العيب والكثير كعقد البيع ولا يقال قد قلتم
في من له على غيره رقبة ان ذلك يقتضي بها منفعة الجنس حتى لا يجوز العمياء فيها فلم في الوكالة كذلك لان من اصحابنا
من قال انا لو خلينا وظاهر اللفظ جوزنا عتق العمياء وانما عدلنا عن الظاهر بدليل وهو ان المقصود اخراج الرقبة
من الرق لينتفع بنفسها في العمل وذلك لا يوجد في العمياء فاما الوكالة فقد يقصد الانسان شرى العمياء
[illegible] الصحة فاما لم يحصل حمل الوكالة على الامر [illegible] من اصحابنا من قال ان الله تعالى اوجب عتق رقبة وذلك يقتضي
[illegible] او لو وكله يشترى رقبة لم يعتق العمياء فلما وكله يشتري عبدا او جارية وذلك لا يقتضي سلامة الاجزاء حمل على
[illegible] فوقها ان الوكالة لم يحمل على العادة وفي العادة ان الناس لا يشترون العمياء ولا المقعدة [illegible]
[illegible] المعيب الصحيح ولذا كان العيب لا يعود منفعة الجنس جاز واذا افوت منفعة الجنس لم يجز

قال واذا قال اشتر لي جارية تخدمني وعبدا للخبز او لعمل من الاعمال فاشترى له عمياء او مقطوعة اليدين او الرجلين
لم يجز في قولهم لانه بين ما يصلح للعمل وما لا يصلح للعمل لا يدخل في الوكالة ولو قال اشتر لي جارية اطاها فاشترى له اخته
لم يجز لانه بين الوكالة فيما يحل وطيها فما هو حرام على التابيد لا يدخل فيه

باب الوكالة بشرى الغنم والبقر والجبانة والفاكهة

قال بشر سمعت ابا يوسف يقول في رجل اعطى رجلا عشرة دراهم فقال اشتر لي بها طعاما فانه لا يجوز له ان يشتري بها
الا الحنطة والدقيق ولو اشترى بها فاكهة او لحما لم يلزم الامر وكذلك الخبز لا يجوز ولو كان دفع اليه درهما جاز في الخبز
اذا جاء بالدرهم ونحوه جاز في الخبز والحنطة والدقيق واذا كثرت الدراهم لم يجز الا على الحنطة والدقيق وجملة هذا
ان الطعام في الاطلاق اسم للحنطة ودقيقها وقد يستعمل في سائر ما يطعم فالوكالة فيه محمولة على دلالة الحال
فاذا دفع الرجل مالا كثيرا فقال اشتر لي به طعاما فمعنى العادة ان ذلك القدر لا يشترى به الخبز والفاكهة دفعة
واحدة فحملت الوكالة على الحنطة والدقيق المدخر للاوقات واذا دفع درهما واحدا فهذا القدر لا يشتري به
في العادة الحنطة فحمل ذلك على الخبز وما يوكل في الحال وقد قالوا لو دفع اليه دراهم يسيره وهناك عرس فقال
اشتر بها طعاما فاشترى الخبز جاز لان الولائم يحتاج فيها الى الخبز الكثير والطعام لا يحتاج اليه فيها فاما ما ذكر
ابو يوسف للعشرة فعلى عادة اهل زمانه وشدة الرخص عندهم والعشرة لا يشترى بها الخبز دفعة فاما
الان فقد يشترى بها ذلك فاعتبر فيه العادة بحسب الوقت قال ولو امره ان يشتري له كبشا فاشترى له
نعجة لم يلزمه وكذلك لو قال اشتر لي عناقا فاشترى جديا لان الكبش عبارة عن الذكر واذا اشترى النعجة
فقد اشترى غير ما وكله به والعناق عبارة عن الانثى فاذا اشترى الجدي فقد اشترى غير ما وكله فيه
قال ولو امره ان يشترى له فرسا او برذونا وسمى له الثمن فاشترى له رمكة من الخيل والبراذين فان هذا
لا يجوز على اهل الامصار ويجوز في البلدان التي يتخذ فيها الحجور والرماك لان الفرس والبرذون اسم للذكر فلا
يدخل فيه الانثى فاما البادية والذين يتخذون الخيل لغرضهم للاناث دون الذكور فحمل الامر فيهم على العادة
فاما البغال فيجوز فيه الذكور والانثى في الامصار وغيرها ما لم يسم انثى فخالفه الى الذكر او ذكرا فخالفه الى
الانثى لان البغال اسم جنس فيتناول الذكر والانثى واما البغل فهو اسم للذكر والبغلة للانثى فلا يدخل فيها
غيرها ولو قال اشتر لي عشرة من البراذين لم يلزمه انثى اذا كان في مواضع لا يتخذ فيها الحجورة والرماك لان البرذون
ليس باسم جنس انما هو اسم للذكر فجمعه يدخل فيه الانثى كالرجال ولو قال اشتر لي من البقر عشرا جاز في الذكور
والاناث لان البقر اسم جنس فيتناول الذكر والانثى ولو قال اشتر لي بقرة فاشترى ثورا لم يجز لان البقرة
اسم للانثى واذا قال اشتر لي عشر بقرات لم يكن فيها ذكر لان التاء للتانيث ولو قال اشتر لي ثورا فاشترى بقرة
لم يجز لان الثور اسم للذكر ولو امره ان يشتري جنسا من الطير فسماه جاز في ذلك الذكر والانثى لان الواحد
في ذلك والجماعة سواء وهذا كالعصفور والحمام لان الاسم للجنس فيتناول الذكر والانثى كالانسان ما خلا
الدجاجة فانه يجوز في الجماعة الذكر والانثى واذا اسمي الدجاجة لم يجز الا الانثى لان اسم الجمع في الدجاجة يجمع
الذكور وقال [illegible] لما مررت على البيرين ارقني صوت الدجاج وضرب بالنواقيس فاما الدجاجة
فالهاء فيها للتانيث فلا يتناول الذكر ولو قال اشتر لي بعيرا فاشترى ناقة لم يلزمه ولو قال اشتر لي ناقة
فاشترى بعيرا لم يلزمه لان البعير اسم للذكر والناقة للانثى ولو قال اشتر لي بختيا لم يلزمه الا ان يكون في
بلد لا يشترى فيها العراب لان البختي عبارة عن ضرب من الابل يشتد تسيره وذلك من العراب خاصة
فيحمل الاسم عليه وان كان في بلد لا يباع العراب فيه حمل ذلك على ما يتناوله الاسم عندهم وقد قالوا ان ذلك
في بلاد العجم يحمل ذلك على الجمال لانها في معنى البخت وهذا الوكالة انما تعارفوا التسمية فيها ولو قال
اشتر لي بقرة فاشترى جاموسة لم يجز لان الاسم لا يتناولها على الاطلاق قال ولو ان رجلا اعطى
رجلا درهما فقال اشتر لي به لحما فاشترى من لحم المعز او الضان على ما يشتري الناس فهو جائز وكذلك
لحم البقر والابل هذه لحمان الناس التي تباع في الاسواق وهذا صحيح والمعتبر في ذلك العادة في كل بلد فان كان
نوع يعتادون في الاسواق يشترى جميع ذلك حمل عليه لان الاسم عام فيه فاما الان فالابل غير معتاد فلا
يحمل الاسم عليها فكذلك الضان والمعز على حسب العادة قال ولو اشترى بطونا لم يلزم الامر
وان كانت لحما وكذلك الاكباد والكروش والاكارع والروس لان هذه الاشياء لا تشترى كما يشتري
اللحم وان كانت لحما والوكالة تحمل على العادة دون الاسم ولو حلف لا ياكل لحما فاكل هذه الاشياء حنث لانها
تصنع كما يصنع اللحم فهي لحم وان لم يعتد شراؤها ويشترى اللحم وليس طريق اختلاف اليمين والوكالة
الا ترى ان الطعام في الوكالة اسم للحنطة ودقيقها ولو حلف ان لا ياكل طعاما فاكل سلحا حنث قال
ولو ان رجلا امر رجلا ان يشتري له لحما بدرهم فاشترى كله كبدا لم يلزمه الا ان يكون في بلد لحمها الذي يباع
في اسواقها الكبود لان الوكالة تحمل على ما يباع في العادة دون ما يتناوله الاسم الا ترى انه لو اشترى له
لم يجز وان كان الاسم يتناوله لانه ليس هو اللحم الذي يباع في العادة وكذلك لو اشترى صيد الوحش

فهو لحم ولا يتناوله الوكالة ٥ قال ولو اشترى لحماً مطبوخاً أو مشوياً لم يجز ذلك على الآمر لأن شرى اللحم في الإطلاق إنما
يراد به ما لم يعمل فيه فإذا أرادوا المعمول قالوا اشوي فإذا اشترى لحم الطير أو الوحش فإن كان في بلد يباع ذلك في
أسواقها ويشتريه الناس جاز لاجتماع الاسم والعادة فيه ولو أمره أن يشتري له لحماً بعشرة دراهم فاشترى شاة
حية لم يلزمه لأن الحي لا يسمى لحماً ولهذا فإن اشترى شاة مذبوحة غير مسلوخة لم يلزم الآمر لما بينا أن الوكالة تحمل
على ما يبايعه الناس والناس لا يبيعون المذبوح قبل السلخ فإن اشترى مسلوخة جاز لأنه لحم يعتاد الناس بيعه
على هذه العادة والصفة ٥ قال ولو أن رجلاً مسافراً نزل خاناً من الخانات فأمر رجلاً أن يشتري له لحماً بدرهم
وإنما يباع ذلك المطبوخ والمشوي فأيهما اشترى له جاز وهذا إنما خصه بدليل الحال لأن الغريب لا ينتفع باللحم
إلا أن يكون معمولاً فتحمل الوكالة على العادة ٥ قال ولو اشترى له سمكاً فهذا على الطري الكبار دون المالح
والصغار إلا أن يقول مالحاً أو صغاراً إلا أن العادة في شري السمك هو الطري الكبار فأما المالح فله اسم
والصغار له اسم يخصه فحمل الاسم على الظاهر ٥ قال ولو الزهنة المالح لا الزهنة الصحنا لأنها من السمك ٥ قال
ولو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري له رأساً فهذا على رؤوس الغنم دون رؤوس البقر والإبل وهو على المشوي منها
دون النيء ٥ ولو حلف لا يأكل رأساً فأكل رأس بقرة أو بعير أو شاة حنث وإن كان رأس سمكة أو طير
لم يحنث وهذا تعتبر فيه العادة أيضاً وكان يقول أبو حنيفة الأول إنه إذا حلف لا يشتري رؤوساً حمل على الإبل
والبقر والغنم ثم رجع وقال على البقر والغنم وقال أبو يوسف ومحمد على الغنم وهذا ليس بخلاف في الحقيقة إنما اليمين محمولة
على ما يعتاده الناس كبيسه لأنهم يريدون ذلك وكان في الكوفة يكبس الإبل والبقر والغنم ثم ترك الإبل
ثم رجع أبو حنيفة عن ذلك وإنما على غيرها فترك الناس كبس البقر فقالا ذلك على الغنم خاصة والباقي
كله يحكى عن أبي يوسف ومذهبه أن الاسم يختص بالغنم إلا أنه قال ذلك في الشرى وقال في الحلف بالأكل إنه محمول
على الإبل والبقر والغنم لأنها قد يكبسه الناس وإن لم يعتاده فالاسم يتناولها فيحنث بها ولا يتناولها الوكالة كما قال
في الوكالة باللحم إنها لا تحمل على البطون واليمين تحمل على ذلك فأما رؤوس العصافير والجراد والسمك ولا بالسحار
ولا تحمل عليها الوكالة واليمين وإنما تختص الوكالة بالمكبوس دون النيء لأنها محمولة على العادة وفي العادة أن
الناس إنما يشترون في الأمصار الرؤوس المعمولة ولا يشترون النيء منها فحمل الوكالة على ذلك وقال
في نسخ رواية عن أبي حنيفة وليس للوكيل ولا للمأمور أن يوكل غيره ولا يأمر غيره إلا بمحضر منه فإن أمر غيره
أو وكل غيره فاشترى بغير محضر منه لم يلزمه وقد تقدم ذلك ٥ قال ولو أمره أن يشتري له لحماً بدرهم
فاشترى له شحم البطن والألية لم يلزم الآمر ولزم المأمور لأن هذا ليس بلحم ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم
فلم يدخل تحت الأمر ٥ قال ولو أمره أن يشتري له اللبن فاشترى لبن البقر أو الغنم وإن كان في أيام لبن البقر
فهو على لبن الغنم دون لبن البقر إلا أن يسمي البقر أو يكون في بلده الغالب منها لبن البقر وكذلك
وهذا محمول على العادة فإن كان في العادة يباع هذا وهذا في الأسواق على حد واحد والاسم يتناولهما والعادة
جارية بهما فيلزم الموكل وإن كان في العادة يغلب ابتياع لبن الغنم فالوكالة عليه إلا أن يسمي البقر ولو أن رجلاً
حلف لا يذوق لبناً فهذا على لبن الإبل والبقر والغنم لأن الأيمان لا يعتبر فيها العرف في المبايعات وإنما يعتبر
العرف في التسمية وكل واحد من هذه الأنواع يتناوله الاسم في العادة ولو ذاق لبن آدمية لم يحنث لأن
ذلك لا يعتاد تسميته لبناً على الإطلاق ولا يشتريه الناس في الغالب حتى يسموا منه بائعهم ولو أمره أن يشتري
له بيضاً كان هذا على بيض الدجاج دون ما سواه لأن البيض الذي يعتاد بيعه في الأسواق هو بيض الدجاج دون
ما سواه ولو حلف لا يأكل بيضاً كان على بيض الطير ونحوه لأن بيض الطير يعتاد تسميته بيضاً وقد بينا أن اليمين
محمولة على ما يعتاد في التسمية فأما بيض السمك فلا يعتاد تسميته بيضاً على الإطلاق ٥ قال ولو حلف لا يأكل
لحماً فأكل شحم بطن لم يحنث وكذلك إن أكل ألية لأن كل واحد منهما لا يتناوله اسم اللحم وإن أكل [illegible]
أو قديداً أو لحم طير أو شحم الظهر فإنه يحنث لأن الأيمان تحمل على ما يعتاد التسمية وهذا أكله يسمى لحماً فأما شحم الجنب فهو
لحم سمين ألا ترى أنه يتخذ منه ما يتخذ من اللحم ولا ينفرد عن اللحم بالبيع ٥ قال ولو أكل مخاً أو أكل دماغ الرأس لم يحنث لأن هذا
لا يتناوله اسم اللحم ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم ٥ قال بشر سمعت أبا يوسف قال في رجل أمر رجلاً أن يشتري له ثوباً
ولم يسم جنسه ولا ثمنه ودفع إليه الدراهم أو لم يدفع قال هذا لا يجوز وكذلك لو قال اشتر لي مملوكاً أو مملوكة
أو قال اشتر لي دابة لأن الثوب مجهول الجنس كذلك الدابة مجهولة الجنس يتناول اسمها الخيل والحمير والبغال وكذا
المملوك إذا جهل الجنس كثرت الجهالة فلم تصح الوكالة وإن سمى الثمن وكذلك لو قال اشتر لي داراً لأن الدور تختلف باختلاف
البلدان والمواضع من كل بلد فصارت كالأجناس وكذلك لو قال اشتر لي جوهراً لأنه اسم لأجناس مختلفة قال ولو سمى
جنس الجارية ولم يسم الثمن جاز وإن سمى الثمن مع ذلك فهو أجوز وذلك لأنه إذا سمى الجنس فالصفة معلومة بحال الآمر
فكأنه ذكر الجنس والصفة وأما إذا بين الثمن فقد بين الصفة نطقاً فهو أولى من الرجوع إلى دلالة الحال عنها ولو قال
اشتر لي داراً في موضع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص ياقوت أحمر ولم يسم الثمن فإن ذلك لا يلزم الآمر لأن الجنس هاهنا
معلوم وهو متفاوت تفاوتاً كثيراً لا يدل عليه حال الآمر فلم يكن بد من بيان الثمن وقال الحسن قال أبو حنيفة إذا
وكل الرجل رجلاً أن يشتري له جارية أو خادماً أو غلاماً ولم يسم ثمناً ولا جنساً فالوكالة باطلة وإن قال بألف فهي جائزة

وهذا على ما بينا قال فإن اشترى جارية بيضاء أو سوداء أو أندلسية أو بها عيب أو عوراء أو عمياء أو مقطوعة اليدين أو الرجلين بعد
أن تكون مثلها تشترى بمثل ذلك الثمن جاز على الآمر في قول أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ليس له أن يشتري العمياء
ولا مقطوعة اليدين ولا الرجلين وله أن يشتري العوراء أو من بها عيب فاحش بعد أن يكون مثلها يعمل ويشفع به ويشترى
بمثل ذلك الثمن وهذا على ما قدمنا من الخلاف وإنما يشترط أن يكون مثلها يشترى بمثل ذلك الثمن لأن الوكيل
بالشرى لا يجوز عقده إلا بمثل القيمة أو زيادة يسيرة ٥ وقال أبو حنيفة لو وكله أن يشتري له جارية بيضاء أو حبشية أو
خراسانية أو سندية ولم يسم ثمناً فاشتراها على الصفة التي وصف له بثمن قليل أو كثير لزم ذلك الآمر بعد أن
يكون مثلها يشترى بمثل ذلك لأنه سمى الجنس والصفة فقلت الجهالة ٥ ولو أمره أن يشتري له جارية بألف فاشترى
له جارية بثمانمائة ومثلها يشترى بألف جاز ذلك على الآمر لأنه حصل له الصفة المقصودة وقد زاده خيراً بنقصان
العوض ٥ قال أبو الحسن وإن وكله أن يشتري له جارية بعينها بمائة دينار فاشتراها بأقل من مائة دينار جاز لما
قدمنا وإن اشتراها بدراهم تكون قدر مائة دينار أو أقل جاز على الآمر وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال زفر لا يلزم الآمر إلا أن يشتريها بمثل ما سمى له من النوع الذي سمى قال أبو الحسن والمشهور من قول أبي حنيفة
وأبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز أن يشتريها بالدراهم كما قال زفر لأن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان وإذا أمره بالشرى
بالدراهم لم يجز أن يشتري بالدنانير كما لو اشتراها بحنطة أو شعير وجه رواية الحسن أن الدراهم والدنانير تجري
مجرى الجنس الواحد ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة ٥ وقال أبو حنيفة إذا اشترى شيئاً بدراهم نسيئاً
لم يجز أن يبيعه مرابحة بدنانير أقل من ذلك وقالوا في الشفيع إذا بلغه أن الدار بيعت بألف فسلم ثم علم أنها
بيعت بدنانير قيمتها ألف صح تسليمه وإذا جرى في هذه المسألة مجرى الجنس الواحد فكذلك الوكالة ولأن نقل أحد
الجنسين إلى الآخر يتسهل فصار المشترى بأحدهما كالمشترى بالآخر وليس هذا كما لو اشتراها بحنطة أو شعير أو مكيل
أو موزون لأن ذلك لم يجر مجرى الدراهم في شيء من الأصول ولأن نقل ذلك إلى الدراهم يتصعب ولو ألزمناه الموكل
لألحقناه في الضرر ٥ قال أبو الحسن قال أبو حنيفة ولو أمره أن يشتري له طيلساناً بمائة درهم ولم يسم جنسه
أجزنا ذلك كذلك لو أمره أن يشتري له ثوب خز بمائة درهم جاز ذلك وهذا محمول على أن جنس الطيلسان
معلوم بحال الآمر وذكر الثمن يقوم مقام الصفة ٥ قال وإن أمره أن يشتري له حنطة ولم يسم كيلاً ولا ثمناً بطلت
الوكالة لأنه لا يعلم مقدار ما يشتري منها فكثرت الجهالة فإن سمى كيلاً جاز سمى ثمناً أو لم يسم وكذلك
الدقيق والسمن والعسل والزيت والبزر وذلك لأن القدر يعلم ببيان قدر الثمن والجنس معلوم فقلت الجهالة
قال أبو حنيفة إن قال اشتر لي دهناً بدرهم فأي دهن اشترى جاز وإن قال اشتر لي فاكهة فأي فاكهة اشترى
مما يباع في الأسواق جاز لأن هذا وإن اختلف جنسه فهو معلوم بالعادة فكانت جهالته في الأنواع ولو قال اشتر
لي لحماً بدرهم فاشترى لحم غنم أو لحم إبل أو بقر من الذي يباع في الأسواق جاز وقد بينا هذا فيما تقدم ٥ وقال
زفر في نسخ رواية عن أبي حنيفة وليس للوكيل ولا للمأمور أن يوكل غيره ولا يأمر غيره إلا بمحضر منه فإن أمر غيره
فاشترى بغير محضر منه لم يلزم الآمر وقد بينا هذه المسألة وذكرنا أن الموكل رضي برأيه ولم يرض برأي غيره
فأما إذا باع الوكيل الثاني بمحضر من الوكيل الأول فقد انعقد العقد برأيه وهذا مقصود الموكل ٥ قال ولو قال
الآمر للمأمور ما صنعت من شيء فهو جائز فللمأمور أن يوكل بذلك من أحب لأنه فوض إليه الرأي من طريق التوكيل ٥

باب الوكالة في البيع

قال وإذا وكل رجل رجلاً ببيع شيء له كائناً ما كان فوكالته جائزة وله عند أبي حنيفة أن يبيعه بأي قدر من الثمن شاء قليلاً
كان أو كثيراً أو بأي شيء كان الثمن عيناً أو ديناً وهذه رواية أبي يوسف ومحمد وقال الحسن عن أبي حنيفة وزفر إذا باعه
بشيء بعينه يساوي ما باعه جاز وأما جواز الوكالة بالبيع فلما قدمنا أن الإنسان لا يقدر أن يتصرف في أمواله
بنفسه أكثرها فلو لم يجز له التوكيل أدى إلى الإضرار به ولأنه يملك البيع وهو مما لا يسقط بالشبهة فيملك
أن يوكل فيه فأما مقدار الثمن فعند أبي حنيفة إذا أطلق الوكالة جاز بيع الوكيل بالقليل والكثير وقالا لا يجوز بيعه
إلا بمثل قيمته أو بنقصان يسير لأبي حنيفة أن الأمر متعلق بالعين التي وكل ببيعها بدلالة أنه لو لم يسمها
لم تصح الوكالة والأمر عام في جميع الأثمان فوجب اعتبار عمومه إلا أن يمنع منه مانع ولأنه يسمى ما يجوز أن
يكون ثمناً فإنه يسمى ثمن المثل وليس كذلك الوكيل بالشرى لأن الأمر لا يتناول الثمن المشترى به لأن صحة
الوكالة لا تقف على تسميته فلا يتعلق بالعين المأمور بشرائها لأنها على ملك الغير فلم يجز اعتبار عموم الأمر
وليس هناك مال يتعلق به الأمر فلم يبق إلا أن ينفذ تصرف الوكيل حكماً فلا يجوز إلا بما لنقصان اليسير
كبيع الأب والوصي وجه قولهما أن الوكالة مخصوصة بالعادة وفي العادة أن الإنسان لا يبيع بالثمن اليسير
فلم يحمل الأمر عليه ولأن النقصان الكثير في معنى الهبة بدلالة أنه يكون من الثلث وهبة ملك الغير لا يجوز وأما
إذا باع بغير الأثمان جاز عند أبي حنيفة لأن الأمر بالبيع ينتظم الجميع ولأنا لو اعتبرنا الأمر فهو عام وإن اعتبرنا
العادة فالناس يبيعون تارة بالأثمان وتارة بغيرها وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز بيع الوكيل إلا بالأثمان لأن
إطلاق البيع يقتضي مبيعاً وثمناً وما سوى ذلك في معنى المقايضة فلم يدخل تحت إطلاق البيع فأما رواية الحسن

اذا باع بعرض فهو مخالفة للرواية المشهورة لان الظاهر من قول ابي حنيفة ان بيع الوكيل يجوز بالقليل والكثير سوا بالاثمان او بالاعيان ووجه رواية الحسن ان البيع اذا وقع بالاعيان والوكيل مشتر لها بالسلعة التي وكل ببيعه والوكيل بالشرى لا يجوز ان يعقد مع الغبن الكثير واما اذا باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين ان كان مما لا ضرر في تبعيضه جاز في قولهم مثل ان يوكله ببيع كر حنطة فيبيع بعضه او يوكله ببيع عبدين فيبيع احدهما لان توكله ببيع [illegible] ببيع الجملة صفقة واحدة وفي بيعها صفقتان [illegible] تفريق ذلك ضرر مثل ان يوكله ببيع عبد فيبيع نصفه فذلك جائز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز بيعه للنصف الا ان يجيزه الامر لابي حنيفة ان توكله ببيع [illegible] الجملة وبعضها بدلالة انه اذا وكله في بيع الحنطة جاز ان يبيع بعضها فاذا باع بعض العبد فقد فعل ما تناوله الامر فجاز ولان من اصله انه لو باع الجميع بالثمن الذي باع به النصف جاز فاذا باع به النصف فقد زاد الامر خيرا وليس هذا كالوكيل يشتري عبدا فاشترى نصفه لان الشركة في العبد عيب فاحش وقد ادخل الضرر فيما عقد عليه بالوكالة فلم يلزم الامر ومن مسلمنا ادخل الضرر فيما لم يبعه وفيما لم يقع عليه العقد لا يمنع من جواز عقده في غيره ووجه قولهما ان الشركة عيب فاحش فاذا باع النصف لحق بالموكل الضرر في الباقي فلم ينفذ عقده ووقف على اجازة الامر وقد اختلف ابو يوسف ومحمد في الوكيل يشتري عبدا اذا اشترى نصفه قال ابو يوسف ان اعتقه الامر جاز وان اعتقه الوكيل لم يجز لابي يوسف ان الوكالة اذا تعلقت بعين لم يملك الوكيل ان يشتري [illegible] لنفسه فلما اشترى نصف العبد [illegible]

[illegible]

حق المطالبة والمطالبة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالوكيل وهو يملك اسقاط حق نفسه [illegible]

[illegible]

ملك اسقاطه قولا وفعلا [illegible] لان عقد المعاوضة [illegible] لان الصلح موضوع لاسقاط الحق كالبراءة ونقض [illegible] فقد منع من تعيين حق الموكل قال وللموكل ان يوكل في الحقوق التي توجبها العقد له وعليه من شاء وان يوكل الموكل في ذلك لم يجز والله لانها لا يستحقونه له ولا عليه وذلك لما قدمنا ان حقوق العقد تثبت للوكيل لعقده لا بالوكالة وكذلك لا يملك الموكل عزله عنها فصار كحقوق نفسه فجاز له التوكيل فيها

باب ما يخرج الوكيل من الوكالة

قال واذا وكل رجل رجلا ببيع او شرى او غير ذلك ثم اخرج الموكل الوكيل من الوكالة فاخراجه باطل وهو على وكالته حتى يشافهه الامر بذلك او يرسل اليه رسولا فان اخبر الوكيل باخراج الموكل له من الوكالة رجل على غير رسالة من الموكل وكان المخبر رجلا حرا عدلا او غير عدل او امراة حرة او عبدا او امة او صبيا خرج الوكيل من الوكالة عند ابي يوسف ومحمد اذا علم ان المخبر صدق وقال ابو حنيفة لا يكون ذلك اخراجا حتى يخبره رجل عدل او امراة عدلة او يخبره رجلان [illegible] قد بينا هذه المسألة فيما مضى قال واذا مات الموكل او جن جنونا مطبقا خرج الوكيل من الوكالة وذلك لان الوكيل يتصرف بالامر وموت الموكل وجنونه يبطل امره فابطل تصرف وكيله [illegible] الراهن او مات جاز بيع العدل [illegible] يتصرف بامره لان الوكالة هنا تعلق بها حق الغير [illegible]

[illegible]

خرج الامر من الغرور بالموت وموته وموت العبد سواء وذلك لان الوكالة بطلت بالموت وانما كان يجب الضمان
بالغرور فاذا مات استحال ان يكون غارا بعد موته فلم يلزمه الضمان واما اذا اباق العبد فالعقد لم ينصرف
فهو عقد باطل فلا يدخل تحت الامر حتى يشبه الغرور لاجله وليس كذلك بيع الحر لان هناك عقد البيع الاشارة فالعقد
اليها فثبت حكم الغرور لاجلها وقال ابو يوسف اذا وكل رجل رجلا بطلاق امراته ثم طلقها الزوج فقد خرج الوكيل
من الوكالة وهذا محمول على ان الموكل طلقها ثلاثا او طلقها واحدة وانقضت عدتها لانه لم يبق هناك طلاق يقع
تصرف الوكيل فيه فاما اذا طلقها الموكل واحدة فتصرف الوكيل غير متعذر بان يطلق بقية الطلاق فـ
ولذلك لو قال اخلعها ثم خلعها لان الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل وكذلك لو وكله بعتق عبد ثم اعتقه
او بكتابته فكاتبه او بتزويج امراة فتزوجها او شري شي ثم اشتراه لان الموكل لما تصرف فيما وكل فيه تعذر التصرف
على وكيله فلم يصح تصرفه قال ابن سماعة عن محمد في رجل وكل رجلا ببيع عبده فباعه ثم رد عليه بعيب فله ان يبيعه
مرة اخرى ولو وكله ان يهب عبده فوهبه ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا قال لا يشبه البيع الهبة
وذلك لان الوكيل اذا باع لم ينقض وكالته بدلالة انه يقبض الثمن بحكمها ويخاصم في العيب واذا انقضت الوكالة
ثم انفسخ بيعه جاز ان يبيع بحكمها واما اذا وهب فقد انقضت وكالته بدلالة انه لا يملك الرجوع ولا يصح تسليمه
واذا رجع الموكل في الهبة ولا وكالة لم يجز للوكيل ان يهب قال محمد في رجل وكل رجلا ببيع عبد له فباعه الامر
فرد على الامر بعيب كان للوكيل ان يبيعه ولا يكون بيعه اخراجا له من الوكالة وكذلك لو وكل كل واحد من الرجلين
فباعه احدهما فرد عليه بعيب فلكل واحد منهما ان يبيعه وقال ابو يوسف ليس للوكيل ان يبيعه ووجه
قول ابي يوسف ان الموكل لما تصرف فيما وكل فيه صار ذلك منعا للوكيل من التصرف فهو كالعزل فلا
يعود الامر الا بوكالة مستقبلة ولمحمد ان الموكل لم يلفظ بالعزل وانما تعذر على الوكيل البيع لخروج العبد من
ملك الموكل فاذا عاد على حكم الملك الاول عادت حقوقه في البيع قال محمد ولو وكل رجلا بكتابة عبد
فكاتبه ثم عجز لم يكن له ان يكاتبه مرة اخرى لان حقوق الكتابة لا تتعلق بالعاقد فاذا عقدها انقضت وكالته فلا
يجوز بعد ذلك ان يكاتب ٥ قال وكذلك لو كان المولى كاتبه خرج الوكيل من الوكالة وكذلك لو وكل
رجلا ان يزوجه امراة بعينها ثم تزوجها وطلقها تطليقة بائنة لم يكن له ان يزوجها من الزوج مرة اخرى لان
حقوق هذه العقود لا تتعلق بالعاقد فاذا عقدها انقضت وكالته لم يجز بعد ذلك عقده واذا كان لو عقد
هو لم يجز هو ان يعقد فاذا عقد موكله لم يجز له ان يعقد بعده الا ترى ان عقد البيع لما كان عقده لا يمنعه
من العقد بعده اذا انفسخ كان كذلك عقد موكله ٥ وقال ابن سماعة سمعت ابا يوسف يقول في رجل
وكل رجلا ببيع عبد له ثم ان المولى باعه فرد عليه بعيب بقضاء فليس للوكيل ان يبيعه لان بيع المولى اخراج للوكيل من
الوكالة وقد بينا وجه ذلك قال ولو كان الوكيل باعه ثم رد عليه بعيب بقضاء فان الوكيل على وكالته لما
قدمنا ان بيعه لا يبطل وكالته بدلالة انه يتصرف بحكم الوكالة في حقوق العقد الاول فلذلك ملك ان يبيع ثانيا ٥

تم كتاب الوكالة والحمد لله وحده وصلواته على محمد الهادي من الضلالة والطمس

كتاب الكفالة والحوالة

قال رحمه الله الكفالة في اللغة عبارة عن الضم ومنه الكفل للخشبة التي تعمد بها الحائط وقال الله تعالى وكفلها زكريا يعني ضمها
الى نفسه وانما سميت الكفالة كفالة لانه ضم احدى الذمتين الى الاخرى في التوثق وهو عقد جائز والدليل عليه قوله عليه السلام
الزعيم غارم وبعث والناس يتكفلون فاقرهم على ذلك كما اقرهم على سائر العقود وقال اصحابنا الكفالة لا توجب براءة
المكفول عنه وقال ابن ابي ليلى يبرأ لنا ان الكفالة ضم احدى الذمتين الى الاخرى فلو برئ المكفول عنه لم يصح معنى الضم ولان
العقود تختلف اسماؤها لاختلاف معانيها فلو اقتضت الكفالة البراءة لما زحت الحوالة وانعقد معنى العقدين وهذا يمنع من
اختلاف اسمها ولانه يقال ان صاحب الحق له مال واحد فلو ثبت كله في ذمة كل واحد منهما لثبت له مالان وهذا لا
يصح لانه باطل بالغاصب وغاصب الغاصب ان الضمان ثابت في ذمة كل واحد منهما وان لم يكن للمغصوب الا مال واحد ولان
الدين يثبت في ذمتهما على طريق البدل الا ترى ان المضمون له لا يستوفي منهما وانما يستوفي من احدهما ويسقط
حقه من الاخر فلم يلزم من ذلك ثبات مالين قال ابو الحسن كل دين ثبت في ذمة امراة او رجل حرا او عبد صغير
او كبير ماذون له او محجور عليه فكفل بذلك عليه رجل يجوز تبرعه في ماله جازت كفالته ولزمه ما كفل به وذلك
وهذا صحيح لان كل دين صحيح فضمانه جائز لان الكفيل يلزمه ما في ذمة المكفول عنه فاذا كان في ذمته دين صحيح
لزم كفيله وهذا موجود فيما ذكره من دين الرجل والمراة والحر والعبد ولان العبد المحجور يلزمه الديون وانما يتاخر مطالبته
فالكفالة بديونه جائزة كما تجوز بالدين المؤجل واما مال الكتابة فلا تجوز الكفالة به لانه ليس بدين صحيح الا ترى انه دين
المولى على عبده ولا يثبت ثبوتا صحيحا فلذلك لم تجز الكفالة فيه بين ذلك ان الكفالة لو صحت لم يخل ان يثبت الدين
في ذمة الكفيل ناقصا او كاملا ولا يجوز ان يثبت كاملا لان الكفيل لا يلزمه اكثر مما لزم المكفول عنه ولا يجوز ان يثبت
ناقصا لان النقص في الذمة المكاتب انما هو لانه دين المولى عليه وهذا المعنى لا يوجد في حق الكفيل وقالوا ان الكفالة
لا تصح لان من حكم مال الكتابة ان يثبت في ذمة عبد فاذا كفل الحر به لم يجز ثبوته مع الحرية فالمال المستحق

فلا يجوز الكفالة به عندنا وهذا على اصله ان المستسعى مكاتب فاما على قولهما فهو حر فيجوز الكفالة بدينه كما يجوز بديون
سائر الاحرار فاما ما شرطه ابو الحسن من كون الكفيل ممن يصح تبرعه في ماله فلان الكفالة عقد تبرع فمن لا يصح تبرعه لا يصح
كفالته فمن ذلك الصبي والمجنون لا يصح كفالتهما كما لا يصح قرضه والعبد المحجور لا يطالب بحكم الكفالة في الحال ويطالب بها
بعد الحرية والمريض كفالته من الثلث كما ان تبرعه من الثلث والمكاتب لا تصح كفالته كما لا يصح تبرعه قال وفي المكفول
له بالخيار ان شاء طالب بذلك الكفيل وان شاء طالب المكفول عنه لما بينا ان الدين ثابت في ذمة كل واحد
منهما فجاز للطالب ان يستوفي من ايهما شاء وقد قالوا ان الطالب اذا اختار مطالبة المكفول كان له مطالبة
الكفيل وقالوا في الغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المالك تضمين احدهم لم يكن له تضمين الاخر وذلك لان اختيار
التضمين يتضمن نقل الملك الى الضامن في العين المغصوبة ويستحيل ان يملك العين كل واحد منهما جميعا
وفي مسالتنا ليس في المطالبة تمليك للمطالب فلذلك لم يمنع من المطالبة وقد قال ابو حنيفة اذا اعتق احد
الشريكين نصيبه وهو موسر فشريكه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء استسعى فان اختار احد الامرين لم يكن له اختيار
الاخر لان في اختياره الضمان نقلا لنصيبه الى شريكه ويستحيل ان ينقل نصيبه ثم يختار سعايته بعد ذلك قال وان
اخذ الطالب المكفول عنه بالمال فاداه برئ الكفيل ولا يرجع المكفول عنه عليه بشي وذلك لان اداء المكفول عنه براءة
من الدين وبراءة المكفول براءة لكفيله الا ترى ان الكفيل انما يضمن ما في ذمته فاذا سقط ما في ذمته بالاداء لم يبق
الضمان على كفيله وانما لا يرجع المكفول عنه على الكفيل لان حاصل الضمان عليه فلو رجع على كفيله لرجع كفيله عليه
فلم يكن للرجوع فايدة قال وان اخذ به الكفيل فاداه اليه رجع بما ضمن على المكفول عنه ان كفل عنه بامره وهو ممن
يجوز اقراره على نفسه بالدين وذلك لان الكفيل يملك ما في ذمته بالاداء فرجع على المكفول عنه بحكم الامر ولان الكفالة
طلب للقرض فالكفيل اذا ادى مقرضا للمكفول عنه فيرجع عليه بما اقرضه واما اذا كان المكفول عنه ممن لا يلزمه
اقراره لم يرجع عليه الكفيل بشي كالصبي المحجور اذا امر رجلا ان يتكفل عنه لان الامر بالكفالة طلب للقرض واستقراض
الصبي لا يتعلق به ضمان عليه ٥ واما العبد المحجور عليه اذا امر رجلا ان يتكفل عنه فانه لا يرجع عليه حتى يعتق لان
قوله صحيح في حق نفسه غير ثابت في حق مولاه فلم يلزمه ضمان في الحال فاذا اعتق لم يبق الا حق نفسه
فيلزمه الضمان واما اذا كانت الكفالة بغير امر المكفول عنه لم يرجع الكفيل عليه عندنا وقال مالك يرجع
لنا انه تبرع بقضاء دين غيره فصار كمن تبرع بالانفاق على اهله او داره ولا يرجع به عليه ولا يقال ان صاحب
الدين ملكه الدين بما اخذ منه لان تمليك الدين عندنا لا يجوز لغير من في ذمته قال واذا طولب الكفيل
باداء ما عليه من المال فله ان يطالب المكفول عنه بخلاصه مما يطالب به مكفول المكفول عنه اداء المال الى
الطالب وليس له ان يقول اد المال الي فان لم يؤده حتى اداه الكفيل رجع بما ادى على المكفول عنه ان كان
امره بالكفالة وجملة هذا ان الكفيل ليس له ان يطالب بالمال قبل ان يؤدي لانه في حكم المقرض ومن
سال رجلا ان يقرضه فلم يفعل لم يكن له ان يرجع عليه بشي الا انه اذا طولب طالب المكفول عنه بالخلاص
فان حبس كان له ان يحبس المكفول عنه لانه هو الذي ادخله في هذه المطالبة فكان عليه خلاصه منها الا ترى انه
لو ادى رجع لانه هو الذي الزمه الاول فلزمه خلاصه منه فلذلك المطالبة والحبس ٥ قال محمد في الاملاء
اذا قال رجل لرجل له على رجل مال دعه وانا ضامن ما عليه او كفيل بذلك او قبيل او زعيم بذلك او هو علي او الي او
هو لك عندي فهذا كله ضمان صحيح جائز ولو قال هو لك قبلي فلا ادري احفظ الاصل في هذه الوجوه ولصاحب
المال ان يطالب ايهما شاء واما قوله فانا كفيل او ضامن لما عليه فهذا اصرح الضمان وذلك ان معنى الكفالة وذكر معنى
العقد كذكر العقد واما قوله وانا كفيل فهذا لفظ صريح بالعقد فيلزمه حكمه واما القبيل فهو في اللغة الكفيل
ومعناه القابل للضمان فذكر احد اللفظين كذكر الاخر واما الزعيم فهو الكفيل قال الله تعالى وانا به زعيم اي
ضمين وقال النبي صلى الله عليه الزعيم غارم واما قوله فهو علي فهو من الفاظ الوجوب وقوله الي يفيد الضمان والدليل
عليه قال رسول الله صلى الله عليه هل على صاحبكم من دين فقالوا نعم دينارا فتاخر النبي عليه السلام وقال صلوا على صاحبكم فقال
ابو قتادة هما الي واضمنتهما فصلى عليه السلام فدل هذا على ان هذا اللفظ ضمان واما قوله هو لك عندي
فظاهر هذا اللفظ يفيد اليد الا ترى انهم قالوا فيمن اقر ان لفلان عنده او قبله الفا انها عنده وديعة ويحمل
ذلك في مسالتنا على ما في الذمة لانه لما استند الى الدين فقال هو عندي فالدين لا يوصف بثبوته في اليد لم يبق
الا ان يراد به الذمة وهذا يعتبر بهذا اللفظ عما في الذمة وان لم يكن ظاهرا فلذلك حمل عليه في مسالتنا لما
لم يمكن حمله على حقيقته قال فان وهب الذي له المال المال لاحدهما فهو والاداء سواء وكذلك لو مات الطالب
فورثه احدهما لان الهبة تمليك لما في الذمة وكذلك الميراث فان كان الموهوب له والوارث الكفيل فقد
ملك ما في ذمته بالهبة والميراث فيرجع على صاحب الاصل كما لو ملك ذلك بالاداء فان الموهوب له والوارث
المكفول عنه برئ الكفيل لان المكفول عنه ملك ما في ذمة نفسه فكانه ادى ٥ قال ولو ابرا الطالب احدهما
فقال قد ابراتك من المال فان كان المبرا الذي عليه الاصل فقد برئا جميعا ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشي
فان كان المبرا هو الكفيل برئ صاحبه والمال على صاحب الاصل على حاله وسواء ضمن بامره او بغير امره اما
براءة صاحب الاصل فهي براءة للكفيل لان الضمان لا يجب الا فيما هو مضمون على صاحب الاصل واذا اسقط

الضمان من ذمته بالبراة سقط عن كفيله لاستحالة بقا الفرع مع زوال اصله ولان سقوط الدين عن ذمه صاحب الاصل
بالبراة كسقوطه بالادا فكما يبرا الكفيل باحدهما فكذلك بالاخر واما براة الكفيل فانها لا توجب براه صاحب الاصل لان
سقوط الدين عن ذمه الكفيل لا يمنع بقاه على صاحب الاصل كما لا يمتنع الا ترى ان قبل الكفاله كان الدين ثابتا على صاحب
الاصل دون الكفيل كذلك بعد البراه قال ولو قال لاحدهما برئت الي من المال فهو اقرار بالقبض وهو بمنزله الادا
وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف وقولنا لانه ذكر براه مضافة الي فعل المطلوب وهو يملك ان يبرئ نفسه بالادا
فكانه قال اديت الي وقال ابو يوسف اذا قال لاحدهما قد برئت من المال فهو اقرار بالقبض وقال محمد هذا بمنزله
قوله قد ابراتك من المال لابي يوسف انه ذكر براه مضافة الي المطلوب وذلك يكون بالادا فكانه قال اديت
الي ولمحمد انه يحتمل ان يكون برئت لانك اديت ويحتمل برئت لاني ابراتك فلا يجوز اثبات الادا بالشك وليس كذلك
اذا قال برئت الي لانه ذكر براه ابتدا وهذا من المطلوب وغايتها الطالب وذلك لا يكون الا بالادا قال ابو الحسن
فان لم يود المكفول عنه المال حتي ابرا الكفيل مما ضمنه عنه قبل ادايه او وهبه له او تصدق به عليه جاز ذلك
فان ادى الكفيل المال بعد ذلك لم يرجع به على المكفول عنه وهذا اسماع املا ابي سليمان عن محمد والوجه فيه ان العقد
يثبت للكفيل في ذمه المكفول عنه قبل ما يستحق في ذمه الكفيل للمكفول له وان كان لا يطالب الا بعد الادا فقد
صار العقد سببا في ثبوت الحق فجازت البراه عند وجود سبب الحق كما يجوز في الدين المؤجل وكما يجوز في الاجره
مع العقد فاذا ادي الكفيل بعد البراه لم يرجع بما لو ابرا بعد ادايه ٥

باب كفالة الرجلين عن الرجل

قال ابن سماعه في نوادره سمعت محمدا املا قال اذا كان لرجل على رجل الف درهم من قرض او غيره وكفل بها عنه رجلان
ولم يكفل كل واحد عن صاحبه فالكفالة جايزه وعلى كل واحد منهما خمسمايه ليس عليه منها فايهما ادى شيا مما عليه لم يرجع على صاحبه
بشي ويرجع على الذي عليه الاصل بما ادى عنه ان كان كفل بامره وذلك لانهما لما فقد دخلا في اطلاق العقد على وجه
واحد والضمان ينقسم فكان على كل واحد منهما النصف كالمشتريين للعقد وكل واحد منهما نصفه واذا لزم
كل واحد منهما نصف الدين لم يرجع عليه المكفول له بالثمن من ذلك ولا مطالبه لاحدهما على الاخر لانه ليس بكفيل له
ويرجع على صاحب الاصل لانه امره بالضمان قال فان لقي صاحب المال احد الكفيلين فاخذه حتى كفل له بما على صاحبه
من الكفاله فذلك جايز لان الكفالة عن الكفيل جايزه بدلاله ان الدين ثابت في ذمته فجاز ان يكفل عنه كما يكفل عن صاحب
الاصل ٥ قال فان اخذ الكفيل الذي كفل بالمال فادى اليه منه خمسمايه فالقول قوله من اي المالين اداه ان قال اديته
عن كفالة صاحب الاصل قبل ذلك منه وان قال اديته عن صاحبي الذي كفل معي صدق ايضا وسوا قال ذلك قبل
الادا او بعده لان هذا الكفيل لزمه الدين من وجهين مختلفين خمسمايه بالكفاله الاولى عن صاحب الاصل وخمسمايه
بالكفاله الثانيه عن الكفيل وحكم المال يختلف لان كل واحد منهما يثبت به الرجوع على غير من يثبت من الرجوع في الاخر
فاذا ادى وابهم الادا فالقول قوله كمن عليه الف من ثمن مبيع والف من قرض اذا ادى الفا كان القول قوله في اي المالين
ادى وانما كان كذلك لانه هو المملك اذا ادى والقول قول المملك في صفه ما ملكه بدلاله قوله على الالف اذا احلف
المتبايعان فالقول قول البايع ولانه لا يعلم ما قصده بالادا الا من جهته فالمرجع فيه الي قوله قال فان لم ياخذ صاحب المال
شيا من المال حتى لقي صاحب المال الكفيل الاخر فكفل له عن شريكه بما له عليه فذلك جايز وان اخذ صاحب المال احدهما
بشي من المال فاداه فما ادى من ذلك عن صاحب الاصل دون الكفيل حتى يودي خمسمايه وان ادى اكثر من خمسمايه كانت
عن شريكه ولو قال ابتدا اني اودي عن شريكي لم يقبل منه وكان عن صاحب الاصل وذلك لان الكفيلين كل واحد منهما فيه
لزمه خمسمايه خمسمايه بالكفاله عن صاحب الاصل وخمسمايه بالكفاله عن شريكه فما اداه عنه صاحب الاصل لا يرجع به على
شريكه وما اداه عن شريكه لا يرجع به على صاحب الاصل فاذا ادى خمسمايه فلو لم نجعلها عن نصيبه من الاصل وجعلناها
من الشريك لكان للشريك ان يجعلها عن شريكه ويرجع بها عليه فلم يكن في ذلك فايده واذا ادى اكثر من خمسمايه فالزياده على
الخمسمايه اذا رجع بها على شريكه لم يكن لشريكه ان يرجع بها عليه لانها لا تجوز ان يكون الا من الكفاله وعلى هذا قال اصحابنا
في رجلين اشتريا من رجل عبدا بالف وضمن كل واحد منهما جميع الثمن فان ادى احدهما نصف الثمن لم يرجع به على شريكه
وانما يكون ذلك من نصيبه لانه لو رجع على شريكه به لجاز لشريكه ان يرجع به عليه فاذا ادى اكثر من النصف رجع
على شريكه بالزياده لانه لا يقدر ان يرجع عليه بها اذا كان قد بقي في نصيبه للبايع ولذلك قالوا في المتفاوضين اذا
افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين ان يطالب به كل واحد منهما فان ادى احدهما النصف لم يرجع على شريكه
بشي وان ادى من النصف رجع بالزياده على شريكه بما ذكرنا قال وان كان الكفيلان لم يود واحد منهما شيا حتى لقيهما
الطالب وصاحب الاصل فكفل الثلثه جميعا بعضهم عن بعض بجميع المال الذي له على الذي عليه المال فقد نقضت هذه
الكفاله الكفاله الاولى فان اخذ صاحب المال احد الكفيلين فاخذ شيا قليلا كان او كثيرا فله ان يرجع بجميعه على الذي عليه
الاصل وان شا رجع بنصفه على شريكه ولا يغرم احدهما شيا الا غرم صاحبه مثله ثم يرجعان بما غرما على الذي عليه
الاصل وذلك لانه لما كفل كل واحد منهما هو الذي لزم الاخر لنا ونها بالكفاله فما اداه كل واحد منهما من قليل او
كثير رجع على صاحبه بنصفه حتى يتساويه في الادا كما يتساويان في الضمان وليس كذلك المساله الاولى لان كل واحد

منهما لزمه الدين من وجهين مختلفين فلم يتساويا فيها فلذلك لم يجب ان يتساويا في الادا وانما قوله ان الكفاله
الثانيه نقضت الاولى لان حكمها مخالف للحكم الاول لان كل واحد منهما عقد على ما تعقد عليه واحد والمانع عن العقد من
بعض الاول قال فان لم ياخذ من احد منهما شيا ولكنه اخذ من الذي عليه الاصل كل المال او بعضه فليس له ان
يرجع على واحد منهما بشي لما قدمنا ان حاصل الضمان عليه فلو رجع عليهما لرجعا عليه ٥

باب ادا الكفيل عن المكفول عنه المال

قال واذا كفل رجل عن رجل بالف درهم صحاح ثم اداها الي الطالب فله ان يرجع بها فان ادى عنه مكسره او بهرجه او زيوفا
وتجاوز بها الطالب او ادى اليه عنها ثوبا او عرضا من العروض كاينا ما كان وقبله الطالب جاز وكذلك لو ادى
شيا من المكيل او الموزون فانه يبرا الكفيل ويرجع الكفيل على المكفول عنه بمثل ما ضمن يرجع بالف صحاح ولا يرجع بشي
مما اداه الي الطالب وكذلك لو اعطاه عن الالف دنانير وذلك لان الكفيل ملك ما في ذمته بما ادى فكانه
اعطى بصفة الحق وليس كذلك اذا صالحه عن الالف على خمسمايه لا يرجع باكثر منها لان الالف لا يملك بخمسمايه
وانما يملك بمثل وزنه فلم يجز ان يرجع باكثر مما اعطاه ٥ قال ولو كان امره بادا المال عنه بغير ضمان فادى
الي الطالب دون ما عليه او اردى مما عليه فان المامور يرجع بمثل ما ادى ولا يرجع بمثل ما ضمن وهذا قول اصحابنا
الثلثه وذلك لان المامور لم يثبت في ذمته دين يملكه بما يعطي وانما هو وكيل بالقضا فلم يجز ان يرجع باكثر
من المودي وليس كذلك الضامن لان الدين ثابت في ذمته وهو يملكه بما يودي فلذلك رجع به قال ابن سماعه
عن محمد في نوادره في رجل له على رجل خمسه دنانير وله بها كفيل فصالح الطالب الكفيل على ثلثه دنانير فدفعها اليه
ولم يقل صالحتك على ان تبريني فان هذا الصلح عن الذي عليه الاصل وعن الكفيل وقد برئا ويرجع الكفيل على الذي
عليه الاصل بثلثه دنانير لانه لما اطلق الصلح عن المال وهو ثابت في ذمتهما انصرف العقد الي الذمتين فبريا
جميعا بما ادى عن ذلك ويرجع الكفيل بثلثه دنانير لما بينا ان المكفول عنه برئ بما ادى على ذلك ولانه لا يملك
ثلثه دنانير اكثر منها ولو قال انما صالحتك على ثلثه دنانير على ان تبريني فانه ذلك عن الكفيل وحده وهو جايز
ويرجع الطالب الذي عليه الاصل بدينارين ويرجع عليه الكفيل بما ادى وهو ثلثه دنانير لانه لما اشترط في الصلح
براه الكفيل دل على انه لم يبري صاحب الاصل وقد بينا ان براة الكفيل لا توجب براه المكفول عنه فبرئ الكفيل
مما زاد على المودي ويرجع بما اداه على صاحب الاصل وبقي في ذمة صاحب الاصل ديناران اذ لم يبرا منهما ولا
كفيل بها فيودها الي الطالب ٥

باب ضمان الاعيان

قال ابو الحسن الاعيان تكون في يد من هي في يديه على وجهين امانه او مضمونه فما كان منها امانه فضمنها ضامن
عمن هي في يديه لصاحبها فالضمان باطل لا يجب على الضامن تسليمها ان كانت قايمه ولا ضمان في قيمتها ان هلكت
وما كان منها مضمونا فكفل به كفيل او ضمنه ضامن وجب عليه تسليمه في حال قيامه عينه الي صاحبه او تسليم
قيمته اليه ان هلك وقال الاعيان الامانه الودايع والعواري واموال المضاربه والشركه وما كان مستاجرا
في يد مستاجره والمضمون الغصب والبيع والاصل في هذا ان الكفاله عقد ضمان والضمان انما يلزمه ما هو
مضمون على المكفول عنه والامانات ليست بمضمونه على من هو في يديه ولا يجوز ان يضمنها ضامن عنه فاما العاريه
فعينها غير مضمونه وتسليمها مضمون فان ضمن ضامن تسليمها جاز وما سواها ليس بمضمون العين ولا مضمون
الرد وكذلك لو ضمن ضامن تسليمها عن الموجر تسليم العين التي اجرها جاز لان العين وان لم تكن مضمونه فتسليمها
مضمون عليه واما الاعيان المضمونه فهي على ضربين مضمون بنفسه ومضمون بغيره فما كان مضمونا بنفسه
فالكفاله جايزه فيه كالمغصوب والمقبوض على وجه بيع فاسد وسوم البيع فالضامن يلزمه ما يلزم المضمون
عليه فيه وهو رد العين حال بقايها ودفع قيمتها بعد هلاكها واما المضمون بغيره فكالمبيع في يد البايع فان ضمن
ضامن تسليمه جاز لان التسليم مستحق على البايع فان هلك لم يجب على الضامن شي لان البيع انفسخ ووجب
على البايع رد الثمن ولم يجب قيمة العين فلذلك لم يلزم الضامن ومن ذلك الرهن في يد المرتهن فهو مضمون
بغيره وهو الدين فان ضمن ضامن تسليمه بعد الفكاك جاز لان التسليم واجب على المرتهن فاذا هلك الرهن
سقط الضمان لان المرتهن يصير مستوفيا لدينه ولا يلزمه حق فلذلك لا يلزم الضامن قال ابن سماعه في نوادره
سمعت محمدا قال في رجل قال لرجل ان فلانا غصبني عبدا فقال الرجل انا ضامن للعبد الذي تدعي فالضمان على العبد
حتى ياتي به ويقيم عليه البينه فاذا مات به واستحقه ببينه فهو ضامن لقيمته وذلك لان الواجب بالدعوى
على الذي في يديه العبد احضاره مجلس القضا فلذلك كفيله فاذا هلك العبد فقامت عليه البينه على
استحقاق المدعي اياه فالواجب ضمان قيمته ولزم ذلك الضامن قال ولو كان قال ان فلانا غصبني الف
درهم واستهلكها او قال غصبني عبدا ثم مات في يده فقال رجل انا ضامن للمال او لقيمة العبد فاقام مدعي من
المال او لقيمه العبد باخذ ذلك المدعي وذلك لان الدعوى في المستهلك انما هي القيمه فاذا ضمنها ضامن
لزمه ذلك وليس كذلك العبد القايم لان ضمانه يقتضي الاحضار والتسليم ولا يقتضي وجوب القيمه الا بعد هلاك

وثبوت الدعوى فيه فلذلك لم يلزمه ضمان القيمه حتى يثبت الاستحقاق فاما المسئله الاولى فضمان الضامن لقيمته بدل
على اعترافه بوجوب الضمان فلم يقف ذلك على اقامة البينه ٥ قال واذا ادعى شيئا لم يستهلك فانما عليه ان
ياتي به حتى يقيم عليه البينه وقد بينا هذا ٥ قال ولو ادعى رجل على رجل انه غصبه الف درهم وهي في يده او في منزله
او ادعى شيئا مما يكون دينا من طعام او نحوه فضمن له رجل ما ادعى فان على الضامن ان ياتي بذلك الشي بعينه وان لم ياتي به
لم يضمنه حتى يستحقه المدعي وان ادعى الفا مستهلكا او كرا مستهلكا فضمنه له رجل فهو ضامن من ساعته وان لم
يقم المدعي بينه عليه وهذا على ما بينا ان العين ما دامت باقيه فالضمان ينصرف الى احضارها وتسليمها فلا يلزمه قيمتها
الا بعد الاستحقاق واذا كانت هالكه فالضمان لا يتعلق الا بقيمتها فصار ضمانه ذلك دلاله على الاعتراف بالضمان ٥
قال ابن سماعه في نوادره سمعت محمدا قال قال ابو حنيفه في رجل قال لرجل ان قتلك فلان فانا ضامن لديتك او قال
ان شجك موضحه او قطع يدك او غصبك الف درهم او قتل عبدك فانا ضامن لقيمته ذلك فقال المضمون له قد رضيت
وخاطبه على ذلك فهو جايز قال وهذا كقوله ان غصبك الف درهم فانا لها ضامن او اقرضته الفا فانا ضامن ورضي
المضمون له فهو جايز وذلك لان الضمان يجوز تعليقه بالشرط والخطر خلافا لما قال الشافعي والدليل عليه اجماع
الامه على جواز ضمان الدرك وهو ضمان متعلق بشرط الاستحقاق وكل ضمان متعلق بشرط هو سبب في الضمان او في
وجوب المطالبه فيلس عليه ولا يقال ان ضمان الدرك ليس متعلق بشرط في الباقي وانما يثبت في الاستحقاق ان المقرون
كان باينا فهو ضمان ما كان لازما للبايع عند العقد وذلك لان الضمان صحيح في الحال وان كنا لا نعلم بوجوب الضمان فيجوز
ان يستحق ويجوز ان لا يستحق فلو لم يجز تعليقه بشرط يحدث لم يجز انعقاده مع التجويز لها لم يجز تعليقه بالخطر
واذا ثبت ان الضمان يتعلق بالشروط وذلك احد هذه الاشيا سبب لثبوت الضمان فجاز ان يضيف الكفاله اليه ٥
قال محمد ان قال ان غصبك فلان ضيعتك او غصبك عبدك او دابتك فانا لذلك ضامن فرضي المضمون له وقبل ذلك فهو
جايز وهذا قول محمد خاصه على اصله في ضمان العقار بالغصب فاما على قول ابي حنيفه فانه لا يضمن فالكفاله به لا تصح قال محمد وقال
ابو حنيفه اذا قال من قتلك من الناس او من غصبك من الناس او من بايعت من الناس فانا لذلك ضامن فهو باطل لا يجوز اذا
عم وتجوز اذا خص على ما وصفت لك وذلك لان هذا ضمان عن مضمون له مجهول والضمان لا يصح الا عن معلوم ولانه اذا لم يبق
المضمون عنه كثرت الجهاله واذا بين ذلك قلت الجهاله وقد يجوز العقد مع قلة الجهاله ولا يجوز مع كثرتها قال محمد قال ابو حنيفه
ان لم يكن المضمون له حاضرا فيقول قد رضيت ذلك وقبلت فانه لا يجوز قال وكذلك لو قال قد كفلت لفلان بماله على فلان
والمكفول له غايب فانه لا يجوز وان بلغه فقال قد قبلت ورضيت لم يجز الا في خصله ان يقول المريض عند موته لورثته
اضمنوا ما علي من الدين لغرمايي فيفعلوا ذلك فهو جايز وهو يلزمهم ٥ قال ابو حنيفه هو بمنزلة المعبر عما به وقال
ابو يوسف المريض في هذا وفي غيره سوا اذا ضمن رجل لرجل غايب عنه فبلغه ذلك فرضي فهو جايز يعني ان الضامن خاطب
المكفول عنه في الضمان عنه الغايب وقال محمد بقول ابي حنيفه لابي حنيفه ومحمد ان الكفاله يتعلق به حق المكفول له
فوقف على قبوله كعقد البيع وانما لا يقف عنده على الاجازه لان قول الكفيل تكفلت بكذا شطر العقد وذلك لا يقف
على غايب عن المجلس وهذا هو القياس عنده في مسئلة المريض وانما استحسن لان المريض وجب تعلق الديون بالمال
وقد ثبت في المال حق الورثه وكان الدين عليهم وصار قول المريض قايما مقام قول صاحب الدين في مسئلة الكفاله
فينعقد ذلك بينهما فان قيل هلا قلتم في الصحيح اذا قال لرجل تكفل عني لفلان الغايب فقبل ان الكفاله تنعقد
ويقوم قول الذي عليه الدين مقام قول الذي له الدين قلنا لان الصحيح لا تتعلق الديون بماله ولا يتعلق بماله حق
غيره فلم يصر فيه كالاجنبي حتى يقوم مقام صاحب الدين في قبول الكفاله واما المريض فقد بينا تعلق حق الغرما بماله
وانتقال الديون اليه فلذلك كان كالاجنبي في القبول واما ابو يوسف فقد قال ان الكفاله جايزه اذا اجازها المكفول
له وهذا يدل على ان العقد عنده واقف وقد ذكر قول ابي يوسف في الاصل في موضعين فشرط الاجازه في احدهما دون
الاخر فلن قال انها الكفاله جايزه من غير اجازه فلان الكفاله ايجاب مال في الذمه بقوله كالاقرار ولا يقف على القبول وان
قال ان الكفاله موقوفه فعلى اصله ان قوله تكفلت لفلان كل العقد فيقف على غايب عن المجلس كما قال في المراه اذا قالت
زوجت نفسي من فلان ان ذلك يقف على غايب عن المجلس واما على قولهما فهذا شطر العقد فلا يقف وقد ذكر الطحاوي
في هذه المسئله محمدا مع ابي يوسف والصحيح ما ذكره ابو الحسن قال ابن شجاع عن ابي يوسف في رجل في يده عبد مقر له
بالرق فخاف المولى العبد واخذ منه كفيلا بنفسه فابق العبد او كفل له كفيل بعد اباقه فانه لا ضمان على الكفيل قبل
الاباق وبعده اما قبل الاباق فهو ملكه ويده ثابته عليه ولا يصح ان يضمن له وليس بمضمون في نفسه واما بعد
الاباق فيد المولى ثابته عليه ما دام في دار الاسلام في قولهم فلا يجوز ان يضمن له كما قبل الاباق ولان العبد لا يكون مضمونا
على نفسه بالاباق فلا يصير مضمونا على غيره ٥ وقال ابن سماعه عن ابي يوسف في رجل ادعى على رجل انه عبده وانكر المدعى
عليه وزعم انه حر فكفل رجل بنفس العبد المدعى عليه فاقام المدعي البينه انه عبده فمات المدعى عليه فلا شي على الكفيل
وذلك لان الحر ليس بمضمون فهو يدعي الحريه ولا بد لغيره عليه يتعلق الضمان بها فلا يصح ان يضمنه الكفيل ولو قال
انا ضامن لك قيمة هذا ان استحققته فضمن له قيمته فاقام المدعي البينه ومات المدعى عليه قال فالكفيل ضامن
وهذا محمول على ان هذا المدعى عليه في يد غيره وان كان يدعي الحريه فاذا ضمن الضامن قيمته وثبت الاستحقاق
كان صاحب اليد غاصبا فلذلك صح ضمان القيمه فاما اذا كان في يد نفسه فلا ضمان عليه بجحود الرق فلا يلزم الضمان الكفيل ٥

قال ولو كان صبي في يد رجل فادعاه اخر وزعم انه عبده وقال الذي هو في يديه هو ابني وهو حر فكفل به رجل للمدعي
او ضمنه له فاقام المدعي البينه ومات المدعى عليه ومات الصبي فالكفيل ضامن وهذا صحيح لان الصبي يثبت عليه
اليد واذا ادعى من هو في يده انه ابنه وقامت البينه بالرق تبينا ان صاحب اليد غاصب فصح ضمان الكفيل عنه ٥

باب الكفالة بالمال الى اجل معلوم او مجهول

قال اصحابنا جميعا ابو حنيفه وابو يوسف ومحمد اذا كفل رجل لرجل بمال الى العطا او الى الحصاد او الى الدياس او النيروز
او المهرجان او صوم النصارى او فطرهم او الى الرزق فالكفاله جايزه قال رحمه الله وجملة هذا ان كل شي يدل على
طريق التاجيل اذا علق وجوب الكفاله به صح ذلك وان كان مجهولا وما يدل على طريق الشرط دون الاجل على ضربين
ان كان الشرط سببا لوجوب الحق او امكان الاستيفا جاز ان يتعلق الكفاله به وان كان بخلاف ذلك لم يجز والدليل
على جواز الاجال المجهوله في الكفاله ان المعقود عليه فيها يجوز دخول الجهاله فيه مثل ان يقول ما بايعت فلانا فهو
علي فلان يصح الجهاله في الاجل اولى ولا يلزم على ذلك البيع لان الجهاله لا تجوز لاجلها في المعقود عليه وكذلك في اجله فان قيل
فما تقولون في المهر اذا اجله الى الحصاد او الدياس قلنا لا نعرف الروايه في ذلك ويحتمل ان نقول انه جايز لان المهر
يثبت مع ضرب من الجهاله فكذلك التاجيل يجوز ان يثبت مع الجهاله وان قلنا لا يجوز ذلك فلان المعقود عليه في النكاح
هو الاستباحه وذلك لا يصح فيه الجهاله فصار من هذا الوجه كالبيع احسن من العقد بما لا يعتبر فيه جواز الجهاله
واما الشرط فان كان سببا لوجوب الحق مثل ان يقول اذا اقدم زيد او استحق المبيع فالكفاله جايزه لان الاستحقاق
سبب لوجوب الحق وقدوم زيد سبب يتسهل به الادا لانه يجوز ان يكون مكفولا عنه فجاز تعلق الكفاله بذلك
فاما اذا قال اذا جا المطر او هبت الريح او دخل زيد الدار فان ذلك لا يجوز لان هذا اثر على طريق التاجيل ولا هو
سبب لوجوب الحق ولا يتسهل الاستيفا والامور التي لا يجوز ان يتعلق وجوبها بالشروط ٥ قال وكذلك لو
كانت الكفاله حاله فاخرها الى شي من هذه الاجال فهو جايز لان ما جاز ان يكون اجلا في العقد جاز ان يلحق به كالاجل
المعلوم في البيع قال واذا كفل رجل عن رجل الى اجل مجهول لا يشبه اجال الناس مثل المطر والريح واشباه ذلك
فالكفاله جايزه والشرط باطل والمال حال على الكفيل اما بطلان الشرط فقد بيناه وانما لا تبطل الكفاله لانه لما جاز
ان يتعلق بالشروط لم تبطله الشروط الفاسده كالطلاق والعتاق واذا بطل الشرط بقي المال على حاله لبطلان
العقد ٥ قال ابن سماعه عن محمد في رجل له على رجل الف درهم فقال قد اخرتك بها الى الحصاد او الى الدياس
فهذا عندي كالكفيل بها الى هذا الوقت قال وانما يفسد هذا في البيع اذا جعل محله الى الحصاد والدياس فاذا
وجب عليهم اخره الى هذا الوقت فهو جايز وذلك لان الدين اذا اخره الى اجل مجهول فهو اجل لم يشرط في
عقد معاوضه فيصح ثبوته مع الجهاله كالاجل في الكفاله وليس كذلك اذا اشترط في البيع لان الجهاله تؤثر
في افساد العقد وتمنع من ثبوت الثمن وهذه المسئله من افراد المسايل لانهم جعلوا التاجيل في البيع على وجه
لو كان في العقد لم يجز وقد قال ابو حنيفه في الشروط الفاسده اذا الحقت بالعقد لحقت وافسدت
كما لو شرطت في العقد فاذا عرى العقد عنها ثم لحقت على وجه لو كان ثبت في الديون لم يفسد العقد الا
ولو اخذ منه خمسا ثم اخره خمسا الى قدوم رجل للذي عليه الاصل عليه مال كان هو جايز وكذلك لو قال الطالب
للذي عليه الاصل والكفيل قد اخرتكما بالمال الى قدوم فلان وهو ضامن عنها قال واذا اخرها الى قدوم رجل هو
منهما بسبب في المال فهو جايز وذلك لان قدوم فلان يجوز ان يكون سببا لاخذ الحق الا ترى انه يكون
مكفولا عنه فيمكن الاستيفا بقدومه او يكون ضامنا او يكون الذي عليه الدين مفلسا وليس له الا دين على
فلان الغايب فاذا حضر امكن الاستيفا منه فجاز التاخير الى ذلك قال وان كان لرجل على رجل مايه درهم
الى اجل مسمى فتكفل بها رجل عنه كفاله مبهمه ولم يسم اجلا ولا حالا فانها على الكفيل الى ذلك الاجل
لان الكفيل تضمن ما على صاحب الاصل فلزمه الدين بصفته الا ان يشترط خلاف ذلك قال وكذلك لو
ضمنها الكفيل الى اجل قد سماه دون ذلك الاجل او اكثر منه او مثله فانه على الكفيل الى الاجل الذي سماه
وذلك لان الكفيل يجوز ان يشترط في الكفاله ما يخالف الاصل بان يكون المال موجلا فيضمنه حالا لانه تبرع باسقاط
الاجل ويجوز كونه حالا فيضمنه موجلا لان التاجيل يجوز في حق صاحب الاصل فكذلك في حق كفيله فاذا كان
في الاصل موجلا الى مده فتكفل باكثر منها او باقل جاز كما لو كان المال حالا فتكفل به موجلا او موجلا فتكفل
به حالا قال فان كان المال حالا واخذ الطالب المطلوب حتى اقام له كفيلا به الى سنه فانه جايز
والتاخير عنهما هذه روايه الاصل ٥ وقال في موضع اخر من الاصل اذا كان لرجل على رجل الف درهم لم يزنها فكفل
بها رجل الى سنه فهو جايز الى ذلك الاجل وليس للطالب ان ياخذ صاحب الاصل بها حتى يحل ذلك الاجل
وقال ابن شجاع عن ابي يوسف لو ان رجلا عليه الف درهم الى سنه وبها كفيل فمات الذي عليه الاصل قبل سنه
فالمال عليه حال وهو على الكفيل الى اجله ولو مات الكفيل ولم يمت الذي عليه الاصل فان المال على في مال
الكفيل لموته ولا يحل على الذي عليه الاصل اما اذا انتقل المال موجلا فقد جعل الاجل متعلقا بالمال فيتبع
فيه من اصله وذلك يوجب ثبوت الاجل في حق الكفيل والمكفول عنه فاما المسئله التي ذكرها ابو يوسف

فليس من هذا في شي لان المال موجل في حقهما فاذا مات احدهما حل دينه لحق ورثته الا ترى انه لو لم يحل لم يقدروا
على التصرف في التركة فلم يجد ان يحل في حق غيرهم لان هذا المعنى لم يوجد فيهم قال ابو يوسف الا ترى ان رجلا لو
اقرض رجلا مالا فكفل به عنه رجل الى وقت كان على الكفيل الى وقته وكان على المكفول عنه حالا وهذا
المعنى استشهد به فما ذكرنا لان القرض لا يجوز التاجيل فيه ويجوز التاجيل في الكفالة به لان الكفيل لم يلزمه
الدين لعقد القرض فلذلك تاجل الدين في حقه دون حق صاحب الاصل ٥ قال ابو يوسف ولو كان المال
من ثمن بيع والمسئلة على حالها كان ذلك في القياس ولكني استحسن واجعلها الى الاجل على الكفيل والمكفول عنه
اما وجه القياس فلانه ذكر الاجل في حق الكفيل ويجوز ان ينفرد بالاجل عن صاحب الاصل فلم يكن التاجيل في حقه
تاجيلا في حق غيره واما الاستحسان فلان الاجل يصح ان يثبت في حقهما فاذا اجل المال واطلق انصرف التاجيل
الى الاصل واما القرض فلو صرح بالتاجيل في حق المكفول عنه لم يثبت فلذلك اذا اطلق لا يثبت قال
ابن سماعة في نوادره عن محمد في رجل له على رجل الف درهم حالة فاعطاه المطلوب بالمال الذي عليه كفيلا
الى سنة قال فالكفيل كفيل بالمال الى الوقت الذي وقت وهو على صاحب الاصل حال وهذا يخالف
لرواية الاصل ووجهه ما قدمنا في وجه القياس ان الاجل يجوز ان يثبت في حق احدهما دون الآخر فلم يكن
ثبوته في حق الكفيل يوجب ثبوته في حق المكفول عنه قال فان مات الكفيل اخذ الطالب المال من ماله
حالا ولم يرجع ورثته على الذي امره ان يكفل عنه الى الوقت الذي وقت له لان المال وان كان حالا على
صاحب الاصل فهو موجل على الكفيل فلم يثبت له حق الرجوع الا بعد الاجل وانما حل الدين لموته لحق ورثته
وتعلقه بتركته فلا يجوز لهم الرجوع قبل الوقت الذي ثبت الرجوع فيه ٥ وقال ابن سماعة عن محمد في رجل قال لرجل
قد ضمنت لك ما لك على فلان ان توى فقد الكسب جايز فان مات فلان ولم يدع شيا فهو ضامن وكذلك لو
قال قد ضمنت ما لك على فلان ان خرج من المصر ولم يعطك فهذا جايز لانه علق الضمان بشرط وقد دللنا
على جواز تعليق الكفالة بالشرط قال ابن سماعة عن محمد في نوادره في رجل قال لرجل قد كفلت لك بما لك على فلان
حالا على انك متى طلبته مني فالى اجل شهر فهذا جايز فمتى طلب منه فله اجل شهر فاذا مضى شهر كان
له ان ياخذه منى شا بالطلب الاول قال ولو كفل بالمال حالا فلم يشترط انه متى طالبه به فله اجل شهر كان
قوله هذا باطلا وكان له ان يطالبه بالمال متى شا وذلك لانه اذا اشترط هذا في اصل الكفالة فقد علقها بشرط وابتدا
الكفالة يجوز تعليقها بالشروط واذا لم يشترط في العقد فهذا اجل علقه بالشرط والتاجيل لا يصح تعليقه بالشروط وقد
استشهد على ذلك بمن قال تكفلت لك بهذا المال عن فلان الى قدومه جاز وكانه علق الضمان بالقدوم
ولو اطلق الكفالة ثم قال قد اجلتك الى قدومه لم يجز ذلك وبطل التاخير لانه اجل علقه بشرط ٥

باب الكفالة بالنفس

قال ابو الحسن الكفالة بالنفس جايزة عند اصحابنا جميعا في كل ما يلزم المكفول بنفسه الحضور فيه لخصومة من يدعي قبله حقا
وسوا كان الحق المدعى مالا او حقا في مال او غير ذلك من ساير الحقوق والمطالبات قال والاصل في جواز الكفالة بالنفس
ما روي ان عبد الله بن مسعود كفل اصحاب عبد الله بن النواحة بعد استتابتهم ونفاهم الى الشام وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف
ولان الحكام يتداولون ذلك في ساير الاعصار من غير نكير ولان الحضور مستحق على المطلوب ويمكن استيفاوه من الكفيل
فجازت به كالمال لانه يقدر على احضاره وقد يلزمه ذلك فان قيل اذا كفل بغير امره لم يقدر على احضاره لان المطلوب
ان يمتنع عليه قلنا يقدر على احضاره ولكن لا يلزم ذلك المطلوب وجواز الكفالة موقوف على امكان الادا دون
استحقاقه فاما ما يصح دخول الكفالة بالنفس فيه ٥ قال ابو الحسن الكفالة بالنفس جايزة في كل ما يلزم المكفول
بنفسه الحضور فيه لخصومة من يدعي قبله حقا وسوا كان الحق المدعى مالا او حقا في مال او غير ذلك من ساير الحقوق
والمطالبات وقال في موضع اخر اذا ادعى رجل على رجل حقا في قذف فانكر وسال الطالب القاضي ان ياخذ له
كفيلا بنفسه وقال بينتي حاضرة فانه لا ينبغي للقاضي ان ياخذ له كفيلا بنفسه ولكن يقول له الزمه ما بينك وبين قيامي
فان احضر شهوده قبل ان يقوم والا خلي سبيله فان اقام شاهدين عدلين او شاهدا عدلا يعرفه القاضي فان القاضي
يحبسه حتى يسال عن الشهود او يأتي بشاهد آخر ولا يكفله وان ادعى قصاصا في نفس او دم ونحوها فكذلك ايضا
لا ياخذ منه كفيلا بنفسه قال ويجوز ان ياخذ الحاكم كفيلا بالنفس في التعزير فاما ما ابتدا به ابو الحسن من حد الكفالة
فهو جواز الكفالة بالنفس في الخصومة في الحد والقصاص وفي كل حق وما في معنى ذلك بعرض من ذلك الحد واما الحد
فيقتضي انه لا يجوز الكفالة وقد كان ابو الحسن يقول ان الكفالة بالنفس في الحد والقصاص جايزة في قولهم اذا بذلها
المطلوب واما ما قال ابو حنيفة لا يطلبها القاضي منه وقال لا يوخذ منه كفيل بالنفس في جميع ذلك فعلى هذا
التاويل الحد الاول صحيح لا يحتاج فيه الى الاستثنا وانما جازت الكفالة في جميع ما ذكر لان الحضور مستحق
عليه للخصومة في جميع ذلك والكفيل انما يضمن الاحضار المستحق وانما قال ابو حنيفة ان القاضي لا يلتمس
الكفالة في الحدود والقصاص لانها للتوثق وهو مامور بدرء الحدود وترك التوثق فيها فاذا ابتدا بذلك المطلوب
جازت الكفالة ولا يقال فقد قال ابو حنيفة انه يحبس والتوثق بالحبس اعظم من التوثق بالكفالة لانه ليس يحبس للتوثق

وانما الحبس للتهمة الا ترى ان الشهود قد يتاخرون وانه يقصد في الارض بقتل الناس واستهلاك الاعراض والحبس في التهمة واجب
وجه قولهما ان الحضور مستحق لسماع البينة فجازت الكفالة به كالخصومة في الاموال ٥ فاما نفس الحد
والقصاص فلا يجوز الكفالة به في قولهم لان ذلك لا يمكن الاستيفا من الكفيل فلا يصح الكفالة به فاما التعزير فيجوز
الكفالة به فيه لانه يجوز للقاضي الابتدا بطلب ذلك لانه لا يوثق بابرائه ولا باسقاطه ولانه من حقوق الادميين
كالديون ٥ قال ابو الحسن بعد ذلك وكذلك ان كفل رجل بنفس رجل والطالب يدعي قبله دم عمد او قصاصا
فيما دون النفس او حدا في قذف او سرقة فالكفالة بالنفس في جميع ذلك جايزة وهذا محمول على الكفالة المبتداة
وقد بينا ان ذلك يجوز في قولهم قال ابو الحسن يوخذ الكفيل بالنفس باحضار المكفول عنه بنفسه ما كان احضاره
ممكنا مقدورا عليه فان صار بحال لا يقدر على احضاره بوجه من الوجوه سقطت الكفالة بالاحضار اذا كان ممكنا
لان الاحضار مضمون في ذمته وما كان مضمونا على الانسان وهو يقدر على ايفائه فانه يوخذ به فاما اذا مات
المطلوب فقد سقط الحضور عنه فسقط عن الكفيل لان براة المكفول عنه من الحق المضمون يوجب براة كفيله
قال فاما ما دام المكفول بنفسه حيا يرجى احضاره بوجه من الوجوه فالكفالة بنفسه قايمة غير انه ان كان احضاره
متعذرا بالغيبة او ما اشبه ذلك تاخرت المطالبة باحضاره عن الكفيل ولا يحبس المكفول به ولكن يوخر الكفيل به اجلا
اذا كان المكفول به غايبا بقدر المسافة في ذهابه ورجوعه فان احضره والا حبس وذلك لان الغايب يرجى
احضاره وان تعذر في الحال واقتضى ذلك تاخير المطالبة الى حين النهاية المجيء الا ترى انا لو طالبناه وحبسناه لحبسناه
بما لا يقدر على فعله وذلك لا يجوز كما لا يجوز حبس المفلس ٥ قال وان تعذر الاحضار على الكفيل اذا لم يقدر عليه
وعلم ذلك الحاكم او شهدت بينة مثل تعذر المال على الكفيل به اذا اعسر وعلم بذلك الحاكم او قامت به بينة فلا
يحبسه لعسرته من المال وينظره الحاكم الى حال الميسرة وكذلك الاحضار وهذا صحيح لان الاحضار حق مضمون فاذا
تعذر استيفاوه في الحال تاخر الحبس الى حال الامكان كالافلاس بالدين الا انه يجب ان لا يحال بين المكفول له وبين الكفيل
في ملازمته ومطالبته ولا يحول بينه وبين اشتغاله وعلى هذا الاختلاف في المفلس اذا اخرجه القاضي من الحبس ان لا يحول
بينه وبين غرمايه قال ابو الحسن واحكام الكفيل بالنفس جارية على مثل احكام الكفالة بالمال وهي متفقة في المعنى
وان النفس ظاهرها مثل ان يموت المكفول بنفسه يبرى الكفيل ويموت المكفول عنه بالمال مفلسا لا يسقط
الضمان عن الكفيل وذلك لان الموت يسقط الحضور وهو الحق المضمون فيسقط عن الكفيل والموت لا يسقط الدين
اذا كانت هناك كفالة او تركة وكذلك لا يسقط الضمان عن الكفيل قال وكذلك لو ان رهطا كفلوا بنفس رجل
كفالة واحدة واحضره احدهم بريوا جميعا وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرا الباقون لان الكفالة اذا كانت واحدة فالاحضار
المستحق واحد فاذا سلمه احدهم لم يبق هناك احضار اخر مكفول به واذا تفرقت الكفالة فكل عقد اوجب
احضارا آخر فالاحضار الواحد لا يسقط احضار غيره ولو تكفل بالمال رهط بمال كفالة واحدة او متفرقة فادى احدهم
جميع المال برئ الباقون وذلك لان المال المكفول به مال واحد فاذا ادى احدهم لم يبق على غيره مال يوخذ به بالكفالة
والحضور لاجل الخصومة ليس لواحد ان يلزم الخصم حضورا بعد حضوره فلذلك افترقت الكفالتان ٥ قال ابو الحسن كل
شرط جاز ان يتعلق به الكفالة في المال جاز في النفس وما جاز من التاجيل في احدهما جاز في الاخرى والشرط الذي
لا يجوز ان يتعلق به احدى الكفالتين لا يجوز ان يتعلق به الاخرى لان كل واحد منهما عقد ضمان والكفالة التي يحتملها
احد العقدين يحتملها الآخر وما لا يحتملها احد العقدين لا يحتملها الاخر والتسليم في الكفالة بالنفس كالتسليم في الكفالة
بالمال لان المضمون في احد الموضعين المال وفي الاخر الاحضار فاذا خلي بينه وبين الخصم فهو كالتخلية بينه وبين المال ٥

باب الالفاظ التي تكون عبارة عن الكفالة بالنفس

قال في الاصل اذا تكفل رجل
برأس رجل او بوجهه او برقبته او بجسده او ببدنه او بنصفه او بثلثه او بجزء منه او بروحه فهو جايز وهو
كفيل به كله وان تكفل بغير ذلك من جسده فهو باطل لا يجوز وذلك لانا قدمنا ان هذه الاشيا يعبر بها عن الجملة
فذكرها كذكر الذات واما الجزء الشايع فلان الكفالة يتعلق بالخطر كالطلاق والعتاق واذا صح اضافة الطلاق
الى جزء شايع ويسري الى الجميع فكذلك الكفالة قال ولو قال هو الي او علي او انا كفيل به او ضامن له او قبيل
به او زعيم به كان هذا كله جايزا يوخذ به الكفيل لان هذه الالفاظ قد بينا انها تفيد الكفالة بالمال وحكم الكفالة
بالنفس حكم المال فيما يضمن فيه احدهما يضمن به الاخر قال ابو يوسف وكذلك لو قال هو علي حتى تجتمعا او تلتقيا
او تلتقيا فهو جايز لان قوله هو علي ضمان مضاف الى الغير وجعل الالتقا غاية الضمان وهذا معنى الكفالة ٥
فان قال انا ضامن لك حتى تجتمعا او تلتقيا فهو غير ضامن لانه لم يبين المضمون هل هو المال او النفس او غيرهما
ولو قال انا ضامن لوجهه فانه يوخذ به لان الوجه يعبر به عن الجملة فكانه قال ضامن له فان قال انا ضامن
لمعرفته فهو باطل لان ضمان المعرفة ان يدله عليه ويعرفه مكانه وهذا المعنى لا يصح ضمانه ٥

باب الكفالة بالنفس اذا شرط الكفيل انه ان لم يواف به الى اجل كذا فعليه المال

قال وإذا كان لرجل على رجل دين دراهم أو دنانير أو شيء مما يكال أو يوزن إلى أجل أو حال سلم أو قرض أو ثياب معلومة
بذرع معلوم من سلم أو كفالة أو غصب أو وديعة جحدها فكفل في جميع ذلك على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ما عليه
وهو كذا وكذا وسمى الدين فمضى غد فلم يواف به فهو ضامن للمال الذي سمى في قولهم لأنه تكفل بالنفس وضمن المال
بشرط ترك الموافاة والضمان يتعلق بالشروط فإذا لم يواف به غدا فقد وجد شرط الضمان فيلزمه المال وكذلك
لو كفل لامرأة بنفس زوجها إن لم يواف به غدا فعليه صداقها وهو وصيفان فهو جائز مثل الأول لأن الوصيف
يثبت في الذمة المكفول عنه بالعقد فيثبت في ذمة الكفيل بالكفالة قال وإذا لم يسم المال وقال أنا كفيل لك
بنفسه وإن لم أوافك به غدا فعلي ما لك عليه ولم يسم فمضى غد ولم يواف به فالمال عليه في قولهم وذلك
لأنها كفالة علقها بشرط وقد بينا جواز ذلك وكفالة المال المجهول والجهالة لا تمنع من صحة الكفالة قال
محمد ألا ترى أنه لو قال ما لك على فلان من الدراهم علي كان جائزا ولو قال كفلت لك بما أصابك من هذه الشجة التي
شجك فلان وهي خطأ كان جائزا وإن تلفت النفس وهذا صحيح لأنه ليس فيه أكثر من جهالة المقدار فأما الشجة
فقد تكفل بالسراية عند وجود سببها فيصح قال فإن كفل بالمال الذي عليه وسماه وقال إن وافيت به غدا فأنا
بريء من هذا المال فوافى به من الغد فهو بريء من المال وهذه براءة الكفيل متعلقة بخطر فيجوز ذلك في إحدى الروايتين
لأنه إسقاط حق ليس فيه معنى التمليك ألا ترى أن الكفيل إذا أبرئ لم يرجع فصار كالطلاق والعتاق والرواية الأخرى
أن البراءة لا تجوز لأنها براءة من مال فلا تتعلق بشرط كالبراءة من صاحب الأصل قال وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم
يواف به غدا فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم فمضى غد ولم يواف به فإن المال قد لزمه ولا يبرأ من الكفالة
بالنفس أيضا لأنه ضم إلى الكفالة الأولى كفالة فلم يشترط البراءة من الأولى فبقيت بحالها قال وإذا كفل بنفس رجل
وقال إن لم أوافك به غدا فعلي ألف درهم ولم يقل التي لك علي فمضى غد ولم يواف به وفلان ينكر أن يكون عليه
شيء للطالب فعليه الألف فالمال لازم للكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزمه وجه قولهما
أن قوله فإن لم أوافك به فعلي ألف يحتمل أن يكون ألفا اعترف أنها على المكفول به ويحتمل ألفا أوجبها على
نفسه ابتداء ومن حكم المتعاقدين أن يحمل أمرهما على الصحة وذلك لا يكون إلا أن يكون يضمن الألف عنه وأما أن
يوجبها ابتداء على نفسه فذلك لا يجوز فكأنه قال فعلي الألف التي عليه ووجه قول محمد أن قوله فعلي ألف ظاهره
يقتضي إيجابها في ذمته ابتداء وذلك مخاطرة والمال لا يجب بالخطر قال وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل
رجل بنفسه على أن يوافي به إذا ادعاه به فإن لم يفعل فعليه الألف الذي عليه فسأل الرجل أن يدفعه إليه
بنفسه فدفعه مكانه فإنه يبرأ من المال وإن لم يدفعه إليه فالمال عليه لأنه علق الكفالة بشرط الدفع فإن
دفعه فلم يوجد شرط الضمان فلا يلزمه وإن لم يدفعه فقد وجد شرط الضمان فيلزمه المال قال فإن قال ائتني به
العشية أو غدوة فلم يواف به على ما قال فالمال له لازم لأن شرط الضمان قد وجد ولو قال ائتني به فقال
الكفيل آتيك به بعد غد فأبى الطالب أن يفعل فلم يواف به الكفيل غدوة لحق المال عليه لما بينا أنه أخر
دفعه إليه عند مطالبته به قال وإن أخره الطالب إلى بعد الغد كما قال فوافاه به فهو بريء من المال فإن مضى
بعد الغد ولم يواف به فهو عليه وذلك لأنه لما أخره بالإحضار صار الشرط ترك الموافاة في الوقت الثاني
فإذا لم يواف به لزمه المال قال فإن كان شرط عليه في الكفالة أن يوافي به غدا عند مجلس القاضي فدفعه
الكفيل في السوق برئ من المال وكذلك الكناسة وناحية المسجد قال والأصل في هذا أنه إذا سلمه في مكان
يقدر أن يحضره فيه إلى القاضي فهو كتسليمه في مجلس القاضي لأن الغرض في شرطه مكان القاضي المحاكمة وذلك
ممكن إذا سلمه في نواحي المصر فأما إذا سلمه في موضع لا يقدر على إحضاره إلى الحاكم كالصحراء والبرية فليس
بتسليم لأن الغرض لا يوجد به فوجوده وعدمه سواء قال ولو شرط أن يدفعه في مصر فدفعه في مصر آخر
فهو بريء عند أبي حنيفة وإن دفعه في السواد أو كورة ليس فيها قاض ولا سلطان لم يبرأ وقالا إذا سلمه في بلد
آخر لم يبرأ وجه قول أبي حنيفة أن المقصود إحضاره في البلد للمحاكمة وذلك موجود عند كل قاض فصار التسليم
في هذا البلد وغيره سواء ووجه قولهما أن الطالب يجوز أن يكون له بينة في بلد يتمكن من إقامتها فيه ولا يمكنه
إقامتها في بلد آخر فلا يوجد الغرض ومن كتاب القاضي بالشهادة فكأنه سلم في البلد الذي فيه البينة وأما إذا
سلمه في قرية ليس فيها قاض ولا سلطان فليس بتسليم لأنه لا يحصل الغرض بالمخاصمة قال ولو شرط أن يدفعه عند
الأمير فدفعه عند القاضي أو شرط أن يدفعه إليه عند القاضي فدفعه إليه عند الأمير أو عزل هذا القاضي فاستعمل
الأمير قاضيا غيره برئ في قولهم لأن المحاكمة وذلك موجود عند كل القضاة وكل الأمراء فلذلك لم يتعين المسمى
دون غيره قال ولو كفل له بنفس رجل أو بما عليه وهو مائة دينار فوقعت الكفالة له على هذا كان جائزا وعليه أي
[illegible] الكفيل فإن كفل بنفس فلان وما عليه أو بنفس فلان آخر أو بما عليه فهو جائز في أي ذلك ما وقع فهو [illegible]
لأن هذه الجهالة لا تنفي الكفالة وليس هذا أكثر من جهالة المعقود عليه ولأن هذه الجهالة تصح عندنا في البيع إذا
[illegible] أحد هذين العبدين على أن للمشتري الخيار فكذلك يصح في الكفالة فإذا ثبت صحة الكفالة كان الخيار للكفيل لأن
[illegible] لزمه في مجهول فالتعيين إليه قال وإذا ادعى رجل على رجل ألف درهم فأنكرها ثم قال إن لم أوافك به غدا
[illegible] علي فلم يواف به من غد فليس عليه شيء وذلك لأن المكفول عنه ما اعترف بوجوب المال ولا اعترف الكفيل به

فصار هذا مالا متعلقا بخطر فلا يجوز قال وإذا كفل بنفس رجل فإن لم يواف به غدا فعليه المال الذي عليه وهو
ألف فلم يواف به الكفيل ولزم الرجل لقي الطالب وخاصمه ولازمه في المسجد إلى الليل فإن المال لازم للكفيل
لأنا قد قدمنا أن المكفول به لا يلزمه حضوره في الغد وإنما يلزمه حضوره بعد حضوره فإذا سلم نفسه إلى الطالب
لم يقع ذلك موقع الإحضار المضمون فبقي بحاله فوجب المال لعدمه قال ولو كان الرجل قال للطالب قد
دفعت نفسي إليك من كفالة فلان برئ الكفيل من المال فلذلك لو دفعه الكفيل لأنه وإن لزمه حضوره يحتمل فقد
تبين أنه جعل هذا الحضور ما تعلق الضمان به فيبرأ الكفيل منه قال وإذا ضمن رجل رجلا بنفسه لفلان فإن لم
يواف به إلى شهر فعليه ما عليه وهو ألف درهم فمات الكفيل قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن
يدفع ورثة الكفيل المكفول به إلى الطالب فإن المال يلزم الكفيل ويضرب الطالب مع الغرماء وذلك لأنه لم
يوجد الموافاة وهي شرط في وجوب الضمان ويستند ذلك إلى حين الكفالة وكان المال لزمه عند العقد
فيساوي الغرماء قال وكذلك لو مات المكفول به ثم مات الكفيل قبل الشهر لأن موت المكفول به يتأكد به
تعذر الحضور فوجد الشرط الموجب لضمان الأول قال وإذا كفل رجل بنفس رجل على أن يوافي به غدا
فإن لم يفعل فعليه ما ادعى الطالب ولم يواف به الغد وادعى الطالب ألف درهم وأقر المطلوب بها أو جحدها
فإنها لا تنصرف على الكفيل ويسأل الكفيل فإن أقر بشيء كان القول قوله مع يمينه على علمه وإن لم يقر بشيء حلف
على دعوى الطالب على علمه لأن الضمان لا يجوز أن يتعلق به الدعوى لأنه مال متعلق بخطر فلم يبق إلا أن يصير
بعد يوم على ما يدعيه أن يثبت والمال لا يثبت بالدعوى فوجب أن يتوقف على الاعتراف أو البينة وإذا كفل
رجل بنفس رجل على أن يوافي به غدا فإن لم يواف به غدا فعليه المال الذي عليه فلم يواف به ولزمه المال
وأداه وأخذه الطالب بكفالة النفس وقال لي عليه مال آخر أو لي قبله خصومة أو حق في يده فإنه كفيل
بنفسه لا يبرأ منه حتى يدفعه لما بينا أنه ضم إلى الكفالة بالنفس الكفالة بالمال وذلك لا يبرئه من الكفالة
بالنفس وإذا أدى المال بقي الحضور بحاله فكان عليه أن يسلمه قال وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه متى طالبه
الطالب فلم يواف به فعليه المال الذي هو عليه وهو كذا وكذا فطلبه منه فلم يدفعه إليه فإن طلب غدوة فلم
يدفع إليه حتى العشي فعليه المال إلا أن يدفعه من ساعته لأن الكفالة بالمال شرطها ترك الدفع عند المطالبة وقد
وجد ذلك فلا فرق بين أن يتأخر الدفع في الوقت اليسير أو الكثير. تمت الكفالة والحمد لله والمنة

كتاب الحوالة

قال وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فأحاله بها على رجل له عليه مال أو ليس له عليه مال وقبل المحال عليه الحوالة فهو
جائز وقد برئ الذي كان عليه المال منه وصار للطالب المال على المحال عليه قال رحمه الله الأصل في جواز الحوالة
قوله عليه السلام من أحيل على ملي فليتبع ولأنه عقد ضمان كالكفالة ولأنه للتوثق كالشهادة وإذا صحت الحوالة قال
أصحابنا يبرأ المحيل من الدين وقال زفر لا يبرأ وجه قولهم أن الحوالة مأخوذة من التحويل وذلك لا يتحقق مع
بقاء الدين في الذمة الأولى ولأن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها ولو لم يبرأ المحيل صارت الحوالة والكفالة
عقدا واحدا وهذا خلاف الظاهر ووجه قول زفر أنه عقد ضمان كالكفالة وكذلك لو تكفل عن صاحب الأصل كفيل
أو ضمن عنه ضامن على أن صاحب الأصل بريء مما عليه كان ذلك جائزا وبرئ الذي عليه الأصل وذلك لأنه في معنى
الحوالة وعبر عنها بالضمان والكفالة والمعتبر معاني العقود دون ألفاظها قال وليس للمحتال عليه أن يرجع على المحيل
إلا أن يتوى المال والتوى عند أبي حنيفة أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف أو يموت مفلسا وقال أبو يوسف
ومحمد التوى أحد هذين الوجهين ووجه ثالث وهو أن يفلس في حال الحياة ويحكم الحاكم بتفليسه أما جواز الرجوع
عند التوى بخلاف ما قاله الشافعي لقوله عليه السلام من أحيل على ملي فليتبع فجعل الملاءة شرطا في الاتباع وإذا عدم
الشرط سقط الاتباع ولأنه نقل الحق من الذمة إلى غيرها بشرط أن يسلم له البدل فإذا لم يسلم رجع بما في الذمة كمن
اشترى بالدين ثوبا فهلك قبل القبض فإذا ثبت أنه يرجع عند التوى فإذا جحد وحلف ولا بينة للمحتال عليه فقد
توي الحق ألا ترى أنه لا يقدر على المطالبة بعد اليمين وكذلك إذا مات مفلسا لأنه ليس هناك ذمة يتعلق الحق بها
ولأنه لم يبق للدين محل فيسقط وأما إذا قضى القاضي بتفليسه في حال الحياة فعند أبي حنيفة أن التفليس لا
يقضى به فلا يتغير الذمة فبقي الحق على ما كان عليه وعندهما أن القضاء بالتفليس صحيح وتصير الذمة معيبة فيثبت
له حق الرجوع لذلك قال ولو قال أجمعا أن ينقد المحيل بهذا المال الذي له المال كان هذا جائزا ولم يكن متبرعا
فيما نقد من ذلك لأن الدين في ذمة المحيل عندنا من طريق الحكم وإن برئ في الظاهر ألا ترى أن الرجوع
مترقب فهو بالقضاء يقصد أن يسقط عن نفسه حق الرجوع ولا يكون متبرعا كالوارث إذا قضى دين الميت
وليس كذلك الأجنبي لأنه لا يسقط عن نفسه حقا بالأداء فكان متبرعا قال فإن كان الذي عليه المال أحال
صاحب المال على رجل عليه مال حوالة مطلقة ولم يقل أحلته عليك بما لي عليك أو على أن تقضيه مما لي عليك
فقبل فعلى المحال عليه [illegible] الألف للمحال وألف للمحيل [illegible] أن يطالبه بالألف لأن صحة الحوالة
لا تقف على ثبوت مال على المحال عليه فلم يتعلق الحوالة بنفس الدين لأنه لم يعلقه له وإنما تعلقت بذمته فبقي الدين

ومات المحال عليه بالألف وفي يده ألف وديعة لم يتعلق المحتال بها وكان له أن يطالبه بها ولذلك إذا
كان عليه دين وأما إذا أحاله عليه بالألف التي عليه فليس له أن يطالبه بها لأنه تعلق بها حق المحال وتعلق
حق الإنسان بمال غيره يمنعه من التصرف كالمرتهن ٥ قال فإذا أدى المحال عليه المال إلى المحال أو وهبه
له أو تصدق به عليه أو مات المحال فورثه المحال عليه رجع بذلك كله على المحيل لأنه ملك ما في
ذمته بالأداء أو الهبة والصدقة والميراث فإذا كان يرجع في الأداء فكذلك فيما يملك بسبب ملك وإن
أبرأ المحيل المحال عليه من المال برئ ولا يرجع على المحيل لأن البراءة إسقاط وليس بتمليك ومتى لم يملك ما في
ذمته لم يرجع وإن نقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو عروضا فهو بمنزلة الأداء لأنه ملك ما في ذمته بالعوض
فكأنه ملك بالدفع ٥ قال وكل دين يجوز فيه الكفالة فالحوالة فيه جائزة لأن الحوالة عقد ضمان كالكفالة
فما صح في أحدهما صح في الآخر ٥ قال وإن كان لرجل على رجل ألف درهم فأحاله بها على رجل فأدى المحال عليه
إلى المحتال فقال المحيل قد أحلتك بألف كانت لي على المحال عليه وأنت وكيلي في قبضها وقال المحتال بل أحلتني
بألف كانت لي عليك فإن القول قول المحيل مع يمينه فإذا حلف أخذ الألف التي قبضها المحتال ولا يصدق
المحتال على ما ادعى من الدين على المحيل إلا ببينة وذلك لأنه قد يحيله بدين عليه وقد يحيله ليستوفي له المال
فلم يكن في الحوالة ما يوجب الاستحقاق للمال فلم يجز إثبات الاستحقاق بالشك ولأن المحيل هو المملك
للمقبوض فالقول قوله كيف ملك وما ملك ٥ فإن قيل قد علمنا أن المحيل لا يملك إبطال الحوالة فلو لم يجعل
مستحقا لملك إبطالها لأنه يملك فسخ التوكيل بالقبض فأما الحوالة فقد صحت وهي تحتمل أن يكون بمال هو
دين على المحيل وتحتمل أن يكون إقامة مقام نفسه في القبض ولا يجوز إبطال الحوالة بالاحتمال ٥ تمت الحوالة بحمد الله ومنه

كتاب الصلح

قال رحمه الله الأصل في جواز الصلح قوله تعالى ولا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير وقال عليه السلام الصلح بين المسلمين
جائز إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وقال عمر بن الخطاب ردوا الخصوم لكي يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن
والصلح على ثلاثة أضرب أحدها أن يكون المدعى عليه مقرا بالمال فيجوز الصلح لإجماع الظواهر التي قدمناها ولأن المدعى عليه
إذا أقر فالحق يعطيه عوضا عما أقر به فهو كالبيع والنوع الثاني الصلح مع السكوت وهو أن يقول الخصم لا أقر
ولا أنكر وصلح ذلك جائز عندنا وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي لا يجوز وقد دل على ذلك ما قدمنا من الظواهر
ولأن السكوت يجوز أن يكون مقرا ويجوز أن يكون منكرا والعقود إذا احتملت الصحة والفساد وجب حملها على
الصحة والثالث الصلح على الإنكار يجوز عندنا وقال ابن أبي ليلى والشافعي لا يجوز وقد دل على جوازه ما قدمنا من الظواهر
ولا يقال إن قوله إلا صلحا أحل حراما يتناول الصلح في الإنكار لأن مال المدعى عليه حرام على المدعي مع إنكاره وذلك
لأن هذا القول لو تناول ما كان حراما قبل الصلح وحل بالصلح لوجب أن لا يجوز الصلح مع الإقرار إذا وقع على غير جنس
الحق لأن ذلك كان حراما على المدعي فلم يبق إلا أن يحمل على ما تأوله أصحابنا وهو أن قوله إلا صلحا أحل حراما
هو الصلح على الخمر وقوله أو حرم حلالا هو الصلح على عبد أن لا يبيعه ولا يستخدمه فيحرم بالصلح الاستخدام الذي ملكه
بالعقد ولأن عقد الصلح إذا جاز مع إقرار المدعى عليه جاز مع إنكاره أصله إذا صالحه أجنبي وهو مقر والخصم
منكر ٥ قال أبو حنيفة وأجود ما يكون الصلح على الإنكار وذلك أن الصلح مع الإقرار بالبيع أشبه وأحكامه
أحكام البيع وانفراد العقد باسم يقتضي انفراده بحكم وما ذلك الحكم إلا جواز هذا العقد مع الإنكار حتى يخالف
جواز البيع ٥ قال وذكر أبو الحسن حديث عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري أما بعد فإن القضاء فريضة
محكمة وسنة متبعة ثم ذكر الحديث إلى قوله والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وهذا الخبر
الذي أورده دلالة على جواز الصلح وهذا كتاب مشهور ظهر في الصحابة ولم يخالف عنه مخالف فيه الاستدلال به
كما يستدل بالإجماع وذكر حديث أبي جعفر محمد بن علي لما فتح رسول الله صلى الله عليه مكة بعث خالد بن الوليد داعيا ولم
يبعثه مقاتلا فذكر القصة الحديث ثم دعا رسول الله صلى الله عليه علي بن أبي طالب فقال اخرج إلى هؤلاء القوم فأد
دماءهم وأموالهم واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك فخرج علي وقد أعطاه رسول الله صلى الله عليه مالا حتى أنه
لدى ميلغة الكلب فنفدت مع علي بقية من مال فقال أعطيتكم هذا احتياطا لرسول الله صلى الله عليه فيما لا يعلم وفيما لا يعلمون
فأعطاهم إياه ثم قدم على رسول الله صلى الله عليه فأخبره الخبر فقال أحسنت وأصبت ثم ذكر باقي القصة ٥ وهذا الخبر أورده
ليبين جواز الصلح في الجملة وبيان الصلح عن المجهول لأن قوله هذا عما لا يعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلح عن مجهول وقد
أجاز ذلك وذكر عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه الصلح جائز بين المسلمين والمسلمون عند شروطهم وهذا
دلالة على جواز الصلح وذكر حديث صالح بن إبراهيم قال صولحت امرأة عبد الرحمن من ثلث الثمن على ثلث مائة ألف وهذا
يدل على جواز الصلح ويدل على أن الورثة يجوز لهم أن يخرجوا أحدهم بمال يدفعونه إليه ليسلم لهم التركة ٥ قال
أبو الحسن وإذا ادعى رجل على رجل مالا عينا أو عقارا أو عروضا أو ما كان من العروض فأقر به المدعى عليه ثم صالح المدعي
عليه المدعي على أن سلم له ما ادعاه بمال شرطت عليه عين أو دين فهذا جائز بعد أن يكون الدين الذي وقع به الصلح
معلوم القدر والصفة وإذا كان كذلك فما وقع عليه الصلح مما ادعى فهو مبيع وما وقع به الصلح عنه فهو ثمن والأصل في
هذا ما قدمنا أن الصلح إذا وقع عن الإقرار فهو في حكم البيع فالواجب اعتباره بالبياعات فإذا كانت الدعوى في عين
والصلح على حد في البيع وفي الذمة مكيل أو موزون فهو ثمن لأن المكيلات والموزونات إذا ثبتت في الذمة وضمنتها البياعات
في مقابلتها الأعيان فهي ثمن يعتبر فيها ما يعتبر في الأثمان فما صح أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون بدلا في الصلح
وما لا يجوز أن يكون ثمنا لم يجز أن يكون بدلا وإذا كان ثمنا اعتبر فيه ما يعتبر في الأثمان من العلم بالقدر والصفة فإن
وقع الصلح على عين من الأعيان فالعقد في حكم البيع إذا وقع على عوض بعوض أو عين بعين ٥ قال وإن كان المدعى
عليه جحد دعوى المدعي فصالحه المدعى عليه من دعواه على عين أو دين فذلك جائز إذا كان ما وقع به الصلح معلوما
عينا ومعلوما دينا قدرا أو صفة فالدين من ذلك في حكم الثمن والعين في حكم المبيع والعين المدعاة منه وليس لها
حكم المبيع ولا حكم الثمن والأصل في هذا ما قدمنا أن الصلح على الإنكار جائز كما يجوز على الإقرار إلا أن العقد في حق المدعي
معنى بالبيع وفي حق المدعى عليه براءة وإسقاط وليس ببيع ولا معاوضة وإنما كان كذلك لأن المدعي يزعم أنه محق في
دعواه وأن الذي أخذه عوض عنها ولولا ذلك لم يبح له الأخذ فوجب أن يعامل في حقه بما اقتضاه إقراره وأما المدعى
عليه ففي زعمه أنه مالك لما في يده وأن المدعي مبطل في دعواه وإنما دفع المال إليه ليسقط الخصومة عن نفسه فوجب
أن يعامل بما اقتضاه إقراره وليس يمتنع أن يختلف أحكام العقد في حقهما كما اختلف أحكام الإقالة بين العاقدين
وبين غيرهما فقال أبو حنيفة الإقالة فسخ في حق المتبايعين بيع في حق غيرهما كما قال الشافعي إن من ادعى حرية عبد
في يد غيره فاشتراه جاز الشراء وكان العقد في حق البائع بيعا وفي حق المشتري فداء للعبد وتخليصا له
ولهذا قال أصحابنا إذا وقع الصلح على دار وجبت الشفعة فيها لأن مدعي الدار بالصلح يزعم أنه ملكها بعوض فيلزمه
الشفعة بحكم اعترافه به ولو كانت الدعوى في دار فصولح منها لم تجب فيها الشفعة لأن المدعى عليه يزعم أنه
لم يتملكها بالصلح وأنها لم تزل على ملكه وإنما دفع العوض لافتداء اليمين فلم يصدق المدعى عليه فلذلك لم تجب
الشفعة ٥ قال فإن ظهر بالدار عيب لم يرجع بعيبها فإن استحقت الدار وقد بنى فيها المدعى عليه أو كانت جارية
فأولدها المدعى عليه لم يكن المدعى عليه مغرورا ولا يرجع على المدعي بقيمة الولد ولا بقيمة البناء إذا انتقض ويكون مغرورا
بالجارية في إثبات نسب الولد منه ويكون الجارية أم ولد وذلك لأن المدعى عليه يزعم أنه لم يملك من المدعي بالصلح
فلا يكون المدعي غارا له في الوطء ولا في البناء فلذلك لم يرجع عليه ويكون مغرورا في ثبوت النسب والاستيلاد
لأنه وطئها وهي على ملكه في الظاهر وهذا المعنى لا تعلق له بالصلح لأنه إذا وطئها قبل الصلح ثبت نسب الولد والاستيلاد
فإن لم يكن هناك غار غره ٥ فأما الرجوع بقيمة الولد والبناء فلا يكون إلا على غار ولم يوجد ذلك فإن قيل
إذا استحقت الدار رجع المدعى عليه على المدعي بما أخذ منه وإن كان في زعمه أنه لم يملك الدار من جهته قيل له
إنما يرجع لأنه دفع المال ليسقط عن نفسه الخصومة واليمين فلما استحقت الدار بينا أنه لم يكن للمدعي حق الخصومة
والاستحلاف فقد أخذ العوض عن غير شيء فلذلك لزمه رده ٥ قال فإذا أقر المدعى عليه بعد الصلح بدعوى المدعي
وصدقه فيها أو أقام المدعي البينة على صحة دعواه فإن الحكم بينهما كما يثبت لو أقر المدعى عليه بدعوى المدعي
في الابتداء قبل وقوع الصلح وذلك لأنه إذا أقر فالظاهر أنه صادق في إقراره فكأنه أقر ابتداء ولا ينفسخ الصلح
لأن المدعي كان أخذ العوض في زعمه عن الدار وإذا أقر المدعى عليه فقد بان أن المدفوع عوض عنها فلم يتغير
الحكم عما كان عليه فلذلك لم ينفسخ الصلح فأما قوله إذا أقام المدعي البينة بعد الصلح على حقه فإنما يريد بذلك إذا
طالب المدعي بحقوق الصلح على الإقرار فمنع المدعى عليه ذلك مثل أن يجد بما صالح عليه عيبا يسيرا فيريد رده
فلا يجوز ذلك إلا أن يقيم بينة على حقه ولولا ذلك لا معنى لإقامة البينة لأنه أسقط حقه عن الدار التي ادعاها
بصلحه فالبينة التي لا يثبت بها المدعي حقا لا تقبل وإذا أراد الرد بالعيب اليسير فهو يثبت بهذه البينة حقا
فلذلك سمعت وحينئذ يعلم أن دعواه كانت صحيحة فصار ما أخذه عوضا عنها فيتعامل بما يتعامل به لو كان
الصلح عن إقرار ٥

باب الصلح في الدين

قال وإذا ادعى رجل على رجل دينا أيا ما كان فأقر به المدعى عليه أو قامت له عليه بينة ثم إن المدعى عليه صالح المدعي
على بعض ما ادعاه فهو جائز والمأخوذ من الدين هو الذي كان وجب له بالمداينة فإن كان بعضه دون جميعه وذلك
البعض هو ملكه الأول لم يجد له فيه ملك بعقد الصلح فلا يكون ذلك في حكم البيع ولا المعاوضة وذلك لأنه إذا ادعى
ألفا فصالحه على خمسمائة فقد وقع الصلح على ما كان مستحقا بعقد المداينة فكأنه أخذ بعض حقه وأبرأ عن الباقي
وكل واحد من الأمرين جائز ولا يجوز الحمل على المعاوضة لأنه يصير بيع ألف بخمسمائة وذلك لا يجوز ولهذا القول إنه
لو ادعى عليه ألفا حالة فصالحه على خمسمائة مؤجلة جاز وكأنه أجل الدين الأول ولو جعل ذلك عوضا لم يجز بيع
الدراهم بالدراهم نسيئة ٥ قال ابن سماعة سمعت أبا يوسف قال في رجل ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار فصالحه
من جميع ذلك على مائة درهم دفعها إليه أو إلى شهر قال هو جائز وقد أبرأه من الدنانير وحط عنه الدراهم إلا مائة
وذلك لأن المائة مستحقة بالمداينة فإذا أخذها فقد أخذ مستحقها وصار مسقطا لحقه عما بقي وإن أجل على
ذلك جاز التأجيل فيها لأنها ليست بعوض وإنما هي نفس ما كانت في الذمة فإذا أجله جاز قال ألا ترى أنه لو
كانت له عليه دراهم وكر سلم فصالحه منهما على مائة درهم فإن هذه المائة من الألف ليس فيها للكر من الطعام حصة

وذلك لانا لو جعلناها عن السلم والدراهم بطل العقد لانه لا يصح اخذ العوض عن المسلم فيه ولم يبق الا ان يكون اخذ بعض حقه عن الدراهم وابراء عن نفسها وعن الكر ٥ قال ولو كان لرجلين على رجل الف درهم ومائة دينار الالف لاحدهما والمائة الدينار للاخر فصالحهما من جميع مالهما على مائة دفعها اليهما فهذا جائز والمائة بينهما على قيمة الدنانير والالف فما اصاب قيمة الدنانير فهو لصاحب الدنانير وما اصاب الالف فهو لصاحب الالف وذلك لان الصلح لا يمكن ان يجعل عن الدراهم خاصة لان مستحقها غير مستحق الدنانير ولانا لم نجد عوضا عنها فيقسم على قيمتها فما اصاب الدنانير فهي عوض عنها وبيع الدراهم بالدنانير جائز كيف كان وما اصاب الدراهم فهو محمول على استيفاء بعض الحق واسقاط ما بقيه ولا يحمل على المعاوضة لان المعاوضة لا يجوز في ذلك لما فيه من الربوا ٥ قال ابو الحسن وان وقع الصلح من الدين على جنس غير الدين مما لم يوجبه عقد المداينة فهو بمنزلة البيع في جميع وجوهه وكذلك ان اخذ عن الدين عينا فهو ايضا بمنزلة البيع في جميع وجوهه وذلك لان الصلح اذا وقع على ما لم يكن مستحقا بالمداينة فلا بد من حمله على المعاوضة فيعتبر فيه ما يعتبر في المعاوضات فان وقع العقد على دنانير عن دراهم فهو معتبر بعقد الصرف فما جاز في ذلك جاز في الصلح وما بطل فيه بطل في الصلح فان وقع على عين من الاعيان فهو معتبر بعقد البيع فما جاز في عقد البيع جاز فيه وما بطل في عقد البيع بطل فيه ٥ قال وان اخذ من الدين من جنسه ما هو اقل من الدين قدرا او صفة فهو جائز اما اذا اخذ اقل من قدره فقد بيناه واما اذا اخذ اقل من صفته مثل ان يصالحه عن الف بيض على خمسمائة سود فذلك جائز لان المستحق للجياد مستحق لما دونها بدلالة انه لو اخذ السود من غير تعيين امره لم يجبر على ردها والصلح وقع على المستحق وقد ابرا عن الصفة فجاز ذلك وعلى هذا اذا اصالح من الدين الحال على المؤجل لم يحمل على المعاوضة لانه لو حمل عليها بطل فلم يبق الا ان يكون اجل نفس المستحق ٥ قال وان كان الدين مؤجلا فصالحه عن بعضه عاجلا كان الصلح باطلا وذلك لان من له دين مؤجل لا يستحق المعجل فاذا اصالح على ما لم يكن مستحقا بعقد المداينة صار عوضا وبيع خمسمائة بالف لا يجوز وعلى هذا قالوا لو كان عليه الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان مستحق السود لا يستحق البيض وهي اجود منها فلم يبق الا ان يكون البيض عوضا وبيع السود بخمسمائة بيض لا يجوز قال فان صالحه على اكثر من الدين وهو مثل الدين في الصفة او اجود منه او دونه فالصلح باطل ٥ وان صالحه على قدر الدين وهو اجود فهو جائز اذا قبض ذلك قبل ان يتفرقا فان افترقا قبل القبض بطل الصلح وذلك لان الدين اذا كان الفا بيضا فصالحه على الفين بيض فالزيادة على الالف مال ماخوذ بالباطل لانه لا يجوز ان يملك ما في ذمته من الدراهم باكثر منها وان صالحه على الفين سود لم يجز لانه جعل الزيادة بازاء الجودة وذلك لا يجوز في الشريعة فاما اذا صالحه من الف سود على الف بيض فسلمها في المجلس جاز لانهما جنس واحد وقد سمح المطلوب بالصفة وتبرع بها فيجوز ذلك فان افترقا لم يلزمه لانه وعد ان يعطي اجود مما عليه فان شاء وفا بعهده وان شاء رجع عنه ٥

باب الصلح من الحقوق التي ليست بمال

قال واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس او فيما دونها وصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال او كثيرا كان ذلك دون دية النفس او ارش الجراحة او اكثر فهو حال في مال الجاني ولا يكون شي من ذلك في مال العاقلة والاصل في جواز الصلح من دم العمد قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف ولان دم العمد حق يجوز ان ينتقل الى المال بدلالة انه لو دخلته شبهة انتقل الى المال فجاز الصلح منه على مال كالرد بالعيب وانما جاز الصلح على مقدار الدية وما زاد عليها لان الحق ليس بمال فيتقدر العوض عنه وانما هو عقوبة والعوض عنه لا يتقدر وليس هذا كقتل الخطا ان الصلح عنه لا يجوز باكثر من الدية لان الواجب بقتل الخطا الدية وقد بينا ان المال لا يجوز ان يصالح عنه باكثر من جنسه وانما كان البدل في الصلح حالا لانه مال وجب بالعقد وكل مال يجب بالعقد فهو حال الا ان يشترط فيه التاجيل كعقد البيع ولا يلزم ذلك العاقلة لانه وجب بعقد القاتل فكان عليه ولان العاقلة لا تتحمل ما يجب بالعمد وانما تتحمل الخطا وشبه العمد ٥ قال وكل ما سميناه في عقد الصلح عن القصاص مما يبينه انه لا يكون مسمى صحيحا في النكاح وان تسميته ذلك يوجب للمراة مهر المثل فهو كذلك في الصلح من القصاص لا يصح اخذه للولي وعلى القاتل فيه دية النفس ان كانت نفسا وارش الجراح ان كان جرحا في مال الجاني حالا ولا يجب شيء من ذلك على العاقلة وما كان جائزا في النكاح اذا سماه الزوج على الوسط منه وكذلك هو في الصلح عن القصاص انما اعتبر البدل في الصلح عن الدم بالمهر لان كل واحد منهما يثبت بالعقد عما ليس بمال فما جاز ان يثبت في احدهما جاز ان يثبت في الاخر فاذا اصالح على عبد غير موصوف او حيوان غير موصوف فيجوز الصلح عليه ويجب منه الوسط كما يجب في المهر وما لا يصح تسميته في المهر بحال فكذلك لا يصح في الصلح مثل ان يصالح على ثوب غير موصوف لان هذه الجهالة كثيرة ولذلك تمنع صحة التسمية في النكاح فلذلك في الصلح الا ان القصاص يسقط لان من شرط سقوطه القبول وقد وجد واذا اسقط القصاص من غير عقد وجب بدل النفس وهو الدية وارش الجرح كما لو تزوجها على ثوب بطلت التسمية ووجب لها مهر المثل ثم يفترق النكاح والصلح من وجه وهو انه لو تزوجها على خمر وجب لها مهر المثل ولو صالح على خمر وقع العقد ولم يجب له شيء وذلك لانها لا تملك ان تبيح بضعها بغير عوض فاذا رضيت بالخمر مهرا فقد رضيت بما ليس بمال فكانها تزوجت بغير شيء فيجب لها مهر مثلها فاما في الصلح فيجوز العفو من غير عوض فاذا صالح على خمر فقد رضي بما لا قيمة له فكانه عفا من غير بدل فلا يجب له شيء وقول ابي الحسن

كل ماكان تسميته من النكاح يوجب مهر المثل للمراة وذلك في الصلح لا ينتقض بمسئلة الصلح على الخمر لانها اذا تزوجت على خمر لم يجب لها مهر المثل بحكم التسمية وانما يجب بان النكاح لا يخلو من عوض فلذلك لم يجب هاهنا الدية ٥ قال وكذلك الخلع والعتق على مال والكتابة فهذا كله يجري مجرى واحدا يعني ان البدل يثبت فيه مع الجهالة لانه بدل عما ليس بمال والخلع يفارق النكاح والصلح لانه يحتمل من الجهالة ما لا يحتمل الا ترى انهم قالوا لو خالعها على ما في بطن جاريتها من الولد جاز ولو تزوجها على ذلك لم يجز ولو عفا عن الدم على ذلك لم يجز لان النكاح والعقد اذا كان البدل فيه عما ليس بمال فهو معنى متقوم بدلالة انه يجوز ان يجب العوض فيه حكما فلذلك اعتبر في بدله ما يعتبر في المعاوضات ولا يصح في الحمل فاما الخلع والعوض فيه عوض عن خروج البضع من ملك الزوج وذلك لا يتقوم فلم يعتبر بالمعاوضات فاعتبر بالوصايا وفرق اخر وهو ان الاحكام المتعلقة بالحمل موقوفة على الولادة بدلالة الميراث والوصية والنكاح والصلح لا يجوز ان يتعلقا بشرط فلم يجز ان يكون البدل عنهما متعلقا استحقاقه بالولادة فاما الخلع فيجوز تعلقه بالشروط فلذلك جاز ان يكون العوض فيه ما يقف استحقاقه على شرط الولادة ٥ قال وللمصالح ان يبري منه قبل قبضه وان يملكه قبل القبض ببيع او هبة او غير ذلك وذلك لانه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل القبض كالميراث والوصية ٥ قال فان صالح من القصاص على ما لا يحل من ميتة او دم او خمر او خنزير وهو يعلم ذلك فذلك عفو ولا شيء على القاتل من دية ولا ارش الجراحة وقد بينا هذا قال ابن سماعة عن محمد في نوادره في رجل صالح من دم عمد على عبد وسط فذلك جائز وان لم يسم له اجلا فان باعه قبل ان يقبضه جاز الا ترى انه لو هلك لم ينفسخ الصلح ورجع بقيمته فكل مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه فالتصرف فيه قبل القبض جائز اما جواز الصلح على عبد وسط او مطلق فقد بيناه واما جواز التصرف فيه قبل القبض فلما ذكرنا وانما قلنا انه يرجع اذا هلك بقيمته لان تسليمه واجب والسبب الموجب للتسليم لا ينفسخ بهلاكه فصار كالعين المغصوبة اذا هلكت وجبت قيمتها ولم يذكر ابو الحسن اذا اصالح على خمر او خنزير وهو لا يعلم ذلك مثل ان يقول صالحتك على هذا الخل فاذا هي خمر والواجب في ذلك على قول ابي حنيفة الدية لما قدمنا وقال ابو يوسف استحقاق العبد لنفسه بالحرية كاستحقاق اجنبي له فيجب قيمته ٥ وقال محمد تجب الدية لانه لما ابطل الحر ان يكون تسمية ابطل ما هو من جنسه وهذا مبني على الاختلاف في النكاح ٥

نوع اخر في الصلح من الحقوق التي ليست فيها استبدال بمال ٥

قال واذا وجب لرجل على رجل شفعة في دار اشتراها وصالح المشتري الشفيع على مال معلوم على ان يسلم له الدار فالصلح باطل عند اصحابنا جميعا ولا يجب المال على المشتري وبطل الشفعة وذلك لان ملك المشتري في الدار بعد الصلح على الوجه الذي كان قبله والعوض ماخوذ عن غير شيء فيكون اخذ المال به باطلا ولا يلزم على هذا الصلح من دم العمد لان ملك القاتل في الدم بعد الصلح مخالف لما كان قبله بدلالة انه كان مباح الدم للولي الا ترى انه على اي وجه قتله لم يلزمه شيء فاذا اصالح زالت الاباحة فلذلك جاز الصلح ولان حق الشفعة ليس بمال ولا فيه معنى المال الا ترى انه اذا اسقط حكمها لا ينتقل الى مال فليس له ازالة ملك الشفيع عن شيء يجوز تصرفه فيه فلم يجز اخذ العوض عنه كحق الوكالة والمضاربة ولان الشفيع يثبت له خيار ان شاء فلا يجوز ان يتعوض عنه والدوية كخيار الشرط وانما سقطت الشفعة وان لم يسلم العوض لان اسقاط الشفعة لا يقف على عوض والحق غير متقوم فاذا بطل العوض فيها لم يرجع الى شيء كالطلاق وليس هذا كالوصالح المشتري الشفيع على ان ياخذ شفعته شيئا من الدار بحصته من الثمن ان الصلح باطل في الشفعة بحالها في كل الدار لانه لم يصالح على اسقاط شفعته وانما صالح على اخذ بعض حقه فاذا لم يسلم له ما صالح عليه بقي حقه بحاله فاما الكفالة فالمال باطل لان الكفالة بالنفس حق ليس بمال ولا يؤول الى مال وليس فيه اسقاط المكفول حقه عن ملك لم يتصرف فيه فلم يجز اخذ العوض عنه كاسقاط الشفعة واذا بطل العوض فهل يبطل الكفالة فيه روايتان احدهما انها تبطل لان اسقاط الحق عنها لا يقف على عوض فاذا بطل العوض عنها من طريق الحكم سقطت والرواية الاخرى ان الكفالة بحالها لان الكفالة بالنفس اقوى في الثبوت من الشفعة بدلالة انها لا تبطل بموت المكفول له ولا بموت الكفيل ويطالب الورثة بالاحضار وليس كذلك الشفعة لانها تبطل بموت الشفيع فلذلك بطلت بالصلح وان بطل العوض ٥ قال بشر عن ابي يوسف اذا ادعت المراة على رجل ان هذا الصبي الذي في يدها ابنه منها وجحد الرجل ذلك فلم تدع المراة النكاح وقالت قد طلقني واقر الزوج انها كانت طلقها وبانت فصالحها من النسب على مائة درهم فالصلح باطل وان لم تقم بينة لان النسب حق للصغير فلا يجوز صلح امه في اسقاطه ولان النسب الثابت لا يصح اسقاطه بعوض قال ولو ادعت نكاحا بغير ولد فصالحها على مائة درهم فان الصلح باطل وان لم تقم بينة على النكاح وترجع في المال وذلك لانها اذا ادعت انه زوجها وصالحها على عوض اعطاها لتترك النكاح فان جعلناه هذا فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يكن فرقة فالحال على ما كانت عليه في الدعوى فلا يكون العوض عن شيء ٥ قال بشر عن ابي يوسف لو كان لرجل ظلة على طريق نافذ او كنيف شارع فخاصمه رجل فيه واراد طرحه فصالح على دراهم فالصلح باطل ومخاصمه في طرحه متى شاء وذلك لان الحق في منع الظلة والكنيف لجماعة المسلمين فاذا صالح او اخذ على تركها فلبقية المسلمين الخصومة فيها والمطالبة لقلعها ولم يستفد صاحب الظلة بدفع العوض فايدة ولا يصح الصلح ٥ قال ولو كانت على طريق غير نافذ فخاصمه رجل من اهل الطريق فصالحه على دراهم مسماة كان الصلح جائزا وذلك لان الطريق اذا لم يكن نافذا فهو ملك لاهله وكل واحد منهم يملك جزءا منه فاذا صالحه فقد اسقط حقه عن ملك مشاع فيجوز الصلح ٥ فان قيل اليس صاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح

واسقط باقيه قال فان صالح على شي من هذه الانواع على اكثر مما سمى من الديه لم يجز الزياده لانه اذا صالحه على نوع تعين الوجوب
فيه فقد صالح على اكثر من حقه فالزياده باطله قال وان صالحه على شي مما لم يفرض فيه الديه فهو جايز اذا دفعه اليه
وذلك لان ما لم يفرض فيه الديه عوض عنها فيجوز قليلا كان او كثيرا الا انه يعتبر فيه القبض في المجلس لانه بدل عن الديه
وهي دين فاذا لم يعجله صار دينا بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وهو الدين بالدين قال وهذا كله اذا لم يكن القاضي
قضى على القاتل بالديه فان قضى عليه بالديه بمايه بعير فصالح القاتل الولي من مايه بعير على اكثر من مايتي بقره وفي
عنده ودفع ذلك اليه جاز لان قضا القاضي عين الوجوب في الابل واذا صالحه على البقر فالبقر الان ليست مستحقه
وبيع البقر بالابل جايز بغير تقدير قال وان صالح بعدما بالابل على شي من الكيل والوزن سوى الدراهم والدنانير
الى اجل لم يجز لان الاجل دين في الذمه فاذا صالح منها على مكيل او موزون موجل فقد صار دينا بدين ولا يجوز
قال وان صالحه من الابل على مثل قيمه الابل او اكثر مما يتغابن الناس فيه فهو جايز وذلك لان القيمه
مستحقه الا ترى ان من قضى عليه بالابل يخير بين دفعها ودفع قيمتها فاذا صالح على القيمه جاز قال وان صالح
على اكثر من القيمه مما لا يتغابن الناس لم يجز وذلك لان القيمه كالمستحقه فاذا صالح بزياده يتغابن في مثلها لم
يتيقن حصول الزياده لانها تدخل بين تقويم المقومين واذا صالح على زياده كثيره فقد تيقنا انه صالح على اكثر من المستحق
فلا يجوز قال فان قضى عليه القاضي بالدنانير او الدراهم فصالحه القاتل على طعام او نعم او بقر او ابل مما ليس عنده
فانه لا يجوز الا ان يدفعه اليه قبل ان يفارقه وذلك لان الحق هو الدراهم التي قضى لها فاذا صالح منها على الاعيان صارت مبيعه
وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا في السلم قال واذا كان ما قضى به القاضي ابلا او بقرا فصالحه من ذلك على شي
من الطعام او غيره وليس عنده ثم دفعه اليه قبل ان يفارقه فهو جايز وذلك لان الطعام اذا ثبت في الذمه في مقابله
الاعيان فهو ثمن فجاز العقد به وان لم يكن في ملك العاقد قال فان لم يدفع اليه الطعام او الشعير حتى فارقه لم
يجز لانه يصير دينا بدين وذلك لما بينا ان الدين بالدين معفو عنه مقدار المجلس فاذا افترقا قبل قبضه بطل البيع فيه
قال ولو لم يقض على شي حتى صالحه القاتل على مايه كر من الطعام وذلك اكثر من قيمه ما فرضت فيه الديه فانه جايز
اذا دفع الطعام اليه قبل ان يفارقه وذلك لان الطعام ليس بمستحق واذا صالح عليه فهو عوض عما فرض فيه الديه
فيجوز ذلك الا ترى انه لا يكون عنده لانه يمكن ان يحمل العقد فيه على الصحه وهو ان يجعل عوضا عن الابل والبقر والغنم
دون الدراهم والدنانير فيكون ثمنا فيجوز العقد به وان لم يكن عنده قال بشر عن ابي يوسف لو صالح من الديه
على اكثر منها لم يجز وان صالح على ثياب قيمتها اكثر من الديه جاز لانه صلح على غير المستحق ولا يعتبر فيه التقدير
قال واذا قتل رجل رجلا خطا فلم يقض على عاقلته بالديه حتى صالحه غيره على صلح وضمن ذلك وان كان انه صالح على خمسه عشر
الف درهم والقاتل من اهل الورق او على الف دينار والقاتل من اهل الورق فضمن على المصالح بالضمان ان كان صالح على
ورق بعشره الف وان كان صالح على ذهب بالف دينار وذلك لان المتبرع بالصلح يجوز عقده فيما يجوز عقد الذي عليه
الحق وصلح القاتل على اكثر من الديه لا يجوز وكذلك الذي تبرع عنه الا ترى ان رجلا لو كان له على رجل الف درهم وقبضها
اني اجيز من ذلك الفا وابطل الفا ولو صالح على مايتي دينار ودفعها اليه اجزت ذلك وان افترقا قبل ان يقبضها
ابطلت الصلح وذلك انه اذا صالح من الالف على الفين والزياده على الالف ماخوذه بغير حق فيجب ردها فاذا صالح
على دنانير فهي عوض عنها فيجوز بالقليل والكثير الا ان التقابض مستحق لانه عقد صرف فاما الديه فان لم يقض بالدراهم
لم يجز الصلح على اكثر من الف دينار لان الديه مستحقه من كل واحد منهما فالصلح بالدنانير يقع عن المستحق لا على وجه
العوض فلا يجوز الزياده فيه فاذا قضى بالدراهم فصالح منها على الف دينار جاز اذا قبضها في المجلس لان الجوده عين
في الدراهم والدنانير عوض عنها ويجوز بغير تقدير وكذلك لو صالحه على مايتي بعير باعيانها لان المستحق هو الدراهم
وفي مقابلتها الابل وهي مبيعه فيجوز بغير تقدير واما اذا لم يقض القاضي بالدراهم فصالحه على مايه بعير بعينها
او بغير عينها اجزت من ذلك مايه لان المستحق لم يتعين من الابل نفس الحق فلا يجوز عليها قال وان لم
يكن باعيانها جعلت الديه من الابل المايه اسنان الابل في الديه لانا بينا ان هذا صلح على نفس المستحق فوجب الرجوع
فيه الى الاسنان المستحقه قال واذا كانت باعيانها اجزت المايه من ذلك وجعلت التخيير الى الطالب
ان شا انفذ الصلح وان شا رده ان كانت في اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل المسماه في الديه لان الطالب
لم يرض بنقصان السن الا ليسلم له زياده العدد فاذا لم يسلم له تعيبت صفه العقد فكان له الخيار ان شا امضاه وان
شا فسخه قال ولو صالحه على مايه بعير بعينها على اسنان الديه وضمنها او بغير عينها وضمنها فهذا جايز لازم للطالب
والمطلوب ولا خيار للطالب في ذلك لان الصلح وقع عن نفس المستحق فجاز عن مستحقه ولا خيار للطالب لانه استوفى
ما ثبت في الاصل

باب الصلح في المنافع

قال واذا ادعى رجل على رجل دارا او عبدا في يده او حقا في عين فجحد المدعى عليه الدعوى فصالحه من ذلك على
خدمه او سكنى دار او زراعه ارض وذلك كله بعينه مده معلومه وبين ما يزرع في الارض فالصلح جايز وكذلك
لو صالحه على ركوب دابه بعينها وقتا معلوما او الى مسافه معلومه فالصلح جايز ويصح جميع ذلك بما يصح به الاجاره
وينتقض الصلح بما ينتقض به الاجاره ويجري ما وقع به الصلح مجرى الاجاره فيما يصح فيه وما يبطل وما بطلت فيه الاجاره

فايده لان لبقيه اهل الدار ان يخاصموا فيها فيبطل له ما بذله لانه يجوز ان يصالح بغير فلست بعيد الصلح الاول
والثاني بسبب الظله وليس كذلك الطريق النافذ لانه لا يجوز على جميع المسلمين فلا يستفيد بصلح الواحد منهم
فايده وكان لو يكن الولي يعقل لهذا يجبر على ان توسع الطريق بنا او وضع عليه الظله ونحن ان موضع البنا والظله
له فقد وهم المدعي ان موضع المناسبه فاني فقد اسقط حقه عن نفسه بقيمتها فيجوز لكل الانواع فاما اذا
لم يكن هناك بنا فانما اسقط حقه عن الهوا ولا يجوز اخذ العوض عنه قال لو صالحه المصالح على مايه درهم
على ان يطرح هذه الظله عن هذه الطريق كان جايزا لان هذا منفعه لاهل الطريق وهو موضع على صاحب الظله
يقول بنيتها بحق ويقول المنازع بنيتها بغير حق فاذا دفع المنازع الى صاحبها مالا لينقضها فهو مسقط الخصومه
عن نفسه وعن شركايه في الطريق فهو متبرع عليهم في الصلح فيجوز قال واذا ادعى رجل على رجل مايه درهم فانكرها
المدعى عليه فصالحه المدعي على انه ان حلف المدعى عليه فهو بري فحلف المدعى عليه ما له قبله قليل ولا كثير
فان ابا حنيفه قال الصلح باطل لا يجوز والمدعي على دعواه فان اقام بينه اخذه بها وان لم يكن بينه فاراد استحلافه عند
القاضي فله ذلك لان هذه براءه متعلقه بشرط وبراءه صاحب الاصل لا يجوز تعليقها بالشروط واما قوله ان له ان يستحلفه
ثانيا فهو على وجهين ان كانت اليمين الاولى عند غير القاضي فله ان يستحلفه عند القاضي لان اليمين عند غير القاضي لا تقطع
الخصومه الا ترى انها لا تجب على المدعى عليه وانما يبذلها باختياره وان كانت اليمين الاولى عند القاضي لم يكن له استحلافه
ثانيا لان اليمين انما تكون عند القاضي في مال واحد قال واذا اصطلحا على ان يحلف المدعي فمتى حلف فالدعوى لازمه
للمدعى عليه ضامن لها فحلف المدعي على ذلك فان الصلح لا يجوز ولا يلزم المدعى عليه بهذا شي وذلك لانه علق استحقاق
المال بشرط وهو اليمين والاموال لا يتعلق استحقاقها في حال الحيوه بالشروط قال واذا ادعى رجل قبل امراه تزويجا
فجحدت فصالحها على مايه درهم على ان تقر بذلك واقرت بالنكاح فهو جايز والذي جعل لها لازم وذلك لان اقرارها
بالنكاح محمول على الصحه فاذا اعطاها مايه جعل ذلك زياده في مهرها قال الا ترى انه لو ادعى عبدا في يده فجحده
فصالحه على مايه درهم على ان يقر له بالعبوديه ان ذلك جايز وذلك لان العبد في زعم المدعي ملكه وانما بذل المال
لقطع الخصومه فيه وفي زعم صاحب اليد ان العبد ملكه وانه اخذ العوض عنه وذلك جايز قال ولو ادعى الف درهم
فقال اقر لي بها على ان اعطيك مايه درهم كان هذا باطلا لانه ان كان له عليه الف فلا معنى لاخذ المايه هبه وان لم يكن
له فلا يجوز ان يوجب على نفسه الفا بمايه قال وكذلك لو قال اعطيك مايه درهم على ان تكوني امراتي فهو جايز
اذا قبل ذلك بحضره الشهود لان هذا ابتدا في النكاح واذا احضره الشهود جاز وكذلك لو قال تزوجتك امس على
الف فقالت لا فقال ازيدك مايه على ان تقري لي بالنكاح فاقرت كان لها الالف ومايه والنكاح جايز لانها اذا اقرت
حمل بذل المايه على الزياده في المهر على ما قدمناه قال واذا ادعى رجل على رجل انه عبده وهو مجهول فانكر المدعى عليه
ذلك انه عبده لم يقبل منه وهو بمنزله العتق غير انه ليس له الولاء الا ان يقيم البينه وذلك لان في زعم المدعي انه ياخذ
المايه لاسقاط الرق واسقاط الحق عن الرق جايز وفي زعم المدعى عليه انه حر الاصل وانما يسقط الخصومه عن نفسه
بما يعطي من العوض وذلك جايز فان اقام المدعي البينه فلا شي له الا الولا لان رضاه باخذ العوض من عبده عتق على
مال وان لم يقم له بينه فلا ولا له لانه غير مصدق في الدعوى قال وكذلك لو قال اصالحك من دعواي على وصيف
الى اجل او على كذا او كذا من الغنم الى اجل كان جايزا فكل ما جاز في الكتابه من ذلك فهو جايز في هذا لانه انما اخذ العوض
عن الرق فهو في حكم المعتق والمكاتب الا انه ان اخذ بهذا المال كفيلا جاز ولو اخذ بمال الكتابه لم يجز لان العتق
ها هنا في زعم المدعي قد وقع بنفس الصلح فالكفاله عن حر فيجوز والكتابه لم يقع العتق فيها بالعقد فبقي الدين
على نقصانه فلا يصح الكفاله به قال واذا ادعى الرجل على الرجل قذفا فصالحه المدعى عليه
على عشره دراهم مسماه على ان يعفو عنه فالصلح باطل وله ان يرجع بالدراهم ان كان نقده وهو على حقه لان
حد القذف عندنا حق لله تعالى فلا يجوز للمطالب اسقاطه ولا اخذ العوض عنه قال وكذلك رجل اخذ
زانيا او سارقا او فاسقا عنه فاراد رفعه الى السلطان او اخذه في شرب خمر او سكر فصالحه على ان لا يرفعه
الى السلطان فالصلح باطل ويرجع بما دفعه وكذلك لو صالحه عنه غيره او اعطاه كفيلا لان المطالبه بالحدود
واقامتها حق لله تعالى ولا يملك احد من الناس اسقاطها ولا اخذ العوض عنها قال واذا صالح رجل
شاهدا عليه بحق من الحقوق على ان لا يشهد عليه فالصلح باطل ويرد ما اخذ على ذلك واذا ثبت ذلك عند الحاكم
ابطل شهادته في ذلك وفي غيره الا ان يحدث توبه لان اقامه الشهاده عباده فلزم الشاهد لحق الله تعالى
ولا يجوز اخذ العوض على اسقاطها كسائر العبادات ويكون هذا جرحا في الشهاده فيمنع من قبول شهادته في ذلك
الحق وفي غيره

باب الصلح في قتل الخطا

قال ابن سماعه عن محمد في رجل قتل رجلا خطا فصالح وليه القاتل على مايه بعير او مايتي بقره او الفي شاه او مايتي حله او الف
دينار او عشره الاف درهم فذلك جايز لان هذه الانواع هي التي فرض الديات منها فاذا صالح على احدها فقد اخذ
نفس المستحق وفايده الصلح كان التعيين في احد الانواع الى الحاكم فاذا تراضيا بالتعيين لم يحتج الى حكم وان صالحه على
شي اقل من هذه الانواع جاز لان المستحق مقدار الديه من احد هذه الاجناس فاذا صالحه على بعضها فقد اخذ بعض

فاوجب بطلانه الرجوع بالاجر كله رجع في الصلح اذا ابطل على جميع دعواه وما اوجب في الاجارة بطلان بعض الاجر وصحة بعضه
فهو كذلك في الصلح يبطل قدر ما بطل فيه ويعود على دعواه في ذلك القدر وما صح فيه الصلح بطل من الدعوى بقدر ذلك
والاصل في هذا ان الصلح فرع للعقود والواجب اعتباره بنظيره منها فاذا وقع عن عين او دين بمنافع فهو في حكم
الاجارة فلذلك صححوه بشروط الاجارة وابطلوه بما ابطلوا به الاجارة ولهذا قالوا في الصلح اذا وقع على عين انه
معتبر بالبيع واذا وقع عن الدراهم والدنانير فهو معتبر بعقد الصرف قال ابو الحسن تفسير ذلك ان احد المتصالحين
لو مات انتقض الصلح بموته كما يبطل الاجارة بموت احد المتعاقدين لها فان كان ذلك قبل الانتفاع رجع المدعي على دعواه
وان كان المدعي قد انتفع بما وقع به الصلح نصف المدة او ثلثها او ربعها بطل من حقه في دعوى المدعي بقدر ذلك
ورجع على دعواه فيما بقي وكذلك لو تلف ما وقع به الصلح فكان عبدا فمات او دابة فنفقت او دارا او ارضا فغرقت
او كان بيتا فانهدم فهو مثل ذلك ينتقض الصلح في ذلك كله وذلك لما بينا ان العقد معتبر بالاجارة فيبطل بموت احد
المتعاقدين كما تبطل الاجارة فاذا ابطل بهلاك العين التي يستوفى المنفعة منها كما تبطل الاجارة واذا بطل العقد قبل الانتفاع
وجب الرجوع بما يقابلها فان كان الصلح عن اقرار رجع بحقه وان كان عن انكار رجع بالدعوى وكذلك ان استوفى بعض
المنافع ثم انتقض العقد رجع بقسطه حقه ان كان عن اقرار وبقدر ذلك من الدعوى ان كان عن انكار قال ولا يعتبر ما وقع
عليه الصلح معلوما كان او مجهولا مقرا كان او مجحودا وذلك لان المدعى لا يفتقر الى التسليم والجهالة انما تمنع
التسليم فيما كان مسلما لم يعتبر كونه معلوما واما المصالح به فيفتقر الى التسليم والجهالة تؤثر فيه ٥ قال ولو كان الصلح
[illegible]

ولا يقال فكيف يصح ان ينقل الملك في دار الا منافعها قلنا يجوز اذا كانت المنفعة معلومة المدة كمن آجر دارا اربعا
والمستأجر يعلمه ٥ قال واذا صالح رجل رجلا من دعواه في عين او دين على مسيل او على شرب يوم من هذا النهر على انه
لا حق فيه في رقبة النهر او على ان يحمل كذا وكذا جذعا على هذا الحائط وعلى مسيل ميزابه في داره اياما معلومة
فان هذا فاسد لا يجوز وذلك لان المسيل مجهول الا ترى انه لا يعلم مقدار ما يسيل في الارض من الماء والشرب
مجهول لانه اذا لم يعقد على ملك نفس الشرب فالعقد على الماء وذلك مجهول وكذلك مسيل الميزاب لانه يختلف
بقلة الماء وكثرته واما حمل الجذوع على الحائط فلا يجوز ان يستحق بالعقود لانه اجارة بعضه لا يمكن تسليمها فلم يجز
الصلح عليه ٥ قال ابو الحسن وكل صلح وقع بمجهول وفيما لا يجوز بيعه او الشرى به فان الصلح فاسد لما بينا ان ما
يقع الصلح به يعتبر بالبيع فلا يجوز العقد عليه مع الجهالة ٥

باب الرجل يتبرع بالصلح عن المدعى عليه

قال واذا ادعى رجل في دار في يد رجل دعوى في ارضه
وصالحه اجنبي بامره او بغير امره بما ذكرنا من اقرار او انكار فان ذلك جائز اما اذا صالح بامر المطلوب فهو
وكيله في الصلح وعقده كعقد الموكل فكما جاز للمطلوب ان يصالح فكذلك توكيله واما اذا صالح بغير امره فقد تبرع باسقاط
الحق عن المطلوب والانسان يجوز ان يتبرع باسقاط حق غيره كما يتبرع بقضاء دينه وكما لو تبرع ببذل مال للزوج ليخلع امرأته
او للمولى حتى يعتق عبده او للولي حتى يعفو عن القاتل جاز في جميع ذلك لانه تبرع باسقاط الحق عن الغير وكذلك في مسئلتنا
ويستوي فيه الاقرار والانكار لانه ان كان مقرا فقد تبرع باسقاط الدين وان كان منكرا فقد تبرع باسقاط الخصومة
وكل واحد من الامرين يجوز للمطلوب فعله وكذلك يجوز للمتبرع عنه ٥ قال ولا يكون من حق المدعي المصالح شيء
انما يكون ذلك للذي في يده الدار لان المصالح لم يبع الحق المدعى انما صالح عن المطلوب وذلك يفيد اسقاط الحق دون
نقل الملك وكان الحق المدعى للمطلوب خاصة قال ولا يكون على المصالح من المال الذي صالح عليه شيء الا ان يضمن ذلك
للذي صالحه وهذا على وجوه ان صالح على مال مطلق فالصلح موقوف فان اجازه المطلوب جاز ولزمه المال وان رده
بطل وذلك لان العاقد قد تبرع بالعقد ولم يتبرع بالمال فلا يجوز ان يلزمه زيادة على ما التزمه وسقوط الحق موقوف
على سلامة المال للطالب فاذا اجاز المطلوب لزمه المال وكان العاقد صالح بامره فيتم العقد بسلامة العوض للمدعي
وان لم يجز ولم يسلم العوض بطل العقد والوجه الثاني ان يقول صالحتك من دعواك على فلان على الف دينار على اني ضامن
لها فيتم العقد ويلزمه الضمان وذلك لان العقد وان لم يوجب الضمان عليه فضمانه للمال يلزمه ذلك ويسلم العوض بضمانه
للمدعي فيتم العقد ولا يقال كيف يصح ضمانه والعقد لا يوجب الضمان عليه قلنا هو متبرع بالعقد متبرع بالضمان وان لم
يلزمه بالعقد كالوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر والوجه الثالث ان يقول صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا فيتم العقد
ويلزمه التسليم لان اضافة المال المعقود عليه الى نفسه يقتضي التزامه لتسليمه واتمام العقد به لولا ذلك لم يكن
لاضافته الى نفسه معنى اذ الزمه التسليم فتم العقد والوجه الرابع ان يقول صالحتك على هذه الالف او هذا
العبد ويسلم ذلك من غير ضمان فيتم العقد لان التسليم يوجب سلامة العوض للمدعي واذا سلم له العوض وهو
مقصوده صح العقد قال وان كان انما صالحه على عبد بعينه فوجد به عيبا او استحق لم يكن لصاحب الدعوى
على المصالح شيء فكان المدعي على دعواه في الدار وكذلك كل عوض صالحه عليه لما بينا ان العاقد للصلح بغير امر
المطلوب متبرع بالعقد وانما يلزمه الضمان بالتزامه ولم يضمن في مسئلتنا وانما تبرع ببدل العين من غير ضمان
فان سلمت تم الصلح وان استحقت لم يجب ان يلزمه عوضها لانه لم يرض ان يلزم الا العين فلو الزمناه نقصان
العيب لالزمناه ما لم يلتزمه الا ان المدعي يرجع بدعواه لان البدل متى استحق لم يسلم له عوض مقصود وكذلك
ان رده بعيب واذا لم ما يسلم له انفسخ العقد وعاد بدعواه قال ولو صالحه على دراهم مسماة وضمنها فدفعها
اليه فاستحقت او وجد فيها زيوفا او ستوقة فله ان يرجع بذلك على الذي صالحه دون الذي في يده الدار
لان اطلاق الدراهم يقتضي الجياد ضمانه لها يوجب عليه التسليم فاذا استحقت فلم يوجد التسليم فكان عليه العوض
عنها وكذلك ان ردت عليه بعيب ٥ قال ولو صالحه على دراهم وضمنها ثم قال لا ادفعها اليك اجبرته على
ان يؤديها اليه وذلك لانه التزمها بالضمان فلزمه تسليمها كما يلزمه سائر الاموال الواجبة بالعقود قال
ولو ان رجلا باع بيعه دار ادعى فيها رجل حقا فصالحه الذي في يده الدار على دراهم مسماة ودفع اليه الدراهم
ثم ان الدار استحقت كان له ان يرجع بدراهمه قال ولو كان صالح عنه غيره رجع بدراهمه ذلك الرجل لانه هو الذي
اداها وذلك لان استحقاق الدار بين له انه لا حق للمدعي فقد اخذ العوض عن غير حق فوجب ان يرجع له
واما ان صالح عنه رجل متبرع ثم استحقت الدار رجع المتبرع بما اعطى لانه انما تبرع ليسقط الحق عن المطلوب
فاذا بان ان لا حق عليه وجب ان يرجع بما اعطى وليس للمطلوب ان يرجع بشيء لان الصلح ينفسخ بالاستحقاق
فكان لم يكن ويعود المال الى الذي تبرع به لانه لا ملك له للمطلوب ٥ قال ولو لم يستحق الدار ولكن استحق
بعضها نصف او ثلث او ربع لم يرجع على المدعي بشيء وكذلك لو استحق منها ملك معلوم لاني لا ادري لعل دعواه
فيما بقي دون ما استحق وهذا على وجهين ان كان ادعى حقا في الدار غير معين فصالحه عنه ثم استحق بعض الدار
لم ينتقض الصلح على ما ذكرت لانه يجوز ان يكون الحق ما بقي في الدار فلم يجز فسخ الصلح بالشك واما ان ادعى جميع
الدار فصالحه من دعواه ثم استحق بعضها رجع بحصة المستحق لانه لم يبذل العوض الا ليسلم له الدار ولم تسلم

لا بعضها فيرجع بقدر ذلك وقال في باب آخر اذا كان لرجل على رجل دين الف درهم والمطلوب يقر به او منكر فصالحه عنه رجل بغير امره على مائة درهم حالا او الى اجل ثم ان المصالح ابى ان يدفع المال او اراد الطالب اخذ المال من المصالح وينقض الصلح قال لا شي لما فاته ولا يلزم من ذلك شي لا المصالح ها هنا طالب المعروف وهو على ما بينا ان عقد الصلح لا يوجب الضمان على المتبرع الا ان يضمنه ذلك وان كان المصالح المطلوب بامر المدعى عليه فالصلح جائز اذا كان المدعى عليه يقر بالحق ويلزم المدعى عليه ما صالح به كان الحق وان امر الصالح بغير امره بذلك لانه يجيز الصلح او يفسخ المصالح وهو على ما قدمناه انه اذا لم يكن امره فكانه عقد الصلح بنفسه فيلزمه المال دون الوكيل لان حقوق عقد الصلح لا يتعلق بالعاقد وان كان الصلح بغير امره لم يلزم العاقد وقف على اجازته وبقية الباب مبنية على ما قدمناه

باب الرجل يصالح على بعض دينه على ان يعطي الباقي منه الى وقت

قال واذا كان لرجل على رجل الف درهم فقال له اصالحك على ان احط عنك خمسمائة على ان تعطيني اليوم خمسمائة فصالحه على ذلك فان ابا حنيفة ومحمدا قالا ان اعطاه خمسمائة في ذلك اليوم برئ من الخمسمائة الاخرى وان لم يعطه حتى مضى اليوم انتقض الصلح وكان عليه الالف وقال ابو يوسف انما عليه خمسمائة وهو بريء من الخمسمائة وان قال له اصالحك على خمسمائة تعجلها لي اليوم فان لم تعجلها فالالف عليك فلم يعجل له بطل الصلح وكانت عليه الالف في قولهم قال والاصل في ذلك ان الخمسمائة التي شرط تعجيلها مستحقة بعقد المداينة فهو انما شرط اخذ بعض حقه وابراه عن باقيه وجعل ترك التعجيل شرطا في فسخ البراءة والبراءة من العقود المحتملة لشرط الخيار كالبيع وعقد الاجارة قال ابيعك هذا العبد بالف على ان تعجلها اليوم فان لم تعجلها فلا بيع بيننا ان البيع جائز وجعل ترك التعجيل شرطا في الفسخ فالفسخ متعلق بالشرط وكذلك في مسئلتنا ولا يجوز ان يكون تعجيل الخمسمائة شرطا في البراءة من الباقي لان براءة الاصل لا تتعلق بالشرط فاما اذا لم يعلق وقال ان لم تعجلها فلي الف فوجه قول ابي حنيفة ومحمد ان شرط تعجيل الخمسمائة لا معنى له وهي مستحقة قبل الشرط الا ان يكون جعل الفسخ متعلقا بترك التعجيل فكانه قال على انك ان لم تعجلها فلا صلح بيننا ولابي يوسف انه صلح عن عوض بشرط تعجيله فاذا لم يقع الوفاء بالتعجيل لم ينفسخ الا ان يكون شرط الفسخ كمن قال بعتك هذا العبد بالف على ان تعجلها لي اليوم قال محمد ان صالحه على ان يعطيه خمسمائة الى شهر على ان يحط عنه خمسمائة الساعة والا فان لم يعطه الى الشهر فعليه الالف فهو كما شرط وذلك لانه ابراه في الحال وجعل ترك الدفع في الشهر شرطا في الفسخ فاذا لم يعجل في الشهر انفسخ العقد وهذا ظاهر على اصل محمد لان من اصله ان الخيار يجوز ان يشترط اكثر من ثلثة ايام قال فان اخذ منه كفيلا وشرط على الكفيل انه ان لم يوفه خمسمائة الى راس الشهر فعليه الالف فهو جائز والالف لازمة للكفيل ان لم يوفه خمسمائة الى راس الشهر فعليه الالف فهو جائز والالف لازمة للكفيل ان لم يوفه وذلك لانه تكفل بخمسمائة في الحال وخمسمائة متعلقة بالشرط وهو تاخير الاداء فاذا حصل الشرط وجبت الالف قال ولو ضمن الكفيل الالف ثم قال قد حططت عنك خمسمائة على ان توفيني راس الشهر خمسمائة فان لم توفني فالالف عليك فهذا اوثق من الباب الاول لان ها هنا ضمن جميع الالف في الحال ثم حط عنه خمسمائة وكفل بترك التعجيل في الباقي شرطا في فسخ البراءة فهو اوثق لانه ليس فيه ايجاب متعلق بالشرط قال وكذلك لو جعلها نجوما بكفيل او غير كفيل وقال ان لم توفني كل نجم عند محله فالمال حال عليك وما حططت عنك فهو عليك فان ابا حنيفة ومحمدا قالا هذا جائز على ما اشترطا وكذلك قال ابو يوسف وذلك لانه جعل ترك التعجيل في النجوم شرطا في فسخ البراءة وقد بينا ان الفسخ على هذا الوجه يجوز ان يتعلق بالشرط قال واذا كان لرجل على رجل الف درهم فقال متى ما اديت الي خمسمائة منها فانت بريء من الباقي فادى اليه خمسمائة فابى الطالب ان يفي له بذلك فان ابا حنيفة قال له ذلك ولا يبرا مما بقي وكذلك لو قال قد صالحتك على انك متى اديت الي خمسمائة فانت بريء عن الباقي فادى اليه خمسمائة فابى الطالب ان يفي له بذلك فان ابا حنيفة قال له ذلك ولا يبرا مما بقي وكذلك لو قال قد صالحتك على انك متى اديت الي خمسمائة فانت بريء من خمسمائة فهذا باب واحد ذكر فيه الصلح او لم يذكر فيه صلحا لان هذه براءة متعلقة بشرط وبراءة صاحب الاصل لا يجوز تعليقها بالشرط لان فيها معنى التمليك الا ترى انها تبطل بالرد كما يبطل به التمليك وما فيه معنى التمليك لا يجوز تعليقه بالشروط قال واهل الذمة واهل الاسلام في ذلك سواء لانهم محمولون على حكم الاسلام الا ما استثني لهم بعقد الامان قال وكذلك كل ذي رحم محرم يقول هذه المقالة وكذلك المراة تقول لزوجها هذه المقالة في مهرها لان العقود لا تختلف بالقريب والبعيد واحكامها في الجميع سواء قال وكذلك الرجل يقول لعبده هذه المقالة لمكاتبه اذا اديت الي خمسمائة فانت بريء مما بقي من مكاتبتك صالحا قال ذلك او غير صالح لم ابى ان يفي له بعد ما ادى فكذلك له ولا يجوز البراءة ولو قال اذا اديت الي خمسمائة فانت حر فادى اليه خمسمائة عتق وذلك لان مال الكتابة دين للمولى فاذا علق البراءة من بعضه بشرط لم يجز لما في ذلك من معنى التمليك وليس كذلك اذا قال له اذا اديت الي خمسمائة فانت حر لان هذا عتق معلق بشرط والبراءة المتعلقة من طريق الحكم لا يشترط به

باب الصلح من العيوب

قال واذا اشترى الرجل من الرجل عبدا بالف درهم وتقابضا ثم وجد بالعبد عيبا فخاصم البايع فيه فصالح المشتري من العيب على شيء دفعه اليه او حط عنه من ثمنه شيئا فان كان العبد يجوز رده على البايع او له المطالبة بارش عيبه دون رده فالصلح جائز فان كان العبد قد مات في حال لا يجوز للمشتري رده ولا المطالبة بارش عيبه فالصلح باطل لا يجوز لانه لا خصومة له قبل البايع ولا حق وذلك لان حق الرد اذا ثبت للمشتري فصالح فهذا اسقاط حق تعلق الى مال بعوض فيجوز كالصلح من دم العمد واما اذا اسقط الرد بحقه انما هو الارش فاذا صالح عنه فقد صالح عن مال المدعي على مال فيجوز واما اذا كان المبيع لا يقدر على رده ولا يجوز المطالبة بارشه فالصلح باطل وهذا مثل ان يكون المشتري قد باع العبد واخرجه من ملكه او قتله وذلك لانه لا يثبت له الخصومة ها هنا في الرد ولا في الارش فاذا صالح فقد صالح عن غير حق فلا يجوز صلحه قال واذا ظهر المشتري على عيب بما اشتراه فصالح البايع على دراهم اخذها منه او على غير ذلك او على ان حط البايع عنه بعض الثمن ثم زال ذلك كان بيا ما مانع العين فذهب او حبل فظهر جاريه لم تبين انه كان ريحا فيقضي بان البايع يرجع على المشتري بما اخذ منه وبما حط عنه من الثمن وذلك لان العيب اذا زال سلم العبد للمشتري من غير نقص وهو انما اخذ العوض عن النقص فثبت انه اخذ عوضا عن غير معوض فوجب رده قال وهذا في كل بيع يجوز التفاضل فيه بين المبيع وبين ثمنه وان كان بيعا لا يجوز التفاضل فيه فانه لا يرجع بارش عيب ولا حط احدهما عن صاحبه شيئا فصالحه البايع على ان ابراه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز ولو لم يظهر المشتري بعيب فصالحه ولكن البايع خاف المشتري على ذلك فصالحه من كل عيب على شيء دفعه فالصلح جائز لان عقد البيع يثبت لثبوت الخصومة في العيب فاذا صالح بعد العقد من العيوب فقد صالح عند وجود السبب الحق واسقاط الحقوق عند وجود اسبابها جائز قال وان صالحه من ضرب من العيوب فقال من الخدوش او الشجاج او القروح او الشمط فهو جائز وهو بريء من ذلك الصنف خاصة فان ظهر عيب غيره كان له ان يخاصم فيه لانا قد بينا ان الصلح يجوز من كل العيوب فاذا صالح من نوع منها فهو اقل جهالة فاولى ان يجوز قال ولو اشترى شيئا من امراة فظهر على عيب فصالحته من ذلك على ان تزوجه كان النكاح جائزا وكان هذا اقرارا منها بالعيب فان كان ارش العيب يبلغ عشرة دراهم فهو مهرها وان كان اقل من ذلك تكمل لها عشرة وذلك لان العيب يجوز الصلح عنه على مال على ما بينا فاذا تزوجت عليه فقد جعلت الارش مهرا وذلك مال من الاموال فيجوز تسميته في العقد وانما جعل التزوج اقرارا بالعيب لانه عقد معاوضة فلما دخل البايع فيه كان ذلك اقرارا منه بحصول العوض وكذلك لو اشترى شيئا بارش العيب كان اقرارا بالعيب لان عقد الشرى يقتضي ثبوت العوضين فالدخول فيه اعتراف بثبوتها وليس هذا كالصلح لانه ليس بمعاوضة وانما هو من عقود البيوع فلا يتضمن الاعتراف وانما تضمن اسقاط الحق ولا يقال هلا جعلتم العيب كدم العمد اذا تزوجت عليه ان القصاص يسقط ويجب المال لان القصاص حق ليس بمال فلا يجوز ان يكون مهرا والعيب حق هو مال الا ترى انه نقصان جزء من المبيع والمال يجوز ان يكون مهرا وانما قال انه يكمل لها عشرة لان الارش متى كان اقل من عشرة فذلك لا يجوز ان يكون مهرا وتسميته تسمية العشرة عندنا فلذلك لزمه اتمامها قال واذا اشترى الرجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة فقبضهما ووجد باحدهما عيبا فصالحه على ان يرده بالعيب ان زاده في ثمن الاخر درهما والرد جائز والزيادة في الدرهم باطلة في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف لا يجوز شيء من ذلك وذلك لان الرد مستحق فاذا صالحه على ان يزيده في الاخر اذا قبل المعيب فقد علق الزيادة بشرط الرد والزيادة عوض فلا يجوز ان يتعلق بالشرط الا ان الرد جائز لانه مستحق فوقع عن مستحقه ولانه يتعلق بالعوض فبطلان العوض فيه لا يوجب بطلانه كالطلاق واما ابو يوسف فقال انه جعل استحقاق الدراهم شرطا في الفسخ فاذا لم يسلم بطل الفسخ وهذا على اصله ان الاقالة بيع في حقهما فاذا علقت بشرط لم يسلم بطلت واما على قول ابي حنيفة فهي فسخ فلا يبطلها الشرط قال ودلها بينت لك ان الصلح لا يجوز به في الاموال وفي الحقوق المدعاة منها فانه لا يجوز ايضا به الصلح من العيب وما جانسه دعاوي الاموال ودعاوي الحقوق فهو جائز في العيوب وهذا صحيح لان العيب انما يقتضي الرد فهو يوجب النقصان وذلك مال فلذلك اعتبرنا بالصلح عن الحقوق والاموال

باب صلح الوالد على ولده

قال واذا ادعى رجل على صبي دعوى في شيء من ملكه او في يده كائنا ما كان فصالح ابو الصبي المدعي من دعواه على مال الصبي فان كان للمدعي بينة فيما اعطى الاب من مال الصبي مثل الحق او زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز وان لم يكن له بينة لم يجز الصلح على الصبي في ماله وذلك لان المدعي اذا كانت له بينة فالحق مستحق للمدعي ويجوز ان يكون دفع العوض عنه انفع للصبي من دفعه والاب غير متهم عليه فلذلك جاز صلحه عنه بمثل القيمة او زيادة يتغابن في مثلها لان ذلك يدخل بين المقومين فلا يتعين الزيادة وان كانت الزيادة كثيرة فكانه استرعى ذلك الحق على وجه المغابنة فلا يجوز في حق الصبي واما اذا لم يكن للمدعي بينة لم يجز الصلح من مال الصبي لان الاب يبذل ماله من غير شيء الا ترى ان المدعي لا يستحق اكثر من اليمين والصبي لا يستحلف فلا يجوز ان يبذل ماله بغير شيء في مقابلته قال وان كان الاب صالح من مال نفسه فهو جائز لانه متبرع باسقاط الحق عن ابنه فجاز ذلك في جميع الوجوه واما اذا ادعى الاب للصبي حقا فصالح منه فهو على وجهين ان كانت له بينة جاز صلحه

اذا كان بمثل القيمة او نقصانا يسيرا لان الحق يثبت للصبي ويجوز ان يكون اخذ العوض انفع له والاب غير متهم عليه فكانه باع فيجوز بيعه بمثل القيمة او بنقصان يسير واما اذا لم يكن له بينة جاز صلحه بالقليل والكثير لانه ليس في يده الا استحلاف المدعي ولا فايدة للصبي في ذلك فاذا اخذ منه عوضا كان قليلا او كثيرا جاز ○ قال ولا يجوز صلح احد على الصغير الا الاب او جد ابو ابيه او وصي الاب او الجد اذا لم يكن الاب او وصيه وكل من لا يجوز بيعه على الصبي ولا شراه فان صلحه لا يجوز عليه وذلك لان صلحه عقد من العقود ولا يملكه في حقه الا من له ولاية عليه وهذا اذا اصطلحوا واما اذا تبرعوا باموالهم فالصلح جايز في حق الصغير كما يجوز في حق الكبير ○ قال ولا يجوز حط الاب من مال الصغير على رجل ولا ابراه منه على وجه الصلح ولا غيره وهذا اذا لم يكن ولي العقد لانه يسقط حقا للصغير من غير عوض وذلك تبرع ولا يجوز في حقه واما اذا كان الاب هو الذي ولي العقد فحطه وابراوه جايز ويضمن عند ابي حنيفة ومحمد كما يجوز حط الوكيل ولا يجوز عند ابي يوسف وقد بينا في الوكالة ○ قال وكذلك حقوق الصغير لا يجوز البراة منها الا في الشفعة فان تسليم الاب على ابنه الصغير جايز وكذلك سكوته عن المطالبة بها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز وقد مضت هذه المسالة في كتاب الشفعة ○ قال وصلح الوصي على اليتيم مثل صلح الاب عليه لانه قام مقام الاب فعقده كعقد الاب ○ قال ولا يجوز صلح احد على حمل انما كان المصالح او غيره وان ولد بعد ذلك حيا وقد كانت جازت له الوصايا وذلك لان الحمل لا تعلم حياته وكذلك لا يكمل ارثه ومتى لم يكن حيا لم يثبت له الحق ولا عليه ولا يجوز الصلح ولانا عرفنا ان حقوق الحمل تقف على الولادة والصلح لا يجوز ان يقف على شرط فاما ما كان من صلح له او عليه بعد ولادته فهو جايز كما يجوز على الصغير لان الحقوق تثبت له وعليه وصحت الولاية فجاز الصلح ○ قال واذا وجب لصغير على رجل قصاص في نفس او دونها فان محمدا روى عن ابي حنيفة في املايه انه قال صلح الوصي للقاتل من الدم على الدية او اكثر جايز ونظر له الوالد وان صالح على اقل من الدية لم يجز وكان على الجاني تمام الدية والاصل في ذلك ان الاب يملك استيفا القصاص الواجب للصغير في النفس وفيما دونها وذلك لانه يلي عليه بنفسه كما يلي في حقوق نفسه ولان الصبي عاجز عن استيفا القصاص لنفسه فانتقل الاستيفا الى اقرب الناس اليه وذلك الاب ولهذا قال ابو حنيفة ان القصاص اذا ثبت لصغير وكبير استوفاه الكبير لان القصاص ثابت للميت وقد عجز الصبي عن استيفايه فثبت الاستيفا للكبير ولذلك قالوا ان من قتل ولا وارث له فللامام ان يقتص لان الدم ثابت لجماعة المسلمين وقد عجزوا عن استيفايه فقام الامام مقامهم واذا ثبت ان الاب يجوز استيفاوه للقصاص جاز صلحه عنه لان المال انفع للصبي من الدم والاب غير متهم فجاز ان يجعل الحق الذي ليس بمال مالا فاما الوصي فلا يملك القصاص في النفس ويملك فيما دونها والقياس ان يملك الجميع لانه قام مقام الاب بعقد الوصي فصار كالوكيل فلم يجز استيفا النفس استعظاما لها ولا يقال فهلا قلتم ان الامام لا يستوفي القصاص في النفس بهذه العلة لان الامام لا يلي على المسلمين بعقدهم وانما يلي عليهم حكما بدلالة ان المتخاصمين اليه يحكم بينهما ولو كان تصرف بعقدهم لم يحكم عليهما ○ واما ما دون النفس فقد اجري مجرى الاموال بدلالة انه يكون عمدا محضا لا شبهة فيه ويجب فيه المال كالمشتبهين في قطع يد وقطع اليد من نصف الساعد فينتقض في الوجوب كما ينتقض المال بدلالة القاطعين ليد واحد وللوصي ان يتصرف في المال كما يتصرف في القصاص الجاري مجرى الاموال واذا ثبت هذا فلا شبهة في صلحه عما دون النفس لانه يملك الاستيفا فيملك الصلح كالاب ○ فاما في النفس فاذا لم يملك الاستيفا لم يملك الصلح وقد ذكر محمد في بعض نسخ الاصل ان صلحه في النفس لا يجوز وفي اكثرها انه جايز وذلك لان القياس كان يقتضي جواز استيفا القصاص وانما سقط لشبهة والمال لا شبهة فيه فيملك العقد عليه ولانه يجعل الحق الذي ليس بمال مالا وذلك انفع للصبي فجاز ○ واما اذا صالح الاب والوصي على اقل من الدية لم يجز لان الصلح اوجب سقوط القصاص فوجب المال وهو مقدر كما يجب اذا تعذر القصاص حكما فاذا حط منه فقد حط من حق الصغير فلا يجوز والحط اليسير والكثير سوا لان ذلك متيقن وليس هذا كبيعه بنقصان يسير لان العوض هناك غير مقدر وانما يتقدر بالتقويم والحط اليسير يدخل بين المقومين فلا يتيقن بالحط فلذلك جاز

باب الصلح في الوديعة وما في معناها

قال اذا اودع رجل رجلا وديعة ثم جا يلتمس اخذها فقال المودع قد هلكت او رددتها عليك او ادعى وجها مما يكون القول قوله فيه مع يمينه وكذبه الطالب وادعى انه استهلكها ثم اصطلحا بعد هذا القول على شي فالصلح باطل في قول ابي يوسف وقال محمد الصلح جايز اذا ادعى رب الوديعة ما يوجب الضمان على المودع لابي يوسف ان دعوى المودع الرد او الهلاك تبريه من الدعوى كما يبرا صاحب الدين من الدين فكما لا يجوز الصلح من الدين بعد البراة فكذلك لا يجوز في الوديعة بعد دعوى الهلاك ولا يقال لو برى بقوله لم يجب عليه اليمين لان اليمين انما هي لتاكيد البراة لان البراة تقف عليها ولان المالك لما ائتمن المودع واقامه مقام نفسه في الحفظ صار دعواه للهلاك كاعتراف المودع لذلك فيمتنع الصلح ووجه قول محمد ان المدعي يدعي وجوب الضمان على المودع بالاستهلاك فجاز الصلح كما يجوز في ساير الدعاوي ولان دخولهما في عقد الصلح اعتراف منهما بصحته وذلك لا يكون مع براة المودع فوجب ان يحمل العقد على الجواز ما امكن ○ قال وان كان الصلح قبل دعوى المودع ما يوجب براته فالصلح جايز ○

في قوله

في قوله لان البراة لم يحصل فالمطالبة ثابتة فجاز الصلح عنها كالصلح عن ساير الحقوق ○ قال فان اختلفا بعد وقوع الصلح فقال المودع كان الصلح بعد ما ادعيت البراة وقال الطالب كان قبل ذلك فالقول قول الطالب الا ان يقيم المطلوب البينة ان الصلح وقع بعد دعواه البراة وان لم يكن له بينة فله ان يستحلف الطالب على ذلك فهذا انما يجي على قول ابي يوسف فاما على قول محمد فلا فايدة لهذا الاختلاف لان الصلح عنده جايز قبل دعوى البراة وبعدها واما على قول ابي يوسف فالامر بخلاف الا انه جعل القول قول المدعي لان المودع يدعي بطلان العقد الذي دخل فيه ولا يصدق على ذلك ○ واما ان اقام البينة بطل العقد عنده لانا بينا انه صالح بعد ما بري من الحق ولا يقال كيف تسمع بينته بفساد العقد بعد دخوله فيه لانه يحتمل انه لم يكن يعلم بينتها فتقبل البينة على ذلك كما تقبل بينة المراة بعد الخلع ان الزوج كان طلقها ثلثا ○ قال فان كان المودع جحد الوديعة وقال لم تودعني ثم وقع الصلح بعد جحوده فالصلح جايز ايضا لان الجحود سبب لضمان الوديعة لو كانت وليس بسبب للبراة فلذلك جاز الصلح والعارية والمضاربة كالوديعة لان كل واحد منهما امانة تبرا منها بقوله

باب صلح المرتد

قال رحمه الله الاصل في هذا الباب ان عند ابي حنيفة ردة الرجل توجب زوال ملكه زوالا مراعى فان قتل او مات على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه زالت المراعاة وحكمنا بانتقال الملك في اخر جزء من اجزاء اسلامه فان اسلم حكمنا ببقاء املاكه على ما كانت عليه وعقوده عنده على الاموال موقوفة ايضا وهذه المسالة تاتي في كتاب السير فاذا صالح وقف عقده كما يقف ساير العقود فاما على قول ابي يوسف ومحمد فالمرتد حكمه حكم من وجب عليه القصاص لان دمه مستحق فاذا صالح جاز صلحه وعند محمد هو كالمريض لان حالته مخوفة فيجوز صلحه فيما يجوز صلح المريض عليه فاما المرتدة فصلحها جايز في قولهم لان ردتها لا تزيل ملكها عن مالها كما لا تبيح دمها فاذا اعتقت جاز عقدها فان لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها بطل ما وقع من صلحها في دار الحرب كما يبطل صلح الحربية لان الحكم بلحاقها يوجب زوال املاكها ويجعلها في حكم اهل الحرب ○

باب صلح المكاتب

واذا كان للمكاتب على رجل دين فصالحه على ان يحط بعضه او اخر بعضه او جميعه فان الحط لا يجوز اذا كان وجوب له بينة وان لم تكن عليه بينة جاز حطه وذلك لان الحط تبرع ومعروف والمكاتب لا يملك التبرع واذا لم يكن بينة فالحق ثابت وانما يثبت له اليمين والمال له انفع من ذلك ○ قال والتاخير جايز كانت له بينة او لم تكن وذلك لانه يملك ان يقبض الحق ثم يبيعه بالتاجيل فاذا اجل ابتداء جاز ○ قال وصلح المكاتب في التجارات جايز فان حط شيئا من مال قد ثبت بالبينة لاجل العيب فاني استحسن ان اجيز الحط فيه لان الرد بالعيب مستحق ويجوز ان يكون الثمن مع الحط انفع من اخذ السلعة فلم يكن في ذلك تبرع قال فان عجز المكاتب فادعى رجل قبله دينا واصطلحا على ان ياخذ بعضا ويؤخر بعضا فان هذا لا يجوز الا ان يكون عليه بينة لان العجز حجر عليه فلا يجوز تصرفه مع الحجر واما اذا كانت عليه بينة فهو الخصم في ديونه بعد العجز واذا اصطلح على اسقاط بعضها فهذا تبرع عليه فيجوز ○

باب صلح العبد التاجر

قال واذا كان للعبد دين له بينة فاسقط بعضه لم يجز لان ذلك تبرع والعبد لا يملك التبرع فان لم يكن له بينة جاز لما ذكرنا في المكاتب ويجوز حطه لاجل العيب استحسانا لان ذلك مستحق على ما بيناه ○ قال ولو ادعى رجل عليه دينا فجحده او اقر به ثم صالحه على ان يحط الثلث ويودي الثلث ويؤخر عنه الثلث الى اجل كان ذلك جايزا لانه يملك الاعتراف مع بقاء الاذن فاذا صالح فقد تبرع المستحق عليه والتبرع على العبد جايز ○ قال ولو حجر مولى العبد على العبد فادعى رجل عليه دينا وليس في يد العبد مال فصالح العبد على ما يضمنه على ان يحط عنه طايفة فان الصلح لا يجوز فان عتق يوما جاز عليه لان الحجر يمنع من جواز العقود في حق المولى والصلح عقد من العقود فاذا اعتق صار عليه لان له قولا صحيحا وانما لم ينفذ صلحه لحق المولى وقد زال حق المولى ولم يبق الا حق العبد فينفذ عقده على نفسه ○ قال ولو كان في يده مال جاز صلحه في قول ابي حنيفة ولا يجوز في قولهما لابي حنيفة ان اقرار الماذون موقوف على ثبوت يده على المال لا على الاذن بدلالة ان المولى اذا انتزع من يده بعض اكسابه لم ينفذ اقراره فيما اخذه مع بقاء الاذن لعدم اليد واليد باقية فجاز اقراره واذا جاز الاقرار جاز الصلح لانه اسقاط لبعض المستحق عليه ووجه قولهما ان الاقرار يتعلق بالاذن وقد زال الاذن فلم ينفذ اقراره وكذلك الصلح ○

باب صلح الصبي التاجر

قال محمد في الاصل كل شي من التجارة من الصلح يجوز على الرجل التاجر فهو يجوز على الصبي الا الحط خاصة من غير عيب وذلك لان الصلح عقد من العقود فاذا لم يكن تبرع بماله فلا يجوز ○ قال وان صالح من سلم اسلمه على راس ماله كان جايزا وذلك لان الصلح على راس المال اقالة والاقالة معاوضة فملكها الصبي التاجر كما يملك البيع ○ قال ولو ابتاع سلعة فطعن بعيب فصالحه البايع على ان قبلها كان جايزا لان الثمن انفع له من العبد المعيب قال ولو كان عليه مال فحط بعضها واخر بعضا كان جايزا وذلك لان هذا تبرع والممتنع المتبرع منه فاما عليه فلا

كتاب المزارعة

قال رحمه الله المزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهي عبارة عن العقد على الزراعة ببعض الخارج وقد سمي هذا العقد مخابرة
وقيل في اشتقاقها انها ماخوذة من الخبار لان الزارع خبير وقد قيل انه مشتق من عقد النبي عليه السلم مع اهل خيبر
وهو عقد فاسد عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو جائز لابي حنيفة ما روي رافع بن خديج ان النبي عليه السلم
نهى عن المخابرة ولانه عقد على المنافع بما يحدث من الزرع والعقد ببدل معدوم لا يجوز وليس هذا كالمضاربة لان الربح
ليس ببدل عن العمل وانما هو شيء مقابلته ولذلك لا يفتقر الى ذكر المدة وحجة قولهما ان النبي عليه السلم نصب عاملا
على اهل خيبر على نصف ما خرج من تمر وزرع ولان الحاجة داعية الى هذا العقد ولان مالك الارض لا يجد اجيرا يستعمل
بها وما دعت اليه الحاجة والضرورة في العقود فهو جائز كعقد الاجارة على منافع معدومة وذكر ابو الحسن حديث
رافع بن خديج قال نهى رسول الله صلى الله عليه عن امر كان لنا نافعا نهى اذا كان لاحدنا ارض ان يعطيها ببعض خراجها بثلث
او نصف ٥ وقال من كانت له ارض فليزرعها او ليمنحها اخاه وهذا الخبر اورده حجة لابي حنيفة وامتناع المزارعة
وهو متاخر عما كانوا يعقدونه فيقتضي ذلك نسخ جواز العقد وذكر عن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه عن المخابرة
قال قلت وما المخابرة قال ان تاخذ ارضا بثلث او نصف او ربع وهذا دلالة لابي حنيفة ايضا وذكر عن رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه
نهى عن الحقل وقال الحقل الثلث والربع والحقل في اللغة الزرع فكانه نهى عن العقد به وذكر عن ثابت بن الضحاك انه سئل
عن المزارعة فقال نهى عنها رسول الله صلى الله عليه عن المحاقلة والمزابنة وقال انما يزرع ثلثة رجل له ارض فيزرعها او رجل
منح ارضا فهو يزرع ما منح او رجل اكترى ارضا بذهب او فضة وهذا الخبر دلالة لابي حنيفة لانه لم يذكر استيجار الارض
ببعض الخارج وهذا يمنع الزراعة بذلك فاما المحاقلة فهي مفاعلة من الزرع فيحتمل ذلك بيع الزرع بالزرع ويحتمل العقد
على المنافع بالزرع فاما المزابنة فهو بيع الرطب على رؤس النخل بخرصها تمرا وذكر حديث ابن عمر قال كنا نخابر ولا نرى بذلك
باسا يعني بالثلث والربع حتى زعم رافع بن خديج ان رسول الله صلى الله عليه نهى عن المخابرة وهذا يدل على انه ترك ما كان يعتقده
بروايته لانه جعل الرواية عامة لما كانوا يفعلونه وذكر في خبر آخر عنه انه قال قد منعنا من اجل قوله وذكر عن حنظلة بن قيس
انه سال رافعا عن كري الارض فقال نهى رسول الله صلى الله عليه عن كري الارض ببعض ما يخرج منها وسالته عن كرايها بالذهب
والفضة فقال لا باس بكرايها بالذهب والفضة وهذا الخبر يدل على بطلان المزارعة لانه كري الارض بما يخرج منها ولا
حجة لمالك في هذا الخبر لانه يقول استيجار الاراضي بما تنبته الاراضي واحتج بهذا الخبر فلا حجة فيه لانه اذا استاجر
بحنطة مطلقة فلم يستاجر الاراضي بالخارج منها وانما استاجرها بما لك ان يشترط من طعامها وذلك لا يجوز عندنا ٥

المسائل

قال ابو الحسن واذا تعاقد رجلان على زراعة ارض على ان الخارج بينهما والعمل واحد منهما اجزء مشاع من جميع ما تخرج
الارض فهي المزارعة وهي فاسدة في قول ابي حنيفة وجائزة في قول ابي يوسف ومحمد وقد بينا الكلام في ذلك
والتفريع على قولهما وتارة تقع التفريع على قول ابي حنيفة لو كان يرى جواز المزارعة ٥ قال وان اشترط احدهما
شيئا معلوما قدره مما تخرجه الارض ايهما كان لم يجز المزارعة في قولهم جميعا والمضاربة في هذا الوجه سوا
وهذا مثل ان يشترط احدهما قفزانا معلومة او شرط جزا مشاعا وقفزانا معه فلا يصح العقد لان القياس يمنعه
من جواز المزارعة وانما اجازوه للاثر وذلك وقع بوقوع الشركة في جميع الخارج ولانه روي انهم كانوا يزرعون و
يشترطون لاحدهما ما على الماذيانات والربيع الساقي النبي عليه السلم ذلك وكان المعنى فيه قطع الشركة ببعض
الخارج ولان الارض يجوز ان لا تخرج الا المقدار المسمى فيستحقه احدهما دون الاخر وذلك يودي الى قطع
الشركة وعلى هذا المضاربة لو شرط احدهما دراهم مسماة او شرط جزا مشاعا ودراهم مسماة معه لم يجز العقد
لان ذلك يودي الى قطع الشركة عن بعض الربح قال وان شرط احد المزارعين البذر لنفسه وان يكون الباقي بينهما
فهذه مزارعة فاسدة لما بينا ان جواز المزارعة ثبت بالاثر وذلك ورد من غير استثناء البذر ولان الخارج
كله نما والبذر قد تلف فلو شرط رد مثل البذر ادى الى قطع الشركة عن بعض النما فاما المضاربة وان شرط
فيها قسمة الجميع فسدت حتى يشترط الشركة فيما زاد على راس المال لان راس المال ليس بمتلف وانما تثبت
الشركة في النما والنما هو الربح دون راس المال فبهذا الوجه يفارق المضاربة فيه المزارعة قال واذا وقع العقد
بين المتعاقدين على زراعة ارض على ان الخارج بينهما فانك تنظر الى واقع البذر من هو منهما فان كان البذر من قبل
صاحب الارض فهو مستاجر للارض ومن كان من قبله البذر فما يستحقه من الزرع فهو [illegible] لا بالشرط ومن لم يكن
من قبله البذر فانما يستحق ما شرط له بالشرط لا بغيره وذلك لان صاحب الارض اذا اعطى البذر فالعامل من
جهته المنافع وهذا معنى من استاجر نفسه واذا كان البذر للعامل فرب الارض اعطى منافع ارضه بعوض فهذا
معنى اجارة الارض وانما قال ان صاحب البذر يستحق الخارج ببذره لا بالشرط لان الخارج نما من البذر
فهو لصاحب الاصل الا ان يرضى بملكه غيره ومن ليس له بذر انما يستحق مال غيره فلا يستحقه الا بالشرط
قال وما كان الجواب فيه ان المزارعة فاسدة فالزرع كله لصاحب البذر كان العامل او صاحب الارض
لان العقد الفاسد لا يستحق فيه التسمية ومن لا بذر له انما يستحق بعض الخارج بالتسمية واذا بطلت التسمية بالفساد

بقي النما كله على ملك صاحب البذر قال فاذا كان المستحق للزرع العامل فعليه للعامل اجر عمله وذلك لان العامل
قد استوفى منافع الارض بعقد فاسد فوجب عليه ردها قال الله تعالى وان تبتم فلكم رؤس اموالكم فاوجب في الربوا
رد راس المال والمنافع لا مثل لها فيجب رد قيمتها وان كان البذر لصاحب الارض فقد استوفى منفعة العامل بعقد
فاسد فيجب عليه ردها ولا مثل لها فيرد قيمتها ٥ قال وان المستحق للزرع رب الارض فعليه للعامل اجر عمله
فياخذ رب الارض من الزرع مثل بذره وما غرم من الاجر للعامل ولا يتصدق بما فضل عن ذلك لان الخارج نما ملكه
في ارضه والفساد حصل في منافع العامل والنما نما متولد من ذلك فلم يحصل له من وجه محظور فلا يتصدق بشي
قال وان كان المستحق للزرع العامل اخذ من الزرع قدر بذره وقدر اجر الارض ويتصدق بالفضل لانه اخذ فضل زرع
خرج في ارض غيره باجارة فاسدة وانما رفع مقدار بذره لان ذلك ليس نما ورفع اجر الارض لان ذلك قد ادى عوضه
ولا يرفع اجر مثل عمله لان المنافع لا قيمة لها الا بعقد ولم يعقد على منافعه وانما هو العاقد على منفعة الارض ويتصدق
بالفضل لانه حصل متولدا من ارض غيره بعقد فاسد فهو ما حصل له من وجه محظور لم يوجد له فساد كشاة الاشاد
قال واذا دفع رجل الى رجل ارضا وبذرا وبقرا على ان يعمل المدفوع اليه الارض بنفسه على ان ما خرج منها من شي فهو
بينهما فهذا جائز قال وجملة هذا على قولهما ان المزارعة على اربعة اوجه اما ان يكون الارض والبذر من واحد
والعمل والبقر من الاخر او يكون البذر والبقر والعمل من واحد والارض من الاخر او يكون الارض والبقر من واحد والبذر والعمل
من الاخر كان البذر والارض فالعقد جائز لانه استاجر العامل ببعض الخارج والبقر ليست مستاجرة وانما تابعة لعمل
العامل المعقود عليه فلا يكون شيء مقابلتها عوض كما لو استاجر خياطا كانت الابرة تابعة لعمله ليس في مقابلتها اجرة
واما اذا كان البذر والارض والبقر لواحد جاز لانه مستاجر العامل والبقر ليست مستاجرة الا ترى ان رب الارض
يستحيل ان يستاجر بقره ليعمل في ارضه واما اذا كان البذر والبقر للعامل جاز لان العامل مستاجر للارض وهو
مستعمل لبقره في عمل نفسه فلا يكون مستاجره واما اذا كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لاخر فالعقد
فاسد على رواية الاصل لان البقر هاهنا مستاجرة ببعض الخارج الا ترى انها لا تكون تابعة للعمل لانه لم يشترط
على العامل واستيجار البقر ببعض الخارج لا يجوز والدليل عليه قوله روي ان اربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله
صلى الله عليه من قبل احدهم الارض ومن قبل الاخر البقر ومن قبل الاخر البذر ومن قبل الاخر العمل فابطل النبي عليه السلم المزارعة
عليه وروي عن اصحاب الاملاء عن ابي يوسف ان هذا العقد جائز لان العامل كالمضارب وصاحب الارض كرب المال
ولو دفع في المضاربة مالا ودابة يحمل عليها ما يشتري به جاز فكذلك في المزارعة وقد قال اصحابنا في المشهور عنهم
ان المزارعة بالبذر لا تجوز ومعناه اذا دفع بذرا الى رجل ليزرعه في ارضه بنصف الخارج فالمزارعة فاسدة وعن ابي يوسف
انها جائزة وجه قولهم ما روي ان اربعة اشتركوا على عهد رسول الله صلى الله عليه من احدهم الارض ومن الاخر العمل ومن
الاخر البقر ومن الاخر البذر فابطل النبي عليه السلم المزارعة ولانها تشبه الشركة بالعروض والشركة بالعروض فاسدة
لابي يوسف ان استيجار الارض ببعض الخارج جائز وفي مسئلتنا صاحب البذر استاجرهما جميعا فاذا جاز استيجار
احدهما فكذلك استيجارهما واذا شرط عملهما جميعا في المزارعة فهي فاسدة لان البذر ان كان من قبل صاحب الارض
وشرط عمله فلم يخل بين المزارع وبين الارض ومن شرط المزارعة التخلية كالمضاربة اذا شرط فيها عمل رب المال لم يجز ذلك
لانها عقد امانة فاذا لم يحصل التخلية وانفراد المؤتمن باليد لم يصح كالوديعة ٥ قال واذا لم تخرج الارض شيئا في
المزارعة الصحيحة فلا شي لواحد منهما لان العقد الصحيح يجب فيه المسمى ولم يوجد المسمى فلم يستحق عوضا ٥
واما اذا كانت المزارعة فاسدة ولم تخرج الارض شيئا فاجر المثل واجب وذلك لان الاجارة الفاسدة لا يجب فيها المسمى
وانما يجب اجر المثل في الذمة ففوات الخارج لا يمنع من وجوبه وقد قال في كتاب المزارعة ان الواجب في
الفاسد اجر المثل ولم يفصل والمسئلة على الخلاف عند ابي يوسف يجب للعامل اجر مثله لا يجاوز به مقدار ما
سمي له من الخارج وعند محمد له اجر المثل تاما ما بلغ وهذا الخلاف مذكور في كتاب شركة الاجناس في كتاب
الشركة لابي يوسف ان الاجارة الفاسدة يجب فيها الاقل من المسمى ومن اجر المثل والمسمى نصف الخارج فلا يجوز
ايجاب ما زاد عليه لمحمد ان الزيادة على المسمى انما لا تجوز لان العاقد رضي بذلك بدلا عن منافعه ونصف الخارج غير
معلوم القدر حتى يكون رضي باسقاط ما زاد عليه فوجب ايجاب الاجر تاما ما بلغ ٥ ولو دفع ارضا وبذرا وبقرا على
ان يعمل العامل وعند اصحاب الارض فما اخرج الله تعالى من ذلك فلصاحب العمل الثلث ولصاحب الارض والبذر
الثلث ولعبد رب الارض الثلث كان هذا جائزا على ما شرطنا ونصيب العبد لصاحب الارض لان صاحب الارض ازال
يده عنها وخلى بين المزارعة وبينها واعانه بعمل عبده فهو كمعونته ببقره والمشروط للعبد في حكم المسكوت
عنه لان المزارعة تفتقر الى التسمية وقد سمي له وما بقي بعده لا تفتقر الى التسمية فكانه سكت عن ذكره فيكون
لصاحب الارض ٥ قال ولو كان البذر من عند صاحب العمل والمسئلة بحالها كان هذا فاسدا والخارج لصاحب البذر
وعليه اجر مثل الارض والبقر والعبد لان صاحب الارض اجر عبده وبقره ببعض الخارج وقد بينا ان اجارة البقر
تفسد المزارعة وكذلك لو اشترط على رب الارض ان يعمل معه بنفسه كان له ايضا اجر مثله فيما عمل على
صاحب البذر لانه استوفى منافعه بعقد فاسد ولو كان البذر من قبل صاحب الارض وشرط عليه وعمل العامل
فيه الارض كان العقد فاسدا لان رب الارض لم يخل بينها وبين المزارع ٥ قال وان دفع رجل ارضه الى رجل

علي ان يزرعها ببذره وبقره ومعه هذا الرجل الآخر فما اخرج الله منها من شي فالثلث من ذلك لرب الارض والثلث لصاحب البذر والعمل والثلث لصاحب العمل الآخر فهذا فاسد والثلث الخارج لرب الارض والثلثان لصاحب البذر وعلي صاحب البذر اجر مثل صاحب العمل الذي عمل معه ولا يتصدق واحد منهم بشي وذلك لان المزارعه تنعقد علي احد وجهين اما علي الاستيجار للارض او علي استيجار العامل فان كان البذر لاحد العاملين فهو مستاجر للارض ومستاجر للعامل الآخر وهذا خلاف من موضوع المزارعه لانها تتضمن استيجار احد الامرين دون الآخر فاذا لم يصح استيجار العامل فالمزارعه صحيحه بين صاحب الارض وصاحب البذر فاسده في حق صاحب العمل لان الفساد جا بدخوله فوجب ان يعتبر في حق صاحب الارض والبذر حكم العقد الصحيح فيجب لصاحب الارض الثلث الذي سمي له ولصاحب البذر ما بقي لانه خارج من بذره ولا يتصدق واحد منهما بشي لان العقد صحيح في حقهما فاما صاحب العمل فقد استوفي عمله بعقد فاسد فله اجر المثل ٥ قال ولو كان البذر من صاحب الارض والمسئله علي حالها كانت هذه مزارعه جايزه الثلث مما اخرجت الارض لصاحب الارض والثلثان للعاملين لان رب الارض يستاجر للعاملين فيجب لهما ما سمي لهما ٥

باب امتناع المزارعين من الزراعة

قال واذا تعاقد الرجلان علي مزارعه ارض سنه ثم بدا لاحدهما ان لا يزرع فقال لا ازرع هذه الارض ولا غيرها او قال لا ابدا ان ازرع هذه الارض واريد ان ازرع غيرها فانه ينظر في ذلك فان كان الممتنع من قبله البذر فله ذلك وان كان الممتنع من ليس من قبله البذر فليس له ان يمتنع من ذلك الا من عذر وذلك لان الذي من جهته البذر لا يتوصل الي الوفا بالعقد الا باتلاف ماله الذي هو البذر ولا يجبر علي ذلك كما قالوا فيمن استاجر رجلا ليهدم دارا ثم بدا لصاحب الدار لم يجبر علي الوفا بها ولهذا قال اصحابنا فيمن باع ذراعا من ثوب او جذعا في سقف ان البيع فاسد لانه لا يقدر علي الوفا به الا بضرر باتلاف ماله فلم يجبر عليه واما الذي ليس من جهته بذر فالوفا بالعقد ليس باتلاف مال عليه فلذلك لزمه البقا علي العقد كما يلزمه في ساير الاجارات ٥ قال ولو كانت الاجاره للزراعه وقعت باجر غير ما يخرج منها ثم اراد المستاجر ان يدع الزراعه ولا يزرع هذه الارض ولا غيرها فذلك له وان قال لا ازرع هذه الارض وازرع غيرها لم يكن له ذلك وقيل له اقبض الارض فان شيت فازرعها وان شيت فلا وان امتنع صاحب الارض وقال قد بدا لي ان اوجر الارض للزراعه لم يكن له ذلك ويجبر علي تسليم ارضه الا ان يكون له عذر في ذلك والعذر ان يكون عليه دين فادح لا يقدر علي ادايه الا من ثمن الارض وذلك لان المستاجر يمكنه الوفا بالعقد من غير اتلاف في مال الا تري انه اذا قبض الارض وجبت الاجره وان لم يزرع فلما امكن الوفا بالعقد من غير اتلاف مال لزمه ذلك الا من عذر لان الاجارات تفسخ بالعذر وعند ابي العذر ان يختار المستاجر ترك الزراعه في ذلك العام فلا يكلف البقا علي الاجاره مع عذر وله عذر الزرع والعذر من جهه رب الارض ان يلزمه دين لان في تبقيه الاجاره الحاق ضرر به لانه يحبس في الدين ٥ قال واذا دفع ارضا وبذرا علي ان يزرعها العامل هذه السنه بنفسه وبقره فما اخرج الله تعالي فهو بينهما نصفين فلما وقع عقد المزارعه قال الذي اخذ الارض ليزرعها لا اريد ان ازرع هذه الارض ولا غيرها انما اريد ترك الزرع سنتي هذه فليس له ذلك ويجبر علي ان يزرع لانه ليس في الزامه العقد اتلاف مال عليه وانما هو اتلاف منفعه فصار كمن اجر نفسه وليس هذا كالمستاجر للارض اذا اختار ترك الزراعه لان في تبقيه العقد مع اختيار ترك الزراعه تلف الصناعه اللاحق ضرر به في الزامه الاجره فلذلك كان عذرا ٥ قال واذا دفع رجل الي رجل نخلا معامله علي ان يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فليس لصاحب النخل ولا للعامل الامتناع من الوفا بالعقد الا من عذر لانه ليس من جهه واحد منهما مال يستهلك فصار كالاجاره فلا يفسخ الا بعذر والعذر ان يمرض العامل او يلحق صاحب الارض دين علي ما قدمناه

باب ما يفسد المزارعة من الشروط وما لا يفسد

٥ واذا دفع رجل الي رجل ارضا له سنته هذه علي ان يبذرها ويعمل فيها فما اخرج الله تعالي منها فهو بينهما نصفين واشترط رب الارض علي المزارع الحصاد فان هذه مزارعه فاسده لان الحصاد لم يكن مما يجب علي المزارع انما عليه ان يقوم عليه حتي ينتهي الي الغايه التي يبلغ فيها الزرع وييبس والحصاد عليهما علي قدر مالهما من الزرع وكذلك لو اشترط عليه التذريه والدياس واي شرط من هذا فهو يفسد المزارعه . وكذلك لو كان البذر من قبل رب الارض وما كان بعد بلوغ الزرع وتناهيه وجفافه فهو عليهما جميعا حتي يقتسماه فاذا اقتسماه لزم كل واحد منهما في نصيبه خاصه الحمل والحفظ دون الآخر وهو علي ثلثه وجوه ما كان قبل بلوغ الزرع مما يحصل به الزرع فهو علي العامل وما كان بعد تناهي الزرع فهو عليهما وما كان بعد القسمه فهو علي كل واحد منهما في نصيبه خاصه دون صاحبه وروي ابن سماعه وبشر عن ابي يوسف انهما اذا اشترطا الدياس والرفاع والحصاد من الوسط فهو جايز ولو شرط ذلك علي الدخيل كان جايزا ايضا بمنزله رجل اخذ مالا مضاربه فشرط النفقه علي المال وكذلك النفقه علي الدخيل وان شرط علي الدخيل حملان الطعام المجموع قد سماه او الي منزل رب الارض فان هذا يفسد الاجاره اما وجه روايه الاصول فلان عقد المزارعه يقع علي عملها وهي

تناهي الزرع فلم يتوجه العمل بعد فيه الثمر فاذا انتهي العقد صار الزرع مشتركا بينهما والعمل فيه عليهما واذا اشترط علي احدهما فقد شرط عليه ما لا يقتضيه العقد فيفسد ذلك العقد وانما جعل العمل علي ثلثه اقسام لان ما قبل البلوغ الزرع هو عمل المزارعه فيختص به المزارع والحصاد والدياس عمل في مال مشترك ليس له تعلق بالمزارعه فيكونان علي قدر الملكين وما بعد القسمه ملك كل واحد منهما قد تميز عن ملك الآخر فنفقته عليه ولابي يوسف وهو اختيار شيوخنا بخراسان نصير بن يحيي ومحمد بن سلمه ان التعارف في المزارعه قد حصل علي ان الحصاد والدياس والتذريه علي العامل واستحسنوا في جوازه لعمل الناس كما استحسنوا في الاستصناع ٥ واما حمل الطعام بعد القسمه فلم يتعارف الناس شرطه علي المزارع فبقي علي اصل القياس فاعطفا علي روايه الاصل فان بلغ الزرع حتي صار قصيلا واجمعا علي ان يقصلاه ويبيعاه قصيلا فان حصاد القصيل وبيعه علي قدر مالهما واحد منهما في الزرع وذلك لانهما اتفقا علي قطعه فقد اسقطا ما بقي من عمل المزارعه فكانهما انتهت فيكون القطع كالحصاد بعد التناهي وكذلك اذا دفع نخلا معامله فكل عمل كان قبل ان يصير التمر تمرا فهو علي العامل وما كان بعد ذلك فهو عليهما علي قدر ماله كل واحد منهما من التمر لان ما قبل التناهي العمل يحصل به النما فهو عمل المساقاه وكان علي العامل فاذا صار تمرا فقد انتهي العمل فما بعد ذلك عليهما وهذا علي الروايه التي ان الجداد لا يلزم العامل لان القياس في الحصاد والجداد واحد وانما ترك ابو يوسف القياس في الحصاد لتعامل الناس ولم يوجد ذلك في المعامله لان الثمر اذا بلغت تولي صاحب النخل التصرف فيها ٥

باب اخر الشروط في المزارعة

قال واذا دفع الرجل الي الرجل ارضا مزارعه علي ان يزرعها هذه السنه علي ان البذر والعمل من قبل العامل الذي يعمل فقال صاحب الارض اكربها ثم ازرعها وقال الآخر ازرعها بغير كراب فانه ينظر في ذلك فان كانت الارض تزرع بغير كراب وتخرج زرعها الا ان الكراب اجود فذلك الي المزارع ان شا كربها وان شا لم يكربها وان كانت لا تخرج زرعها الا بكراب لم يكن له ان يزرعها الا بكراب فان كانت تخرج شيا قليلا فاني انظر الي ذلك فان كان مثل ما يخرج الناس اجزت ذلك للمزارع وان كان شيا لا يعمل الناس بمثله اجبرت المزارع علي الكراب وكذلك ان زرع فقال لا اسقي زرعه حتي تسقيه السما نظرت فان كان يستغني بما السما الا انه ان سقي كان اجود للزرع لم اجبره علي السقي وان كان مما لا يكتفي بسقي السما اجبرته علي السقي وكذلك لو كان البذر من قبل رب الارض وذلك لان العقد وقع علي المزارعه ولم يشترط فيها كيفيه العمل فالمستحق ادني ما يتناوله الاسم فاذا كانت تخرج زرعا يقصد مثله بغير كراب ولا يستقي فذلك عمل يتناوله اسم المزارعه فهو المستحق بالعقد وما زاد علي ذلك لا يعلم استحقاقه فان كانت الارض لا تنبت بغير كراب ولا سقي او تنبت شيا قليلا لا يقصده الناس فذلك ليس بعمل للمزارعه فلا يمكن العامل الا اقتصار عليه ٥ قال ولو كان شرط في اصل المزارعه الكراب لزمه في الوجهين لانه شرط عقد اليه صحه فلزمه الوفا وان كان اطلاق العقد لا يوجبها كمن باع عبدا خبازا فوجده المشتري لا يحسن الخبز كان له الخيار وان كان اطلاق العقد لم يثبت له الخيار وكذلك قال اصحابنا فيمن اسلم في طعام وشرط تسليمه ببغداد كان علي المسلم اليه ان يدفعه في اي اطراف المصر شا ولو شرط ان يسلمه في منزل رب السلم لزمه ذلك وان لم يقتضيه الاطلاق قال ولو شرط في عقد المزارعه ان يكربها او يلبسها فالمزارعه فاسده وقد تكلم اصحابنا في هذه المسله فقالوا ان كان البليان ينتفع به في السنه فقد شرط منفعه تبقي لرب الارض بعد المزارعه فلا يجوز كما لو شرط ان يبنيه شيا وعلي هذا لو شرطا ان يخمس فيها وقد اشار محمد الي هذه العله ومن اصحابنا من قال انه اجاب علي عاده شاهدها بالكوفه ان منفعه البنان تبقي للسنه الثانيه وهذا يختلف باختلاف البلاد فان كان العقد في بلد لا تبقي منفعه البنان فشرطه جايز كشرط الكراب ومن اصحابنا من قال معني هذا انه شرط علي المزارع ان يمسها بعد الحصاد حتي يذرها ملوحه فهذا شرط لا يقتضيه العقد لانه عمل تبقي منفعته للسنه الاخري وليس هو من عمل هذه المزارعه فاما اذا شرط البنيان ابتدا قبل الزراعه فهذا من عمل المزارعه فشرطه لا يفسدها قال وكذلك ان شرط العامل عمل المسنيات وكري الانهار لان هذا انما تبقي منفعته بعد نقض العقد قال ولو دفع الرجل الي الرجل ارضا وبذرا علي ان يعملها سنته هذه علي انه ان زرعها بغير كراب فما اخرج الله تعالي من شي فهو بينهما ارباعا لرب الارض والبذر ثلثه ارباعه وللمزارع ثلثه وان كرب وبني ثم زرع فما خرج فهو بينهما نصفين فهذه مزارعه جايزه وهو علي ما اشترطا قال رحمه الله وقد طعن في هذه المسله وقيل ان جوابها خطا والصحيح انه ان زرعها بغير كراب او بكراب فهو علي ما اشترطا وان كرب وبني فالعقد فاسد لانه خيره بين ثلثه اعمال جايزين وفاسد فان اختار الجايز صح وان اختار الفاسد فسد ووجه ما في الاصل ان شرط البنيه انما يفسد لانه اوجب علي المزارع عملا لا يقتضيه المزارعه ويبقي منفعته وفي مسلتنا خيره بين ان يبني وبين ان لا يبني فلم يوجب عليه ذلك فلهذا صحت الشروط الثلثه قال

الربع لصاحب الارض [illegible] ثلثه [illegible]

فان زرع بعضها بغير كراب وبعضها بكراب وبعضها بسان فهذا جائز كله وما زرع بغير كراب فهو بينهما ارباع وما زرع
بكراب فهو بينهما اثلاث وما زرع بسان فهو بينهما نصفين وذلك لانه لما خيره بين الاعمال الثلثة فقد جوز
له كل واحد منها في الارض فاذا فعله في بعض الارض جاز على الشرط ٥ قال ولو قال على ان ازرع بعضها بغير كراب
فللمزارع ربعه وما زرع بكراب فله ثلثه وما زرع بسان فله نصفه فهذا جائز قال رحمه الله وقد قيل ان هذا
كله خطا والصحيح ان تكون الشروط كلها فاسدة لان قوله منها تقتضي التبعيض فكانه شرط ان يزرع بعضها بكذا
وبعضها بكذا وذلك البعض مجهول فلا تصح المزارعة ٥ وقد ذكر محمد فيمن دفع ارضا على ان يزرعها العامل ببذره
فما زرع منها حنطة فله منه الثلث وما زرع منها شعيرا فله نصفه وما زرع منها سمسما فله ثلثاه ان العقد
فاسد لانه عقد على كل نوع في بعض الارض وذلك البعض مجهول ووجه المسئلة ان المزارعة عقد مبني على
المسامحة الحاجة اليه فاذا شرط الحنطة والشعير فالجهالة في جنس العوض وذلك جهالة كثيرة فيمنع من صحة
العقد واما اذا كان على ان ما زرعت منها بكراب فكذا فالجنس المزروع للمزارع واحد وانما الجهالة حاصلة
في الصفة فقد خفت الجهالة فلم تمنع من صحة العقد قال وان دفع اليه ارضا على ان يزرعها سنته هذه ببذره
ونفقته على ان زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفين وان زرعها شعيرا فللعامل الثلث وان زرعها سمسما
فللعامل الربع فهي مزارعة جائزة لانه خيره بين اعمال ثلثة كل واحد منها جعل له بدلا معلوما فصار كقوله ان
خطته روميا فبنصفه وان خطته فارسيا فبدرهم وليس هذا عند ابي يوسف ومحمد كقوله اجرتك هذا الدكان
فان جلست فيه طحانا فبدرهم وان جلست فيه خبازا فبنصف لان الاجرة تجب بالتخلية بينه وبين الدكان وهو
لا يدري عند التخلية هل يكون طحانا او خبازا فصارت الاجرة مجهولة عند وجوبها وفي مسئلتنا انما تحصل البدل
بخروج الزرع وقد تعين البذر فتصير معلومة عند الوجوب ٥ قال فان زرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا
وبعضها سمسما كان ذلك جائزا لانه جعل له ان يزرع جميع الارض كل واحد من الانواع فاذا زرع البعض فقد
فعل ما تناوله العقد قال وكذلك لو قال على انما زرعت فيها حنطة او زرعت فيها شعيرا لان هذا مما
لا يقتضي التبعيض فهو كقوله على ان تزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا او بعضها سمسما فما زرع منها حنطة فهو
بينهما نصفان وما زرع منها شعيرا فللمزارع ثلثاه ولصاحب الارض الثلث وما زرع منها سمسما فلصاحب الارض
ثلثة ارباعه وللمزارع ربعه فهذا كله فاسد والمزارعة فاسدة والوجه في ذلك ما بيناه انه عقد على بعض الارض
في كل نوع وذلك البعض مجهول قال وكذلك لو قال خذ هذه الارض على انما زرعت منها حنطة فبكذا وما
زرعت منها شعيرا فبكذا وما زرعت سمسما فبكذا لان من تقتضي التبعيض والتبعيض مجهول وقد بينا الفرق بين هذا
وبين الكراب والسقي ٥

باب ما يكون عذرا في فسخ المزارعة

واذا دفع رجل الى رجل ارضه سنته هذه على ان يزرعها العامل ببذره فما اخرج الله تعالى من شي فهو بينهما نصفين ثم اراد
صاحب الارض اخذ ارضه قبل ان يعمل فيها او بعد ما عمل فليس له ذلك الا ان يكون عليه دين ليس عنده وفا الا ببيع
ارضه وذلك لما قدمنا ان الوفا بالعقد لا يتضمن اتلاف مال لرب الارض فلزمه الوفا به الا من عذر وما
الدين فهو عذر لانه يستضر بالبقاية الحبس فكان له الفسخ فان كان العامل قد كرب الارض وكرى سواقيها
وحفر انهارها وسوى مسناتها فقال ما حقك في العمل رد على ما انفقت لم يكن لصاحب العمل قليل ولا كثير وذلك
لان المنافع لا قيمة لها الا بالعقد ولم يتقوم الا بالخارج من الارض فاذا لم يحصل ذلك لم يتقوم بغيره ولان العامل
عمل بما هو شريك فيه والعمل المشترك لا يستحق به اجرة ٥ قال فان زرعها العامل ونبت زرعها فلم يبلغ
الحصاد ثم اراد اخذ الارض ببيعها في دينه فليس له ان يبيع الارض حتى يستحصد الزرع لانها ان بيعت في
دينه اضر ذلك بزرع الزارع فان كان حبسه القاضي اخرجه حتى يبلغ الزرع ولا يحول بين اصحاب الدين وبين لزومه
فاذا استحصد رده القاضي الى السجن حتى يبيع الارض ونصيبه من الزرع ويوفي ما عليه من الدين وذلك لان فسخ
العقد انما يثبت لنفي الضرر عن صاحب الارض ولو فسخت بعد الزراعة الحقنا الضرر بالزارع ولان الزارع
زرع بحق فلا يجوز ان يقطع زرعه بل تبقيه العقد فيه منفعة للمزارع وللغرما لان مال يزيد بحصول الزرع
فلذلك نترك العقد بحاله ولا يحبس صاحب الارض لانه ممنوع عن بيع الارض والحبس انما يثبت لامتناعه
مما يقدر عليه فاما ما لا يقدر عليه فلا يجوز ان يحبس به فاذا استحصد الزرع فقد امكنه البيع فيحبس
حتى يبيع قال واذا دفع الى رجل ارضا على ان يزرعها ثلث سنين ببذره وبقره وعمله على ان ما اخرج الله
منها من شي فهو بينهما نصفان فنبت الزرع ولم يستحصد حتى مات رب الارض فاراد ورثته اخذ ارضه
فليس لهم ذلك ولكن الارض تترك في يد المزارع حتى يستحصد الزرع فاذا استحصد قسموه على شرايطهم وقد
انتقضت المزارعة فيما بقي من السنين وذلك لان موت رب الارض يوجب نقل الملك فيها الى ورثته ولم
يعقدوا على منافعهم فلم يجز ان يستحق عليهم منافع ملكهم بغير اختيارهم فلهذا فسخنا الاجارة بالموت
الا انهم استحسنوا اذا كان في الارض زرع لان في تبقية العقد ابقا الحقين الا ترى ان الزارع يسلم
له الزرع ويسلم للورثة ايضا نصيب الميت وفي فسخ العقد الحاق ضرر باحدهم فكان ما بقي الزرع فيها اولى

واما ما بقي من السنين فلا حاجة بنا الى تبقية العقد فيها فيحمل على القياس قال ولو مات رب الارض قبل ان يزرع
الزارع وبعدما كرب وحفر الانهار واصلح المسنيات انتقضت المزارعة واخذ الورثة الارض ولم يلزم عليهم
من نفقة المزارع قليل ولا كثير لانه ليس في الفسخ اتلاف مال للمزارع فلم يجز ان يبتدي الزراعة حتى يتوفى حق
المزارع ٥ واما الكراب فقد بينا انه لم يتقوم الا بالخارج من الارض ولانه عمل وقع على وجه الشركة قال
ولو كانت المسئلة على حالها فاخذ المزارع الزرع حتى زرع في اخر السنة فانقضت السنة والزرع بقل لم يستحصد
فالزرع بين المزارع وصاحب الارض نصفين والعمل فيما بقي حتى يستحصد عليهما وعلى الزارع العامل اجر مثل
الارض وذلك لان المدة لما انقضت وجب قطع الزرع الان في قطعه ضرر عليهما فوجب تبقيته في الاجر بينهما
فوجب ان يترك على حاله كما في الوارث مدة العارية والاجارة اذا انقضت وفي الارض زرع وانما كان العمل عليهما
وعلى العامل الاجرة لان المزارعة انقضت بذهاب مدتها وصار هذا عملا في مال مشترك فيلزم الشريكين وليس
هذا كموت رب الارض لان الموت اوجب فسخ العقد الا انا ابقيناه للعذر الا ترى انا نفسخ هذا العقد للعذر فاذا
بقي العقد كان العمل على العامل في المدة على ما اقتضاه العقد وهذا كما قال في الجمال اذا مات في بعض الطريق او
المستاجر فمضى الى مكة بالمسمى فيبقى للعذر كما فسخه للعذر ٥ قال فان اراد رب الارض ان ياخذ الزرع
بقلا لم يكن له ذلك لانه مشترك بينهما وفي اخذه اسقاط حق المزارع فلم يجز ذلك ٥ قال وان اراد المزارع
اخذ الزرع بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة حصته او انفق انت على الزرع
كله وارجع بما تنفق في حصته وذلك لان المزارع اذا اختار ترك العمل فقد اسقط حق نفسه ولا يجبر على العمل
ويبقى الزرع مشتركا ولا سبيل الى تبقيته الى الحصاد فيحصد حتى يتميز بالقسمة ٥ فان اختار صاحب الارض ان
يقوم له قيمة نصيبه من الزرع فله ذلك لانه قد رضي باخذ حقه فصيلا فاذا اعطيناه قيمته حصل له ما رضي به ولم
يضر بصاحب الارض فان اختار رب الارض ان ينفق على الزرع ويرجع بالنفقة فيه فله ذلك لان هذا مال مشترك
يتلف بترك الانفاق فكان لاحدهما ان ينفق عليه كالعبد المشترك اذا امتنع احد الشريكين من الانفاق عليه
وبذل ذلك الاخر قال واذا دفع رجل الى رجل ارضا وبذرا على ان يزرعها ببذره هذه السنة فما اخرج الله تعالى
من ذلك من شي فهو بينهما وكربها المزارع وحفر انهارها ثم ان رب الارض بدا له ان لا يزرعها فله ذلك ولا
شي للعامل في عمله من الكراب وغيره ولو اراد العامل ان يدع الارض ولا يزرع لم يكن له ذلك وهذا على
ما قدمنا ان صاحب البذر لا يجبر على الوفا بالعقد والعامل يجبر على ذلك واما سقوط الاجرة للكراب
فقد بيناه ومن اصحابنا من قال انما يسقط في الاجرة في الحكم فاما فيما بين صاحب الارض وبين الله تعالى فلا يحل له
ان يفعل ذلك بل يجب ان يقوم له العوض لانه غره في دفع الارض حتى استوفى منافعه والتغرير بالمسلم
حرام فهو وان لم يلزمه ذلك في القضا مواخذ فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يسترضي العامل ٥
قال واذا انقضت السنة والزرع لم يستحصد ترك على حاله حتى يستحصد وعلى المزارع اجر مثل نصف
الارض والنفقة عليهما وان انفق احدهما بغير اذن صاحبه ولا بامر قاض فهو متطوع وذلك لانه انفق
على ملك غيره بغير امره ولانه لا ولاية له عليه فلم ينفذ ذلك ٥ وقد بيناه قال محمد ولا يتصدق واحد ممن ذكرت
لك من هذه المسايل بشي من الزرع يعني اذا مات صاحب الارض في بعض السنة او اذا انقضت السنة والزرع
بقل لانه تبقية العقد ليس بمحظور وانما بقي حكم العقد ومن حصل له المال من وجه غير محظور لم يلزمه ان
يتصدق بشي قال واذا دفع رجل الى رجل ارضا على ان يزرعها ببذره وبقره فما اخرج الله تعالى من شي فهو
بينهما نصفين فزرع الارض فلما نبت قبل ان يستحصد مات المزارع فقال ورثته نحن نعملها حتى يستحصد
الزرع وابى ذلك رب الارض فالامر في ذلك الى ورثة المزارع يعملونها فما اخرج الله تعالى فهو بينهما على
ما شرطا في اصل المزارعة ولا اجر عليهم ان عملوها بقضا قاض او بغير قضا وذلك لان المزارع لما مات
انتقضت المزارعة بموته الا ترى انا لو نفيناها الزمنا الورثة العمل فلم يرضوا به فاذا اختاروا العمل فلا
ضرر في ذلك على رب الارض وعليهم في قلع الزرع ضرر فوجب تبقية العقد للعذر فاذا بقي العقد لم يلزمهم
اجرة ٥ قال فان اراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل وقيل لصاحب الارض اقلعه فيكون بينكم او
اعطهم قيمة حصتهم والزرع كله لك او انفق على حصتهم ويكون نفقتك في حصتهم وذلك لانا بقينا العقد
لحقهم فاذا اختاروا القلع لم يجز ان يجبروا على العمل بغير اختيارهم وبقي الزرع على الشركة ولا يمكن قسمته
الا بعد الحصاد وان اختار صاحب الارض ان يدفع قيمة حصتهم او ينفق جميعه فله ذلك على ما قدمناه ٥ ٥

باب المعاملة في النخل والشجر والكرم والرطاب والثمار

وفي الثمار وقال واذا دفع الى رجل نخلا له معاملة على ان يقوم عليه ويلقحه ويسقيه سنين معلومة على
ان ما اخرج الله تعالى من ذلك فهو بينهما نصفان او شرط للعامل الثلث والربع فهو جائز وهذا على قول ابي يوسف
ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالعقد فاسد لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن المخابرة ولانه استيجار نخل من المعمو
الطحان ولانه جعل في معاملة عمل العامل الثمار المتولد من نخله فصار كما لو قال اعمل في هذا النخل بما تخرجه هذه الارض

وحجتهما ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر بنصف ما يخرج من ثمر وزرع ولان الحاجة تدعوا الى المعاملة فيسوغ العقد للضرورة
كما جازت الاجارة على المنافع المعدومة لما تعذر اعادتها للعقد عليها وقد قال ابو يوسف ومحمد ان المعاملة في ساير
الشجر وفي الرمان جايزة وقال الشافعي لا يجوز الا في النخل والكرم وهذا فاسد لانه عامل عليه السلم اهل خيبر على نصف
الثمر وهي بلاد كثيرة ولا يجوز ان يختص بالنخل والكرم خاصة ولان ساير الشجر تدعوا الضرورة الى المعاملة فيه ويحصل
النما منه بالعمل فصار كالنخل والشافعي لا يصح له في هذا الكلام الا ان يلتزم تخصيص العلة فيقول القياس يمنع من جواز
هذا العقد وانما تركت القياس في النخل والكرم لعقد النبي عليه السلم فما سواه على اصل القياس وهو لا يرى تخصيص العلة
قال فان اراد صاحب النخل او الشجر او الكرم او الرطبة ان يخرج العامل من ذلك لم يكن له ذلك الا من عذر لما بينا ان
البقا على هذا العقد ليس فيه اتلاف مال على واحد منهما فلزمه الوفا به قال والعذر ما قدمناه ومن العذر
ان يكون العامل سارقا معروفا بالسرقة يخاف على فساد النخل واخذ سعفه فيكون هذا عذرا لصاحب النخل ان
يخرجه لانه لا يقدر على البقا على العقد الا بضرر وان مرض العامل فهو عذر لان المرض يمنع من تسليم المنافع المعقود
عليها قال واذا دفع نخلا او شجرا او كرما ولم يذكر سنين معلومة فهذا جايز على اول ثمرة تخرج اول سنة
استحسن ذلك وادع القياس فيه اما وجه القياس فلانه عقد اجارة فلا يصح الا بذكر مدة معلومة ووجه
الاستحسان ان العقد يقع على العمل في الثمرة ولكل ثمرة وقت معلوم يبتدي فيه وينتهي والثمرة الاولى يتيقن
دخولها في العقد فيجوز فيها وما بعدها غير متيقن فلا يجوز العقد فيه ٥ قال واذا دفع اليه اصول رطبة نابتة
في ارض له معاملة ولم يسم سنة ولا اكثر من ذلك فهذا فاسد وذلك على وجهين ان كانت الرطبة ليس لانتهايها
نبات ولا انتها جزها مدة معلومة فالعقد عليها فاسد لانه ليس للعقد مدة وان كان مدة جزها معلومة فالعقد
عليها فاسد لانه ليس للعقد مدة وان كان مدة جزها معلومة والعقد جايز وهو على الجزة الاولى كما بيناه في الثمرة ٥
قال واذا دفع اليه نخلا فيه طلع معاملة بالنصف فهو جايز وان لم يسميا شيئا فهو على المعاملة حتى يبلغ وكذلك
ربيعه وقد صار بسرا اخضر او احمر الا انه لم يتناهى عظمه فهذه معاملة جايزة فان دفعه وقد انتهى عظمه
وليس يزيد على ذلك قليلا ولا كثيرا الا انه لم يرطب فالمعاملة فاسدة والثمرة لصاحب النخل ولا يعامل احد
مثله وكذلك الثمار كلها وذلك لان الثمر ما لم يبلغ فللعمل تاثير في زيادتها فصار كالابتدا ولان العقد على
ثمر موجوده انفذ من العقود فهو اولى بالجواز واما اذا تناهى عظمها فليس للعمل تاثير في الثمار وذلك خارج
من باب المعاملة فلم يصح العقد وعلى هذا قالوا فيمن دفع ارضا فيها زرع معاملة فان كان لم يستحصد جاز لان
العمل له تاثير في قيمته وان لم يستحصد لم يجز لانه ليس للعمل فيه تاثير فلم يجز العمل عليه ٥

باب المعاملة في النخل والشجر يكون بين رجلين او يدفع الى رجلين

قال واذا كان النخل بين رجلين فدفعه احدهما الى صاحبه سنته هذه
على ان يقوم عليه ويسقيه فما اخرج الله تعالى من ذلك من شي فهو بينهما للعامل ثلثاه وللاخر ثلثه فهذه معاملة فاسدة
فان عمل العامل على هذا فما اخرج النخل من ثمر اكثر الجميع ما اخرج النخل من ذلك فهو بينهما نصفين ولا يتصدق واحد منهما
بشي منه ولا اجر للعامل على شريكه في عمله وذلك لان المساقاة عقد اجارة ولا استيجار للعامل على ما هو شريك
فيه لا يصح ولا يجب فيه اجر على ما بيناه في الاجارة واذا لم يصح العقد استحقا الخارج بملكهما فيكون بينهما على
قدر الملكين وقد ذكر محمد في المزارعة في ارض بين شريكين دفعها احدهما الى الاخر على ان يزرعها ببذره وله ثلثا
الخارج جازت المزارعة هكذا في كتاب النسخ والفرق بين المزارعة والمساقاة ان الشركة في البذر ليست متقدمة
على العقد فلم يكن ذلك استيجارا على ما هو شريك فيه والشركة ها هنا حاصلة في النخل فلذلك لم تصح المعاملة
عليه ووجد في بعض نسخ المزارعة ان العقد فاسد فعلى هذه الرواية لا فرق بينهما وانما لم يتصدق واحد منهما بشي
لان كل واحد منهما حصل له الخارج من ملكه ولم يستحق شيا منه بسبب محظور فلذلك لا يتصدق به قال
قال وان شرطا ان الخارج بينهما نصفين على قدر ما لهما في النخل كان هذا جايزا على ما اشترطا لان كل واحد منهما
شرط لنفسه الخارج من ملكه فصار العامل معينا لشريكه في العمل بغير عوض وذلك جايز قال وان كان
الشريك الذي يعمل امر الاخر ان يشتري ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف الثمن في قول المسلمين جميعا
لان العين التي يوثرونها مال فاذا اذن له في ابتياعها واستعملها في نخله فقد صار قابضا لها فيرجع عليه بثمنها
بحكم الوكالة قال واذا دفع الرجل الى الرجلين نخلا له على ان يقوما عليه ويسقياه ويلقحاه سنتهم
هذه السنة فما اخرج الله تعالى من ذلك فهو بينهم اثلاثا فهو جايز وكذلك لو شرطوا لصاحب النخل النصف
وللعاملين النصف بينهما نصفين وذلك لان المعاملة جايزة على قولهما ان العامل اجير لصاحب النخل فلا فرق
بين ان يستاجر واحد للعمل او ان يستاجر اثنين ولذلك لو شرطوا لاحد العاملين بعينه النصف وللعامل الاخر
السدس ولصاحب النخل الثلث كان هذا جايزا لان كل واحد منهما مستاجر ببعض الخارج ويجوز استيجار الاثنين
ويخالف بين اجرهما قال ولو اشترط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض وللاخر الثلث مما تخرج الارض و
الثلثان لصاحب النخل كان هذا جايزا لانه يجوز لصاحب النخل ان يستاجر العامل ببعض الخارج ويجوز ان يستاجر

بالدراهم

بالدراهم فاذا جمع بين الامرين وجعل احدهما اجيرا والاخر مستاجرا ببعض الخارج جاز قال ولو اشترطوا لصاحب النخل
الثلث ولاحد العاملين بعينه الثلثين وللاخر اجر مثله على العامل الذي اشترط الثلثين كان هذا فاسدا وقد ذكر محمد
في المزارعة في رجل دفع ارضه الى رجل على ان يزرعه على ان لرب الارض الثلث وللمزارع منه الثلثان وعلى ان يعمل
معه فلان بثلث الخارج له فالمزارعة جايزة بين رب الارض والمزارع الاول وفاسدة في حق الاخر فمن اصحابنا من قال
انه وضع مسلة المزارعة على ان الشرط الفاسد لم يكن في نفس العقد فيفسد في نفسه ولم يفسد العقد ووضع
مسلة المساقاة على ان الشرط كان في العقد فيفسد فافسد العقد ومنهم من قال انما فرق بينهما لانه شرط
للعامل في مسلة المزارعة جزا من الخارج وذلك لا يثبت له وانما يستحق اجر المثل فلم يحصل المعنى المفسد
في العقد وفي مسلتنا شرط للعامل الدراهم فهي ثابتة له فلما ثبت الشرط الفاسد افسد العقد ومن اصحابنا من
قال ان المساقاة والمزارعة فيهما معنى الشركة ومعنى الاجارة واذا قال على ان يعمل فلان معه بماية درهم
فقد شرط فيها اجارة فغلب معنى الاجارة عليها والاجارة تبطل بالشروط الفاسدة واذا شرط ثلث الخارج فقد غلب
عليها معنى الشركة والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما لم يصح ما شرط العامل في المسلتين لان صاحب
الارض والنخل عقد مع المزارع والمعامل عقدا وشرط عليه ان يستاجر رجلا بعينه يعمل معه فصار عقد الاجارة
مشروطا في عقد المزارعة فيبطل العقد بالشرط ٥

باب المعاملة يدفع ذلك الى رجل ويامره ان يعمل في ذلك

قال واذا دفع الرجل الى رجل نخلا معاملة هذه السنة على ان يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما اخرج الله تعالى من ذلك
فهو بينهما نصفان ولم يامره ان يعمل في ذلك برايه فدفعه الى رجل اخر على ان يقوم عليه ويعمل فيه ويسقيه ويلقحه
هذه السنة فما اخرج الله تعالى من ذلك فهو لصاحب النخل وللعامل الاخر على العامل الاول اجر مثله فيما عمل بالغا
ما بلغ ولا اجر للعامل الاول لانه خالف حين دفع ذلك الى غيره وذلك لان العامل اذا دفع نخلا الى غيره اوجب
له شركة في مال رب المال لم يرض بها رب المال ومن اوجب شركة في مال غيره بغير امره فقد تعدى فصار كالغاصب
اذا عمل في نخل غيره ولا يستحق اجره ويكون الثمرة لرب النخل واما العامل الثاني فقد استوفى العامل الاول
منفعة بحكم عقد فاسد فكان له عليه اجر المثل تاما قوله بالغا ما بلغ فهذا قول محمد واما على قول ابي يوسف
فيجب له اجر المثل لا يتجاوز به ما شرطه له المسمى وهذا على اختلافهم في شركة الاحتطاب ٥ قال فان هلك
الثمر في يد العامل الاخر من غير عمله وهو في روس النخل فلا ضمان على واحد من العاملين في قولهم لان النخل مغصوب
بالتسليم الى العامل الثاني والثمر نما في العين المغصوبة فاذا هلك في يد الغاصب بغير عمله لم يضمنه كولد المغصوبة
فان هلك الثمر من عمل الاخر في امر خالف فيه ما امره فالضمان فيه لصاحب النخل على العامل الاخر ولا ضمان على
العامل الاول لانه لما خالف العامل الاول لم يقع عمله له وانما وقع لنفسه فصار متلفا للثمر على ما لحقه
فينفرد بضمانه قال وان كان الثمر هلك في يد العامل الاخر من عمله من امر لم يخالف فيه ما امره العامل الاول
فلصاحب النخل ان يضمن اي العاملين شا فان ضمن الاول لم يرجع على الاخر بشي وان ضمن الاخر رجع على الاول
بما ضمن وذلك لانه اذا لم يخالف في العمل فقد وقع عمله للعامل الاول فكانهما عملا وصار الاول كالغاصب
الاول والثاني كالغاصب الثاني فيتخير رب النخل الضمان على ايهما شا فان ضمن الاول لم يرجع على الاخر لانه
حاصل الضمان عليه وان ضمن الاخر رجع على الاول لان عمله وقع له ٥ قال ولو كان امره ان يعمل في ذلك
برايه وقد شرط رب النخل للعامل الاول النصف من الثمرة ودفعه الى الثاني على ان له ثلث ما خرج من النخل
فهو جايز وما خرج من ثمره فثلثه للعامل الاخر وسدسه للاول ونصفه لصاحب النخل وذلك لان رب
الارض لما فوض الراي الى العامل جاز تسليم العامل الى غيره وان اثبت له شركة فاذا جاز التسليم فقد
شرط للعامل الثاني بعض حقه وهو ما ملك للشرط في حقه ويستحق العامل الثاني ما شرط له من نصيب العامل
الاول ولصاحب النخل ما شرط له وما بقي للعامل الاول وقد ذكر محمد هذا الباب في الاصل وزاد في تفريعه
وجعله على اربعة اوجه ان كان الشرط للاول وللثاني جايزا فان الثمر كله لصاحب النخل فهي مسلة هذا الباب
وان كان الاول شرط له شرطا فاسدا مثل ان يشترط له قفزانا معلومة وشرط الاول للثاني مثل ذلك فهما
فاسدان ولا ضمان على العامل الاول لانه لم يثبت الشركة للعامل الثاني في مال رب الارض وان كان
الشرط الاول جايزا والثاني فاسدا فلا ضمان على المزارع لان الشرط الثاني غير ثابت فلا تثبت الشركة وكذلك
ان كان الشرط الاول فاسدا والثاني جايزا لم يضمن العامل الاول لانه لا يملك بالشرط شيا من
الخارج لم يملك الشرط فلم تثبت الشركة فلا يجب عليه الضمان ٥

باب مزارعة المرتد

قال ابو الحسن واذا ارتد الرجل عن الاسلام ثم اعطى ارضا وبذرا رجلا مزارعة هذه السنة على ان يزرعها
فما اخرج الله تعالى من ذلك فهو بينهما نصفين فعمل المزارع على هذا فاخرجت زرعا كثيرا فقتل المرتد على
ردته فجميع ما اخرجت الارض للمزارع وعليه ما نقصت الارض وبذر مثل البذر الذي قبض وكذلك لو لم تخرج

الارض شيئا لم يكن للمزارع قليل ولا كثير وكان عليه مثل البذر الذي زرع وما نقصت الزراعة الارض لورثة المرتد وهذا على قياس قول ابي حنيفة في قياس قول من اجاز المزارعة وقال ابو يوسف ومحمد المزارعة جائزة وما يخرج من الارض بين ورثة المرتد والمزارع على ما اشترط المزارع والمرتد وهذا مبني على اختلافهم في تصرف المرتد فعند ابي حنيفة ان املاكه تزول بردته زوالا موقوفا فاذا قتل على ردته او مات استقر ذلك الزوال فكأنه دفع ارض الورثة بغير رضاهم مزارعة فلا يصح دفعه ويصير المزارع غاصبا للارض والبذر فيلزمه مثل البذر ونقصان الارض ويكون الخارج له على ما اشترطا قال ولو كان المرتد دفع ارضا بغير بذر الى مسلم او ذمي على ان يزرعها هذه السنة ببذره وبقره فما اخرج الله تعالى من ذلك من شيء فهو بينهما فزرعها المزارع فاخرجت زرعا كثيرا او قتل المرتد على ردته او مات او لحق بدار الحرب مرتدا ففي هذا ايضا قولان اما احدهما ان كان الزرع نقص الارض شيئا فالمزارع ضامن لما نقص الارض ويكون جميع ما اخرجت الارض للمزارع يستوفي منه بذره ونفقته وما غرم ويتصدق بالفضل وان كان الزرع لم ينقص الارض شيئا فهذا والاول سواء في القياس وينبغي ان يكون جميع ما اخرجت الارض للمزارع ولا شيء عليه من اجر ولا غيره وفي الاستحسان اذا لم ينقص الارض شيئا كان ما خرج بين ورثة المرتد والمزارع من ذلك جائز وهو على ما اشترطا عليه اما ابو حنيفة فمن اصله ان ملك المرتد قد زال فكأنه سلم ملك الورثة والمزارعة فاذا نقصت الارض لزمه نقصانها والضمان والامانة لا يجتمعان فكان الخارج كله للمزارع واما اذا لم ينقص فالقياس مثله لانه صار غاصبا فكأنه اخذ ارض غيره بغير امره فزرعها ولم ينقص وانما استحسن لان ابطال عقد المرتد انما يثبت لحق ورثته وليس من حقهم ان يبطل العقد في هذه المسألة لانه لا يحصل لهم شيئا فاذا جوزنا العقد حصل لهم نصف الخارج وليس هنالك ضمان يمنع من بقاء الامانة ولا انا ابطلنا المزارعة للضمان الذي لزم المزارع بما ذكرنا ان لا ضمان ينفي الامانة بحالها كما قالوا في العبد المحجور اذا اجر نفسه وسلم من العمل ان الاجرة واجبة استحسانا فاما على قولهما فملك المرتد بحاله فشرطه فيه جائز قال وان كان المرتد اسلم بعد ما انقضت المزارعة فجميع ما صنع المزارع من ذلك جائز وهو على ما اشترطوا انقصت الارض او لم تنقص لان المرتد اذا اسلم فكأنه لم يزل مسلما فيصح عقوده ۞ قال واذا دفع المسلم الى المرتد ارضا له مزارعة هذه السنة على ان يزرعها ببذره وبقره فما اخرج الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفين فعمل على ذلك فاخرجت الارض لورثة المرتد ولا شيء لرب الارض وقال ابو يوسف ومحمد الخارج بينهما على ما شرطا اما ابو حنيفة فمن اصله ان ملك المرتد زايل وعقوده على ماله موقوفة واذا زرع ببذره فقد شرط لصاحب الارض الخارج من البذر وهو لا يملكه فلا يصح شرطه فيه فيكون الخارج كله لورثته ولا يقال فهلا كان المرتد كالمسلم قبض بذرا وزرعه في ارض غيره على وجه المزارعة وذلك لان الغاصب يملك البذر بالضمان الذي يلزمه فيصير كانه زرع بذر نفسه والمرتد لا يضمن لورثته ولا يملك البذر فلا يصح شرطه فيه وانما لم يجب نقصان الارض لان المرتد زرعها بامر مالكها فلم يكن متعديا بالزراعة فلا يجب عليه الضمان واما على قولهما فعقوده جائزة على ما قدمنا فان اسلم هذا المرتد بعد ما استحصد الزرع فالعقد جائز في قولهم لان المراعاة زالت فكأنه لم يزل مسلما ۞ قال واذا دفع المسلم الى المرتد ارضا وبذرا بالنصف فزرعها المرتد فاخرجت زرعا كثيرا ثم قتل على ردته او مات او لحق فجميع الخارج بين رب الارض وبين ورثة المرتد نصفين في القولين جميعا وذلك لان المرتد انما عقد على منافع نفسه ولا حق للورثة فيها فجاز عقده وصح شرطه فالخارج لورثته قال واذا دفعت المرتدة الى المرتد ارضا وبذرا مزارعة بالنصف فالمزارعة جائزة وهذا ودفع المسلم سواء ومن ايهما كان البذر فهو كذلك لان المرتدة لا تزول ملكها عن مالها بالردة كما لا يزول حظر دمها فصار عقدها وعقد المسلم سواء ۞ قال ولو كان العاقدين مسلمين ثم ارتدا او ارتد احدهما الذي من قبله البذر كان ارتدا او الاخر فهو جائز في القولين جميعا وما اخرجت الارض فبين المزارع وبين ورثة المرتد نصفين فان كانا ارتدا فهو بين ورثة هذا وورثة هذا نصفين في القولين جميعا لان العقد وقع في حال الاسلام والعقود الصحيحة لا يبطلها الردة فبقي العقد على حاله ۞

باب مزارعة العبد والصبي المأذون لهما في التجارة

قال واذا دفع العبد ارضا اشتراها الى رجل مزارعة على ان يزرعها هذه السنة فما اخرج الله تعالى من شيء فبينهما نصفين ولو اشترط احدهما البذر على صاحبه فذلك جائز على ما اشترطا وكذلك لو اخذ المأذون لاحد ارضا على ان يزرعها هذه السنة بنصف الخارج واشترط احدهما البذر على صاحبه فهذا جائز وكذلك الصبي الذي يعقل الشرى والبيع يأذن له ابواه او وصي ابيه وذلك لان الاذن يقتضي التصرف في التجارات والاجارة من التجارة اذا عقد مزارعة فقد استأجر او آجر نفسه والمأذون يملك كل واحد من الامرين ولان هذا العقد فيه معنى الشركة فالمأذون يملك الشركة قال واذا دفع العبد المأذون الى رجل ارضا مزارعة على ان يزرعها حين وقع العقد فقبل ان يزرع المزارع حجر المولى عليه فان للمزارع ان يزرع الارض على حاله ليس لولي العبد ولا العبد ان يمنعاه من ذلك وذلك لانه لو اراد الامتناع وليس من جهته بذر لم يملك ذلك وعلم ان العقد قد تم فيه من جهته فلا ينفسخ بالحجر عليه وليس كذلك اذا كان البذر من جهة العبد فحجر المولى عليه قبل الزراعة لان العبد كان يملك الامتناع من الزراعة فعلمت ان العقد لم يتم في حقه فيبطل بالحجر ولهذا قالوا في المضاربة اذا دفعها المأذون او اخذها ثم حجر المولى عليه انها تبطل لانها يتصرف بلازمه من الطرفين فلذلك بطلت بالحجر ۞ قال وكذلك لو اجر العبد المأذون من رجل ارضا وبذرا مزارعة ثم حجر المولى عليه لان العقد قد تم في حقه بدلالة انه كان لا يملك الامتناع منه قبل الحجر ۞ قال ولو كان المأذون دفع ارضا وبذرا مزارعة فلم يزرع المزارع حتى حجر المولى على عبده فللمولى ان يمنع المزارع ان يزرع وكذلك لو كان المأذون اخذ ارضا على ان يزرعها ببذره وذلك لان العقد هاهنا لم يتم في حق العبد بدلالة ان له الامتناع قبل الحجر فاذا حجر المولى عليه كان له المنع من العقد وقد ذكر هذه المسألة فقال اذا دفع العبد ارضا وبذرا ثم حجر المولى عليه فله ان يفسخ المزارعة وان اخذ ارضا ليزرعها ببذره انفسخت المزارعة والفرق بينهما انه اذا دفع البذر والارض لم يتعذر العمل بالحجر وانما يثبت للمولى المنع لما فيه العقد من اتلاف البذر بالحجر الذي هو ملكه فيتوقف ذلك على فسخه ۞ واذا اخذ العبد ارضا فقد تعذر عليه بالحجر العمل ففات المعقود عليه وفوات المعقود عليه يوجب فسخ العقد ۞ قال واذا كان للعبد او للصبي نخل فدفعه الى رجل معاملة بالنصف هذه السنة فذلك جائز فان حجر المولى على عبده او الاب على ابنه فالمعاملة على حالها لا تنتقض بالحجر وكذلك لو كان النخل من قبل الرجل الاجنبي دفعه الى العبد او الصبي لان العقد قد تم في حقهما بدلالة انه ليس لهما الفسخ قبل الحجر فلا يمنع الحجر تمامه بالحجر ۞ قال ولو كان مكان الحجر نهي من المولى عن المزارعة وفسخ لها بعد عقد المزارعة او قبل ذلك الا انه لم يحجر عليه فذلك جائز والنهي باطل وكذلك النهي لاب قبل المزارعة وبعدها وذلك لان المولى لا يملك ان ينقض الحجر فيحجر في بعض الاشياء دون بعض فلا يتعلق بحجره حكم ولانه اذا حجر في بعض الاشياء بقي الاذن فيه باقيا والاذن في بعض الاشياء اذن في جميعها ۞

باب الزيادة في المعاملة والمزارعة والحط منها

قال والاصل في هذا الباب ان كل حال يجوز فيها ابتداء المزارعة جازت الزيادة والحط لان العقد بحاله وكل موضع لا يجوز ابتداء العقد فالزيادة لا تجوز فيه والحط يجوز وهذا كما قالوا في البيع ان الزيادة جائزة مع بقاء المعقود عليه فان هلك المعقود عليه جاز الحط ولم تجز الزيادة ۞ قال واذا دفع الرجل ارضا مزارعة بنصف الخارج فعملها المزارع فاخرجت زرعا كثيرا واستحصد ثم ان المزارع زاد رب الارض في حصته السدس فجعل له الثلثين ورضي بذلك رب الارض فهذا باطل وهو بينهما نصفين فلو زاد رب الارض المزارع السدس واعطاه على ذلك فهذا جائز لان البذر اذا كان من قبل المزارع فهو مستأجر الارض فاذا استحصد الزرع فقد انقضى العقد واستوفيت المنافع فما بذله المزارع زيادة في الاجرة والزيادة لا تجوز بعد انقضاء العقد وما بذله من الزيادة حط من الاجرة وذلك يجوز بعد انقضاء العقد قال ولو كان البذر من قبل رب الارض فلما استحصد الزرع زاد رب الارض المزارع السدس فهذا باطل وان زاد المزارع رب الارض فهذا جائز لان المزارع هاهنا مستأجر فما بذله لرب الارض زيادة في اجره فلا يجوز مع انقضاء العقد وما يبذله من المزارع حط من الاجر فيجوز بعد انقضاء العقد ۞ ولو دفع رجل نخلا معاملة بالنصف فاخرج ثمرا كثيرا وبلغ فان زاد العامل رب الارض السدس جاز وان زاد رب الارض العامل لم يجز وذلك لان العامل هاهنا اجير فما يبذله من الزيادة حط فيجوز مع انقضاء العقد وما يبذله رب الارض زيادة له في الاجر ولا يجوز مع انقضاء العقد ۞ قال ولو لم يستحصد الزرع في المزارعة حتى زاد احدهما الاخر السدس ايهما كان فجائز وكذلك لو زاد احدهما الاخر في المعاملة بعد ما صار الثمر بسرا او لم يتناه عظمه وذلك لان العقد لم ينقض بدلالة ان ابتداء المزارعة والمساقاة في هذه الحال جائزة فالزيادة مع بقاء المعقود عليه والحط جائزان ولو كان البسر قد تناهى عظما ولم يصر رطبا جاز ان يزاد رب الارض ولم تجز الزيادة للعامل لان العقد قد انتهى بدلالة انه لا يجوز ابتداء المعاملة فيه فجاز الحط ولم تجز الزيادة ۞

تم كتاب المزارعة ولله الحمد والمنة والصلوة على نبيه محمد وآله

يتلوه كتاب الاكراه

كتاب الإكراه

قال رحمه الله الإكراه معنى يفعله الإنسان بغيره فينتفي به الرضا وهو مما يغير الأحكام تارة ولا يغيرها أخرى وقد اعتبره أصحابنا في العقود بالهزل فقالوا ما أثر فيه الهزل أثر فيه الإكراه وما لم يؤثر فيه الهزل لم يؤثر فيه الإكراه كالنكاح والطلاق ومنهم من جعله كشرط الخيار فما أثر فيه شرط الخيار أثر فيه الإكراه إلا أن الخيار يمنع الرضا كالإكراه المانع من الرضا ويعتبر في الإكراه صفة المكره والمكره والمعنى الذي يهدده به والمعنى الذي أكرهه عليه فأما صفة المكره أن يكون قادرا على إيقاع ما توعده به ولهذا يستوي إكراه السلطان وغيره لأن كل واحد منهما قد يقدر على فعل ما توعده به وأما صفة المكره فأن يغلب على ظنه أن المكره يوقع ما توعده به فإن غلب على ظنه كان متخيرا وإن غلب على ظنه أنه لا يفعل لم يكن مكرها وأما صفة ما يتوعد بإيقاعه فتارة يتوعد بالقتل أو بإتلاف عضو من الأعضاء أو بالضرب العظيم أو بالقتل أو بالحبس أو القيد وذلك يختلف بحسب ما أكرهه عليه وأما صفات ما أكرهه على إيقاعه فتارة يكون مما منع منه لحق الله تعالى وتارة لحق المكره وتارة لحق آدمي آخر والكلام في تفصيل ذلك في المسائل.

قال وإذا أكره الرجل على فعل شيء لا يحل له ذلك في دينه من شرب خمر أو أكل ميتة أو خنزير بقتل أو بتلف عضو من أعضائه أو كان على ذلك أكبر رأيه فإنه يسعه فعل ذلك وسواء كان العضو من أعضائه قطع عضوا أو إصبع أو غير ذلك فهذا سواء لأن الله تعالى أباح الخمر والخنزير والميتة عند الضرورة بقوله إلا ما اضطررتم إليه فإذا أكره بالقتل أو بإتلاف عضو فقد اضطر إلى ذلك فصار كالجائع الذي يخاف التلف فيجوز له الإقدام على هذه المحرمات لأنها إنما حرمت بالسمع فلم يحرمها السمع إلا مع الاختيار فأما مع الضرورة فقد أبيحت فلذلك جاز تناولها. قال ولو أن أكره بضرب يخاف منه على نفسه أو ذهاب عضو من أعضائه كان الضرب قدر الحد أو أكثر أو أقل بعد أن يخاف ما ذكرنا أو يكون على ذلك أكبر رأيه وذلك لأنه إذا خاف من الضرب التلف أو إتلاف عضو فقد صار مضطرا فلا معنى لاعتبار مقدار الضرب ومن الفقهاء من قال إن توعد بقدر الحد فما زاد كان مكرها وإن توعد بأقل من الحد لم يحل له شرب الخمر وأكل الميتة لأن ذلك يستوفى في التعزير فصار كالحبس والاستخفاف وهذا ليس بصحيح لأنه إذا خاف منه على نفسه أو على أعضائه فهو كالضرب الكثير وإن جاز أن يوفى مقدار الحد في التعزير لأن الإمام لا يعزر إذا خاف التلف وما لا يخاف منه التلف على النفس ولا على عضو من الأعضاء ليس بإكراه على شرب الخمر وأكل الميتة. قال فإن خوفه بضربه سوطا أو سوطين فلا يسعه عندي أن يفعل شيئا من ذلك ولو قالوا له لنحبسنك في السجن سنة أو لنقيدنك أبدا أو لا نخرجنك من السجن حتى تفعل ذلك لم يسغ له أن يفعل هذا لأنه لا يخاف من هذا تلف نفس ولا غيره ذلك لأن ضرب السوط والسوطين والحبس ليس فيه خوف تلف على نفس ولا عضو من الأعضاء فلا يبيح له ذلك شرب الخمر ألا ترى أن الفساق إنما يشربون الخمر لصرف الهم عنهم فلا يجوز أن يستباح بذلك. قال فإن قالوا لنجوعنك أو لتفعلن واحدا مما ذكرنا لم يسع له أن يفعل حتى يجيء من الجوع أمر يخاف منه التلف قال محمد وإنما يقاس الإكراه في ذلك بالضرورة في هذه الأشياء وهذا على وجهين إن كان يعلم أنه إذا امتنع من الشرب حتى يأتي من الجوع ما يخاف منه التلف ثم يريد أن يشربها لم يجز له أن يتعجلها لأن الضرورة لم تحصل وإن كان يغلب في ظنه أنه إن امتنع من شربها ثم جاع فاستدعى منهم شربها لم يمكنوه من الطعام جاز له أن يشربها في هذه الحال لأن الخوف موجود. قال محمد وكل شيء جاز له فيه شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير في الإكراه فكذلك يجوز له عندنا الكفر بالله تعالى إذا أكره وقلبه مطمئن بالإيمان وذلك لأن الكفر لا يعلم تحريمه بالشرع خاصة وإنما يعلم بالعقل فهو آكد في التحريم من الميتة والخمر ولهذا لا تبيحه الضرورة وإنما تبيح إظهاره مع التورية فإذا كان ما أبيح بالعقل وحرم بالشرع لا يستباح إلا عند الخوف على النفس أو على عضو من الأعضاء فالمحظور بالعقل أولى والأصل في جواز إظهار كلمة الكفر عند الإكراه ما روي أن المشركين أخذوا عمار بن ياسر وهددوه حتى قال في آلهتهم خيرا أو قال في رسول الله صلى الله عليه وسلم شرا فلما جاء إلى النبي عليه السلام قال له ما وراءك قال شر أكرهوني حتى قلت في آلهتهم خيرا أو قلت فيك شرا فقال كيف وجدت قلبك فقال مطمئنا بالإيمان فقال إن عادوا فعد وروي في ذلك أنزل الله تعالى إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان أنها نزلت في عمار بن ياسر ولكن من شرح بالكفر صدرا في عبد الله بن أبي سرح. قال محمد ولو تهدد بالقتل أو بقطع يد أو بضرب يخاف منه التلف حتى يشرب الخمر أو يأكل الخنزير أو الميتة فلم يفعل ذلك حتى قتل أو يفعل به ذلك خفت أن يكون آثما لأن الله تعالى يقول فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه وهذا مضطر وهذا صحيح لأن تحريم الميتة والخمر معلوم بالشرع ولم يحرمها الشرع في حال الضرورة فصار في هذه الحال كالطعام المباح ومن وجد طعاما مباحا فامتنع من أكله حتى مات كان آثما فكذلك هذا. قال ولو أن رجلا أكره بتهدد قتل أو قطع أو ضرب يخاف منه تلفا حتى يفتري على رجل مسلم ففعل رجوت أن يكون في سعة لأن هذا ليس بفعل يتعلق به وذلك لأن الإكراه قد أباح إظهار الكفر وهو يتضمن شتم الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم فلأن يبيح شتم المسلم أولى. قال ولو أكره على الكفر بالله أو شتم محمد صلى الله عليه وسلم أو قذف مسلم فلم يفعل حتى قتل كان إن شاء الله مأجورا وكان ذلك أفضل من إقدامه عليه وإن كان ذلك واسعا وذلك لما روي أن المشركين أخذوا خبيب بن عدي فباعوه من أهل مكة فقالوا له لنقتلنك أو لتذكرن آلهتنا بخير ولتشتمن محمدا فكان يشتم آلهتهم ويذكر محمدا بخير حتى قتلوه فقال النبي عليه السلام هو رفيقي في الجنة ولأن الكفر لم يبح بحال وإنما أبيح إظهار الكفر من غير اعتقاد فإذا صبر ولم يظهر الكفر فقد قصد بذلك إعزاز الدين فهو أولى من الإظهار وكذلك شتم المسلمين من مظالم العباد وذلك غير مباح بحال وتحريمه معلوم بالعقل فهو كالكفر والصبر فيه أولى من الإقدام عليه. قال ولو أن اللصوص أو غيرهم قالوا للرجل لنفعلن بك كذا مما يكون إكراها والرجل المتهدد يرى أنهم لا يقدمون على ذلك ولا يفعلون لم يجز أن يفعل ما يكرهونه عليه وهذا على ما قدمنا أن المعتبر دفع الضرر عن نفسه فإذا غلب على ظنه أنهم لا يفعلون ما تهدد به لم يحصل هناك ضرورة فلم يجز له أن يقدم على الفعل المحرم.

باب الإكراه في الأموال

قال وإذا أكره الرجل بما ذكرت لك أنه إكراه في شرب الخمر أو أكل الميتة على أن يقر بمال لرجل فأقر فإن الإقرار باطل لا يلزمه شيء مما أقر به وذلك لأن الإقرار مما يختلف بالجد والهزل ألا ترى أن من أقر بشيء ثم اتفق المقر والمقر له أنهما كانا هازلين لم يلزمه الإقرار فالإكراه ينافي القصد كما ينفيه الهزل ولا يقال إن الإكراه عندكم يجري مجرى شرط الخيار ولو شرط الخيار في الإقرار لم يصح فكذلك الإكراه لا يؤثر فيه وذلك لأن الخيار يصح دخوله في الإقرار ألا ترى أنه إذا اشترط الخيار في البيع فقد لزمه وله فيه الخيار وإنما لا يقبل إذا أطلق الإقرار لأنه لا يصدق على إثبات الخيار فيه. قال وكذلك لو قال لنحبسنك حتى تقر أو لنقيدنك حتى تقر فالإقرار باطل وذلك لأن الحبس والقيد ينفيان الرضا ومن شرط صحة الإقرار وجود الرضا وذكر عن شريح أنه قال القيد كره والوعيد كره والضرب كره والسجن كره وعن عمر بن الخطاب أنه قال ليس الرجل بأمين على نفسه إذا ضربت أو أوثقت أو جوعت. قال محمد ولو كانوا قالوا لنضربنك سوطا أو لنحبسنك يوما أو لنقيدنك يوما أو لتقرن بألف درهم وهو لا يخاف أكثر من ذلك فأقر به كان الإقرار جائزا وليس هذا بإكراه هذا كقولهم لنطوقن لك طوقه أو لنشتمنك. قال محمد وليس في هذا وقت ولكنه ما يجيء منه الاغتمام البين بالحبس والتقييد وأشباه تعرف من هذا الحد الذي لا يزاد عليه ولا ينقص عنه وذلك على ما يراه الحاكم إذا رفع ذلك إليه وجملة هذا أن الإقرار ينفيه عدم الرضا فكل شيء توعد به مما يخاف منه الضرر البين فهو ينفي الرضا وما كان الضرر فيه أقل من الضرر في التزام المال المقر به فإنه لا ينفي الرضا وإنما لم يحده لأنه يختلف باختلاف الناس وقد كان أصحابنا يقولون بأن السوط الواحد والقيد في اليوم الواحد إكراه في حق بعض الناس وليس بإكراه في حق بعضهم لأن من الناس من لا يستضر بذلك ومنهم من يقدح ذلك في مروءته فيستضر بمثله فلذلك فوضه محمد إلى اجتهاد الحاكم. قال ولو أن رجلا أكرهه لص غالب فقال لأقتلنك أو لأحبسنك في السجن أو لأقيدنك أو لتقرن لهذا الرجل بألف فأقر له بخمسمائة فالإقرار باطل وذلك لأنه مكره على الألف وعلى أبعاضها فإذا أقر بما دخل تحت الإكراه لم ينفذ إقراره. قال فإن أكرهوه على أن يقر له بألف فأقر له بألفين لزمه ألف درهم وأبطلت عنه ألفا وذلك لأن الألف مكره عليها والألف الأخرى لم يكرهوه عليها فقد ابتدأ الإقرار بها من غير إكراه فيلزمه ذلك فإن قيل فهلا قلتم إنه يلزمه الألفان لأن عند أبي حنيفة أن الشاهدين إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل شهادتهما على الألف لأن كل واحد منهما تشهد بغير ما شهد به الآخر كذلك في مسألتنا أكره على ألف فأقر بألفين وذلك غير ما أكره عليه فيلزمه الجميع قيل له المعتبر في الشهادة عند أبي حنيفة اتفاق الشهود في اللفظ والألف غير الألفين في اللفظ فأما الإكراه فالمعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ لأن غرض المكره أن يتخلص بإقراره من الإكراه ويفعل ما أراد المكره وقد اتفقا في الألف في المعنى وإن اختلفا في اللفظ. قال وإن أقر بمائة دينار فالإقرار جائز وكذلك إن أقر بصنف غير ما أكرهوه عليه لأن الدنانير غير الدراهم فقد ابتدأ الإقرار بغير ما أكره عليه فلزمه ومن أصحابنا من قال إنما لزمته لأن مائة دينار من الألف في العادة فلما خالف في الجنس والعدد لزمه. قال فإن أكرهوه أن يقر له بألف فقال له ولفلان الغائب علي ألف الإكراه كله باطل في قياس قول أبي حنيفة صدق الغائب بالشركة أو كذب وأما في قول محمد فإن صدق الغائب بالشركة بطل الإقرار وإن كذب جاز الإقرار للغائب بالنصف وبطل للحاضر أما إذا صدق الغائب بالشركة فإقرار المقر للحاضر باطل لأجل الإكراه فلو صح للغائب ثبتت مشاركة الحاضر له فاحتجنا إلى إبطال نصف ذلك لم يثبت له المشاركة بالنصف فيبطل نصفه ثم كل جزء يثبت فيه حق المشاركة يبطل نصفه وأما إذا كذب الغائب بالشركة فالإقرار باطل في قول أبي حنيفة لأنه دفع ما يتعلق المشاركة المكره عليه والإقرار الفاسد من جهة المقر له وإنما يصح من جهة فلو صححناه في مسألتنا لصححناه بتكذيب الغائب وهو لا يملك تصحيح الإقرار ولأن المقر أقر بمال مشترك فلو أثبتنا للغائب الألف من غير شركة لأثبت الإقرار على غير الوجه الذي أقر به المقر وهذا لا يصح ووجه قولهما أن الإقرار للغائب حصل بغير إكراه وإنما بطل بالشركة وإذا جحد الغائب الشركة الحاضر بقي الإقرار في حقه وليس فيه معنى يفسده فصح وهذا الاختلاف فرع على اختلافهم في المريض إذا أقر لوارثه ولأجنبي فقال قال أبو حنيفة يبطل الإقرار صدق الأجنبي بالشركة أو كذب وقال أبو يوسف ومحمد إن صدق بالشركة

باب الإكراه على العتق والطلاق والنكاح وغير ذلك

قال ولو أن رجلا أكره بوعيد بقتل أو تلف عضو على عتق عبده أو على طلاق امرأته أو على
تزوج امرأة أو على عقد من عقود ممن وجب له فذلك كله جائز عليه وقال الشافعي لا يجوز لنا ما روي أن النبي عليه السلام
قال لا قيلولة في الطلاق وقال ثلث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق واليمين وروي الطلاق والنكاح واليمين
فإذا استوى فيه الجد والهزل فكذلك الإكراه ولأنه قاصد إلى الإيقاع وإلى العقد غير راض بأحكامه فصار كشرط الخيار
وكالهزل ه قال ثم إن أكره على عتق عبده فللمولى أن يرجع بقيمة العبد على المكره موسرا كان أو معسرا والولاء لمولى
المعتق وهذه المسئلة تتضمن أحكاما أولها نفوذ العتق وقد بيناه والثاني وجوب الضمان على المكره لأنه أتلف مال الغير
على طريق التعدي فيلزمه ضمانه ولأن فعل المكره ينقل إلى المكره فيما يصح أن يفعله الإنسان لغيره فصار المكره هو
المتلف والثالث استوى اليسار والإعسار لأن المكره في حكم المباشر للإتلاف وضمان المباشر يستوي فيه اليسار
والإعسار وإنما يفترق في العتق اليسار والإعسار في ضمان السراية والرابع أن العبد لا سعاية عليه لأن العتق
وقع من جهة المولى ولا حق لأحد في ملكه مع قيام الملك فصار كالمختار للعتق وليس هذا كعبد الرهن إذا أعتقه
الراهن وهو معسر لأن تعلق حق الغير بالملك هو الذي أوجب السعاية وليس هذا كالمحجور عليه إذا أعتق أن
السعاية واجبة عند أبي يوسف ومحمد لأن الحجر أوجب نقصان تصرفه ونقصان ملكه والخامس ثبوت الولاء
للمولى لأن العتق صح من جهته وقال عليه السلام الولاء لمن أعتق ه والسادس أن المكره لا يرجع على العبد بالضمان وذلك
لأن الملك في رقبة العبد لا ينتقل إليه ولا يجوز أن يرجع بالسعاية ولأن الضمين في الغنى إنما يرجع على العبد لأنه
قام مقام المولى فيما كان له من السعاية والمولى في مسئلتنا لم يكن له حق في السعاية فلا يثبت لمن قام مقامه
قال ولو كان عبد بين رجلين أكره أحدهما بوعيد بقتل أو قطع أو ضرب يخاف منه تلفا حتى أعتقه كان حرا كله في قول أبي يوسف
ومحمد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تتضمن أحكاما منها نفوذ العتق وقد بيناه ومنها أن الشريك المعتق لا ضمان عليه
لشريكه لأن فعله انتقل إلى المكره فكأنه الفاعل له والعتق إذا وقع في نصيب أحد الشريكين لغير فعله لم يلزمه
ضمان كما لو ورث أحدهما والثالث وجوب الضمان على المكره للمعتق في نصيبه موسرا كان أو معسرا لأنه باشر الإتلاف
على ما قدمناه والرابع عليه ضمانه لنصيب الذي لم يعتق فإن كان المكره موسرا فالشريك الذي لم يعتق عند
أبي حنيفة بالخيارات إن شاء ضمن المكره وإن شاء أعتق وإن شاء استسعى وصار المكره كأحد الشريكين إذا
أعتق نصيبه وإن كان المكره معسرا فلا ضمان عليه وللشريك خياران إما أن يعتق أو يستسعي وإنما اختلف الضمان
في هذا النصف باليسار والإعسار لأنه ليس بمباشر للإتلاف وإنما يضمن بالسراية فهو كعبد أحد الشريكين
فإن كان الشريك قد اختار تضمين المكره فالولاء بين المكره والمكره لأن نصيب الشريك بالضمان انتقل إلى المكره
فعتق على ملكه وإن اختار العتاق أو السعاية فالولاء بين الشريكين نصفين فأما على قول أبي يوسف ومحمد فإن كان
المكره موسرا فليس للشريك إلا الضمان وإن كان معسرا فليس له إلا السعاية على أصلهما أن العتق لا يتبعض
[illegible] بهذا الفصل إذا [illegible] أن يستسعي العبد [illegible] فقد كان له أن يستسعي فكذلك
على المكره ه قال وإذا أكره على الطلاق قبل الدخول فعليه نصف الصداق الذي سمى ويرجع الزوج
بما غرم من ذلك على المكره [illegible] ويرجع الزوج على المكره بذلك
من جهة المرأة سقط المهر [illegible] ألا ترى أن الفرقة لو كانت بسبب
[illegible]
من ماله فإن لقيه قال وإن كان الزوج قد دخل بها فلها المهر كاملا ولا ضمان على المكره للزوج وذلك لأن المهر
استقر بالتسليم الأول ولو أسلم المسمى الزوج لم يجز أن يرجع بمثله على غيره ولأن المكره لم يتلف على المكره ضمانا
لم يلزمه لأن المهر قد استقر بالتسليم فلم يبق إلا إخراج البضع من ملك الزوج وذلك لا قيمة له فلا يضمن ه
قال أكرهه فتزوجها فتزوجها بألف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف زوجها أو أولياؤها وهم مكرهون فالنكاح جائز
ولا ضمان على المكره ويقول القاضي للزوج أنت بالخيار إن شئت فأتمم لها مهر مثلها ويكون امرأتك إن كان
الزوج كفوا لها وإن أبى فرق بينهما ولا شيء لها وإن رضي كانت امرأته بمهر مثلها وهذه المسئلة تتضمن أحكاما
منها انعقاد النكاح وقد قدمناه ومنها أن المكره لا ضمان عليه لأنه أخرج من ملكها منفعة البضع وهي لا تتقوم
إلا بعقد أو شبهة عقد والثالث أن الزوج إن لم يكن كفوا فالمرأة بالخيار في وجهين أحدهما تقول للزوج أتمم
لها مهر مثلها وإلا فرقنا بينكما والثاني الخيار لعدم كفاءة فإنما ثبت الخيار لوجهين لأن المال يختلف فيه الجد والهزل
ولا تصح التسمية مع الإكراه فيجب مهر المثل فأما الكفاءة فلم ترض المرأة بالعقد فكان المولى زوجها طائعا بغير
كفو فثبت لها الخيار وللأولياء الخيار أيضا من هذين الوجهين لأن عند أبي حنيفة لهم أن يعترضوا لعدم الكفاءة
ولنقصان المهر فأما على قولهما فلهم الاعتراض لعدم الكفاءة وليس لهم الاعتراض لنقصان المهر فإن لم يتم الزوج
لها المهر ففرق بينهما فلا شيء عليه لأن الفرقة جاءت من قبل الدخول من جهة المرأة ه قال فإن دخل بها غير مكره
فهذا رضا منه بالنكاح وذلك لأن تمكينها له من نفسها إجازة للعقد فتصير كقولها رضيت ويسقط الخيار إلا أن
الثابت لها ويبقى الخيار للأولياء قال ولو أن رجلا أكرهه أهل الشرك من العدو على أن يكفر بالله تعالى وله امرأة

يبطل الإقرار وإن كذب لم يبطل ه قال ولو أكرهه على أن يهب جاريته هذه لفلان أو أن يهب العبد هذا
لفلان ويدفعه إليه أو لم يذكر دفعا فدفعه إلى فلان فالهبة باطلة وكذلك لو أكرهه على البيع والدفع
وذلك لأن البيع والهبة مما يختلف فيه الجد والهزل كذلك يؤثر فيه الإكراه ولأن شرط الخيار يؤثر
فيه والإكراه ينفي الرضا كشرط الخيار وفرق بين الهبة والبيع في مسألة الهبة إذا أكرهه على الهبة ولم يكرهه
على الدفع فوهب وأقبض جاز البيع والفرق بينهما أن مقصود المكره أن يكرهه على ما يتعلق به الاستحقاق وعقد
الهبة لا يتعلق الاستحقاق به فصار الإكراه عليه إكراها على القبض الذي لا يتم إلا به ومن أكره على أن يهب
ويقبض ففعل لم تصح هبته وليس كذلك البيع لأن الاستحقاق يتعلق به فيحصل بالعقد غرض المكره ولا يحتاج
إلى القبض فلما أقبض البائع وهو غير مكره على الإقباض صار ذلك إجازة البيع ومن أكره على البيع فأجازه بعد
الإكراه وفعل فعلا يدل على الإجازة جاز بيعه وكذلك هذا قال ولو أكرهه على هبة جاريته لعبد الله
فوهبها لعبد الله وزيد وقبضاها جميعا بأمره جازت حصة زيد وبطلت حصة عبد الله لأنه لما أكرهه على
هبتها لعبد الله فقد أكرهه على هبة كل جزء منها فالهبة في النصف قد تناولها الإكراه والهبة لزيد لم يتناولها
الإكراه فصحت وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة ه قال ولو أكرهه على هبة ألف لعبد الله فوهبه جملة
لعبد الله ولزيد ودفعه إليهما بطلت الهبة كلها في قول أبي حنيفة وقال محمد الهبة أيضا لا تجوز لعبد الله ولا لزيد
أما أبو حنيفة فعنده أن هبة الواحد لاثنين في غير إكراه باطلة فمع الإكراه أولى ولأن الهبة لعبد الله لا تصح
لأجل الإكراه فتبقى الهبة لزيد في مشاع يحتمل القسمة فيبطل وأما على قولهما فهبة الواحد من اثنين جائزة
لأنها صفقة واحدة فإذا أثر ما على أحدهما بطلت الهبة في حقه وهي في حق الآخر مشاعا فلم تصح وليس
هذا كما قال محمد في المريض إذا وهب ما لا يخرج من ثلثه ثم مات فلم تجز الورثة لأن هناك وقعت الهبة
في الأصل جائزة في الجميع ثم بطلت في بعضها لمعنى طارئ والإشاعة في حال البقاء لا تمنع الهبة ه قال
وكذلك الإكراه على البيع والشراء والصدقة فإن الإكراه يبطل في ذلك كله وكذلك كل ما كان نقض تمليك
يلحقه فسخ وذلك لأنه لا يختلف الجد والهزل والإكراه في حكم الهزل ه قال ولو أكرهه على بيع جاريته من هذا الرجل بألف
وقيمتها عشرة آلاف فباعها منه بأقل من ألف كان القياس في هذا أن البيع جائز والاستحسان أن البيع باطل وجه القياس
أنه لما عدل عن الثمن الذي سموه له وسمى غيره دل على أنه اختار ذلك فتنفذ عليه كما لو باعها بألفين وجه الاستحسان أن غرض
المكره بالإكراه إيصال المنفعة إلى المشتري وغرض المكره أن يفعل ما وافق المكره ليتخلص من وعيده وهو إذا نقص مما
ذكر له من الثمن أقرب إلى حصول غرضه فعلم أن ذلك مما تناوله الإكراه فلم ينفذ وأما إذا باعه بألفين فذلك غير الثمن
الذي سماه المكره ولا هو مما يوافق غرضه لأنه اختار الزيادة فصار ذلك بيعا مبتدأ لم يتناوله الإكراه فينفذ
قال ولو أكرهه على بيع فوهب جاز ذلك لأن الهبة عقد مخالف للبيع والإكراه لم يتناوله فنفذ عليه ه قال
ولو أكرهه على بيع جاريته ولم يسموا له أحدا فباعها من إنسان كان البيع باطلا لأن الإكراه إنما تناول العقد وقد وقع بحسب
مقتضى الإكراه فلم ينفذ ه قال ولو أكرهه [illegible] على أداء مال [illegible]
وذلك المال أصله باطل فالبيع جائز وذلك لأن الإكراه تناول المال ولم يتناول البيع وإنما هو المختار [illegible]
[illegible]
منه [illegible] دنانير كان القياس في هذا أن البيع جائز والاستحسان أن البيع باطل وجه القياس أنه لما عدل
عن الجنس الذي سموه وعدل إلى غيره دل على أنه قصد البيع [illegible] بعوض أو
مكيل وجه الاستحسان أن الدراهم والدنانير في البياعات قد أجريت مجرى الجنس الواحد ألا ترى أنهما أثمان
الأشياء فصار القصد من أحدهما كالقصد من الآخر فالإكراه على أحدهما كالإكراه على الآخر وليس كذلك العروض
والمكيلات لأنها لم تجر مع الدراهم الجنس الواحد فبقيت على أصل القياس فإن قيل أليس قد قال في أصل
هذا الباب أنهم إذا أكرهوه على الإقرار بألف درهم وأقر بمائة دينار جاز الإقرار فالجواب أن من أصحابنا
من قال إن المكره إذا أقر بدنانير قيمتها ألف أو أقل لم يجز الإقرار وإنما جاز الإقرار لأن المائة دينار قيمتها
في الغالب أكثر من ألف فما عدل عن الجنس والقدر لم يكن مكرها ومن أصحابنا من حمل المسئلة على ظاهرها وقال
إن الدراهم والدنانير في البياعات أجريا مجرى الجنس الواحد استحسانا ولم يوجد ذلك في الإقرار فبقي على
أصل القياس وهذه المسئلة نظيرها ما قالوا فيمن باع شيئا بدراهم نسيئة ثم اشتراه بدنانير أقل من تلك
الدراهم أنه لا يجوز فأجروها مجرى الجنس الواحد قال ولو أن رجلا له على رجل حق من مال أو كفالة
بنفس أو غير ذلك فأكره بوعيد بقتل أو حبس حتى أبرأ منه الذي عليه الحق كانت البراءة باطلة وكذلك لو وجبت
له شفعة فلما علم بها أن يتكلم بطلبها فأكره حتى سكت ولم يترك ينطق يوما أو أكثر من ذلك لم يبطل شفعته
وكذلك لو أكرهوه على تسليمها بعد ما طلبها كان تسليمه باطلا وكان على شفعته إن زال عنه الإكراه
فإن طلب عند ذلك وإلا بطلت شفعته لأن البراءة من الدين إسقاط وإسقاط الكفالة والشفعة يختلف
فيه الجد والهزل فلا يصح مع الإكراه وكذلك السكوت عن طلب الشفعة لا يبطل الشفعة لأن
السكوت إنما يبطل لدلالته على الرضا بإسقاط الحق فإذا كان بإكراه لم يدل على الرضا ه

ولد امرأته حرة مسلمة فيفعل ثم خلى سبيله فاتاها فقالت انك قد كفرت بالله وقد بانت منك فقال الرجل انما اظهرت
ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله مع يمينه على ما ادعاه وهذا استحسان والقياس ان تفرق بينهما ووجه
القياس ان كلمة الكفر سبب لوقوع الفرقة كلفظ الطلاق فكما يستوي لفظ الطلاق للطايع والمكره فكذلك
يستوي في الردة وانما استحسنوا لان كلمة الكفر ليست بفرقة وانما تقع الفرقة بحصول الكفر ووجود الاكراه
يمنع من الحكم بكفره فلم تجب ايقاع الفرقة بحكم الكفر والمكفر لم يثبت ٥

باب الاكراه على الاقرار بالحدود

قال ولو ان رجلا اكرهه سلطان بضرب او تهدد بقتل او حبس او قيد حتى يقر على نفسه بحد او قصاص او بغيره كان هذا الاقرار
باطلا لا يوجد منه شيء وذلك لان الاقرار يحتمل الصدق والكذب وانما يحمل على الصدق بحسن الظن بالمقر فاذا كان مكرها زال
حسن الظن به فبقي الاحتمال فلم يجز التزامه بما اقر به ولان الحدود تسقط بالشبهة واذا اكرهه على الاقرار فشبهة
قال فان اكرهه حتى يقر ثم خلى سبيله ثم اخذه بعد ذلك فجيء به فاقر بما كان قد تهدد عليه بغير اكراه ازاء اقرار
اخذ بذلك وذلك لان المكره اذا خلى وزال يد المكره عنه حتى صار لا يقدر عليه فقد انقطع حكم التهديد الاول فاذا
عاد اليه او اخذ فاقر وقد امن تجدد الاكراه فيلزمه ما اقر به وليس كذلك لو قال له ان كنت لا اخذك
باقرارك فان شئت فاقرر او سكت فلا نتعرض فاقر وهو في يده على حالة لم يجز الاقرار لان اليد ما دامت باقية
عليه فحكم الوعيد لم يسقط عنه فهو وان قال له ان شئت فاقر وان شئت فلا صار باقيا على حكم الاكراه الاول
فلا ينعقد اقراره قال فان خلى سبيله فلم يتوار عن عين المكره حتى بعث من اخذه ورده اليه واقر بالذي اقر به
اولا مرة من غير اكراه ولا تهدد فان هذا ليس بشيء وذلك لان اليد باقية ما لم يغب عن عينه فتزول يده عنه فاذا
اقر مع بقاء حكم يده فالاكراه بحاله ٥ قال ولو كان حين اقر به اذا قام عليه الذي اقر به وذلك فان كان
المقر معروفا بما اقر به من ذلك الا انه لا يسمه به فان القياس في هذا ان نقتص مما يقتص من مثله وما لا
يستطاع فيه القصاص ففيه الارش في ماله ولكنا نستحسن ونجعل عليه الارش في الجميع وندرا عنه القصاص
وان كان المكره لا يعرف بشيء مما اقر به اخذ فيه بالقياس فيما يستطاع فيه القصاص وذلك لان الاقرار مع
الاكراه لا يتعلق به الحكم فصار الحاكم كالمبتدي لاقامة الحد من غير بينة ولا اقرار وانما استحسنوا اذا
كان المقر معروفا بما اقر لان ذلك شبهة في قتله والقصاص يسقط بالشبهة والارش لا يسقط فاما اذا كان
غير متهم فلا شبهة فيؤخذ فيه بالقياس وهذا كما قالوا في رجل دخل دار رجل فقتله صاحب الدار وقال انه
داعر دخل علي ليأخذ مالي او ليقتلني فدفعته او قتلته فان كان المقتول معروفا بالدعارة فلا قصاص على صاحب
الدار لان الظاهر من اهل الدعارة انهم يدخلون المنازل للفساد فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص ووجب
الارش وان كان المقتول لا يعرف بالدعارة اقتص من صاحب الدار لانه قتله وزعم انه وجد منه ما اباح القتل
فلا يقبل قوله وقد روى الحسن عن ابي حنيفة ان المقتول اذا كان معروفا بالدعارة فلا قصاص ولا ارش ٥

باب الرجل يكره على ما يجعل لله على نفسه

قال ولو ان لصا غالبا اكره رجلا حتى جعل على نفسه صدقة لله تعالى او حجا او عمرة او غزوة في سبيل الله او بدنة او
شيئا مما يتقرب به الى الله تعالى فتهدد بقتل او تلف او غير ذلك حتى اوجب ذلك على نفسه فهو واجب لانه
بمنزلة الطلاق والعتاق وكذلك اذا اكره على ان يجعل على نفسه المشي الى بيت الله او حلف بذلك على شيء
يقدر ان يفعله او لا يقدر او اكرهه على يمين معصية او طاعة ثم حنث في يمينه وجب عليه جميع ما اوجب على
نفسه لان النذر واليمين مما يستوي جدها وهزلها فلا يختلف بالاكراه والطوع وقد دل على ذلك قوله
صلى الله عليه ثلث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح واليمين ولما قدمنا من حديث حذيفة ان المشركين
استحلفوه ان لا يعين رسول الله فقال عليه السلم نفي لهم بعهدهم ونستعين عليهم بالله والنذر من جنس اليمين لقوله
عليه السلم النذر يمين وكفارته كفارة يمين فلا يختلف بالاكراه وغيره ٥ ومحمد قال ان المكره لا يرجع على المكره بما
لزمه من ذلك لانه اوجب عليه حقا فيما بينه وبين الله تعالى لا يأخذه به الحاكم ولا يحبسه فيه ولو اثبتنا له
الرجوع اخذه به الحاكم وحبسه فيه وذلك اثبات الرجوع باكثر مما اوجبه المكره فلا يصح قال ولو اكره على
ظهار من امرأته كان مظاهرا لا يقربها حتى يكفر لان الظهار يستوي جده وهزله كالطلاق ولانه موجب
للتحريم كالطلاق ٥ قال فان اجبره على ان يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي اكرهه لما قدمنا ان الكفارة معنى
يلزمه فيما بينه وبين الله ولو رجع بها لثبت رجوعه باكثر مما الزمه المكره وهذا لا يصح ٥ وقد قالوا انه لو اكرهه
على ان يعتق عبدا بعينه عن ظهاره فاعتقه لم يرجع عليه بشيء اذا كان قيمة العبد قيمة وسطا وان كانت
قيمة العبد كثيرة لا يعتق مثلها فالمكره ضامن لانه اتلف عليه وذلك حين الزمه تعيين العتق فيه ولم يكن لازما
له ولا يجزي الرقبة عن الكفارة لان وجوب الضمان بالعتق يمنع الجواز عن التكفير ٥

باب الرجل يكره على الاقرار بشيء ماض

قال ابو الحسن كل شيء اخبرتك انه يلزم المكره معقدا بانه على الاكراه فانه اذا اكره على ان يقر انه قد فعله
امس او يوم كذا فذلك باطل عندنا فان كان اوظهارا او طلاقا او نذرا او حلفا فالمقر بعتقه على ما وصفته كما كان
وكذلك المقر بطلاق فهذا وجهه وكذلك لو اكره على ان يقر بسبب لم يلزمه لان الاقرار اخبار عن ماض والخبر
يحتمل الصدق والكذب فاذا كان معه الاكراه فالظاهر منه حمله على الصدق فلم يلزمه ولا يقال ان من مذهب
ابي حنيفة انه من قال لعبده ومثله لا يولد لمثله هذا ابني عتق وان علمنا انه كذب في اخباره وذلك لان الاقرار
بالنسب ايقاع حرية وذلك لا يحتمل الصدق والكذب فلذلك اوقع العتق ٥ قال ولو ان نصرانيا اكره على
الاسلام حتى اسلم كان مسلما فان رجع الى النصرانية لم يترك واجبر على الاسلام فان ابى ان يسلم لم يقتل
وحبس لها وقوع الاسلام مع الاكراه فلقوله تعالى وله اسلم من في السموات والارض طوعا وكرها وقال عليه السلم
امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وهذا اكراه على الاسلام ولان النبي عليه السلم قبل ظاهر الاسلام
من المنافقين الذين اسلموا خوفا وابطنوا الكفر وهذا انما يكون مسلما في الظاهر فاما فيما بينه وبين الله تعالى
اذا لم يعتقد فليس بمسلم ٥ فاما اذا رجع عن الاسلام لا يقتل لان فعل المكره ينتقل الى المكره فيصير كمن اسلم
باسلام غيره وقد قالوا في الكافر اذا اسلم وله اولاد صغار حكم باسلامهم فان بلغوا كفارا اجبروا على الاسلام
ولم يقتلوا لانهم لم يسلموا بانفسهم كذلك هذا ٥ قال ولو لم يكره على الاسلام ولكن اكره على ان يقر انه
اسلم امس فاقر لم يحكم باسلامه لما بينا ان الاقرار مع الاكراه لا يتعلق به حكم وان كان المكره عليه لا
يوثر الاكراه فيه ٥

باب الاكراه على الزنا والقطع وقد اذن ذلك المفعول به ٥

قال محمد كان ابو حنيفة يقول لو ان سلطانا او غيره اكره رجلا حتى زنا كان عليه الحد لانه لا ينتشر
الا بلذة وان اكرهوا امرأة لم يكن عليها الحد ثم رجع ابو حنيفة بعد ذلك فقال اذا اكره الرجل سلطان على ذلك فلا حد عليه
وان اكرهه غير السلطان كان عليه الحد واذا درئ الحد وجب المهر واذا وجب الحد بطل المهر وقال محمد اذا اكره الرجل
غير السلطان فهو الى ذلك بمنزلة السلطان لصوص اخذوه او في منزله لا يقدر فيه على منعهم فقالوا له لنقتلنك
او لنقطعن منك عضوا او لتزني بهذه المرأة فوقع في غالب علمه انهم فاعلون ذلك فزنا بها فلا حد عليه وهو قول
زفر لان الوطي لا يمكن الا بالانتشار وذلك لا يكون مع الخوف فلما وجد دل على انه ليس بخائف فكانه زنا بغير
اكراه واما وجه قوله الثاني في الفرق بين اكراه السلطان وغيره فقد اختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال عند ابي حنيفة
لا يكون الاكراه الا من السلطان وذلك لان السلطان لا يمكن مغالبته ولا التظلم منه الى غيره وغير السلطان
يتظلم منه الى السلطان فيغالب فلذلك تعلق الحكم باكراه السلطان دون غيره ومنهم من قال انه كان في زمن
ابي حنيفة لا غلبة الا للسلطان ولم يكن غيره يقدر على اجبار الناس فاجاب على ما شاهد وكان في عصرهما
قد يكون الغلبة للصوص لغير السلطان فاجابا على ما شاهداه ومن اصحابنا من قال انه اراد بالسلطان الامام
لانه اذا اكره على الزنا فسق وانعزل فحصل الزنا وليس هناك من يملك اقامة الحد ولا يقال ان خلفا الامام لا
ينعزلون بعزله لانهم انما يملكون الولاية بامره فاذا لم يملك هو اقامته صار ذلك شبهة ومن اصحابنا من قال
الامام وغيره من السلاطين سوا لان السلطان مأمور بدرء الحد فاذا اكره على اثباتها فقد توصل الى اثباتها بايقاع
التهمة ولا يملك الا به ووجه قولهما ان الانتشار في طبع الادمي يحصل بغير اختياره ثم يكره على المواقعة فيسقط الاكراه
ويسقط الحد وانما وجب المهر اذا سقط الحد لان الوطي في ملك الغير لا يخلو من حد او مهر فاذا سقط بالشبهة
وجب المهر واذا وجب الحد لانتفاء الشبهة سقط المهر قال فان اذنت له في ذلك من نفسها حين استكرهوه
فهو اثم ان اقدم عليه لان ذلك في ذلك مظلمة لها ان كانت مستكرهة وان لم تكن مستكرهة
فليس يحل لها ان تأمره ولا حد عليه في الوجهين ولا يرجع على الذي اكرهه بالصداق وذلك لان وطيها على
وجه الزنا من مظالم العباد التي لا يبيحها الفروج فاذا اقدم عليها كان اثما فاما اذا اذنت له غير مكرهة فهي
لا تملك الاباحة فوجود اذنها وعدمه سوا ٥ قال فان كان اكره بسجن او قيد او ضرب لا يخاف منه تلفا على
ان يزني بامرأة مطاوعة او مستكرهة فليس يحل له ان يفعل هذا فان فعل فهو اثم وعليه الحد لا يدرأ
الا في الضرورة التي يخاف منها التلف او تلف بعض الاعضا وذلك لان السجن والقيد اكراه في الاموال
والعقود فاما المحظورات والاكراه فيها ما يخشى منه تلف نفسه او عضو من اعضائه وذلك لم يوجد
قال ولو اكره على قطع يد رجل فقال الرجل قد اذنت لك في القطع فاقطع فالاذن لغير مكره فان المكره لا
يسعه ان يقطع فان قطعها فهو اثم ولا شيء عليه ولا على المكره وذلك لان صاحب اليد لو قطعها بنفسه
كان اثما واذا امر بقطعها فالمأمور في حكمه وانما يسقط الضمان لانه لو وجب لوجب الحق للمقطوع
وقد رضي باسقاط حقه حين اذن في ذلك قال فان كان صاحب اليد اكره بقتل حتى امره بذلك فالمأمور
بالقطع اثم فان فعل كان لصاحب اليد ان يقطع به الامر وهذه مسئلة الاكراه على القتل قال ابو حنيفة
ومحمد يجب القصاص على المكره وقال ابو يوسف تجب على المكره الدية وقال زفر يجب على المكره القصاص
لابي حنيفة ومحمد ان فعل المكره ينتقل الى المكره فيصير كانه هو الفاعل له فكانه اخذ بيده وضربه

وجوب المهر استقر بالدخول فلم يتلف عليه بالطلاق الا منفعة البضع وذلك غير متقوم فاذا ثبت
هذا فقد كان المكره يقدر على التخلص من ضرر الاكراه بفعل ما لا يتلف عليه مالا فلما عدل الى عتق العبد صار
هو المختار للاتلاف فلا يرجع على المكره بشيء قال ولو كان الاكراه على ذلك بحبس او قيد فلم يخف التلف
من ذلك ففعل احدهما ولم يدخل بالمراة لزمه الذي فعل ولم يغرم الذي اكرهه شيئا وذلك لان الاكراه
بالقيد والحبس ليس باكراه في الافعال وانما بالاكراه فيما يستوي جده وهزله ووجوده وعدمه سواء وكانه فعل ذلك
بغير اكراه ۞ قال ولو اكره بقتل على ان يكفر بالله او يقتل هذا الرجل عمدا فان كفر بالله وقلبه مطمئن بالايمان
فذلك يسعه عندنا ولا تبين منه امراته وان ابى ان يكفر حتى يقتل فذلك اعظم لاجره ولا يحل له ان يقتل الرجل
المسلم فان لم يكفر وقتل الرجل المسلم فالقياس ان يقتل المكره والاستحسان ان ادرا عنه القتل واضمنه دية
المقتول في ماله في ثلث سنين ان لم يكن عالما بان الكفر يسعه في هذا الوجه وذلك لانه لما اكرهه على اظهار
الكفر او القتل والضرورة تبيح اظهار الكفر على ما قدمنا ولا تبيح قتل المسلم كان له ان يظهر الكفر الذي ابيح له
عند الاكراه اظهاره ولا يقدم على قتل المسلم الذي لم يبح له فاذا اظهر كلمة الكفر فقد بينا وقد قدمنا
ان المكره على الكفر لا يحكم بكفره اما اذا اصبر حتى قتل فهو ماجور لانه قصد اعزاز الدين والتمسك به وترك
الاقدام على قتل المسلم وذلك افضل من اظهار الكفر لما قدمنا وقد روي ان مسيلمة اخذ رجلين من اصحاب
النبي صلى الله عليه وسلم فقال لاحدهما اتشهد ان محمدا رسول الله قال نعم فقال اتشهد اني رسول الله فقال انا اصم ما تقول
فكرر ذلك عليه ثم قتله وقال للاخر اتشهد ان محمدا رسول الله قال نعم فقال اتشهد اني رسول الله فقال نعم فخلاه فذكر ذلك
للنبي صلى الله عليه وسلم فقال اما الاول فقد اوتي اجره مرتين واما الثاني فلا اثم عليه واما اذا قتل المسلم ولم يظهر الكفر
فالقياس ان يقتص منه لانه كان يقدر على التخلص من ضرر الاكراه باظهار الكفر ولا ياثم بذلك ولا
يستضر به فلما عدل عنه الى قتل المسلم صار مختارا لقتله فوجب عليه القصاص واما الاستحسان
فلان الشبهة موجودة في هذا القتل اذا كان لا يعلم باباحة اظهار الكفر لان النفوس تتلف لاجل الكفر
الا ترى انا نقتل الكفار لاظهار الكفر فيجوز ان يكون المكره استعظم وراى ان الدم ايسر منه فعدل
اليه فصار ذلك شبهة وتلك الشبهة في القتل فيسقط القصاص وقد شرط محمد ان يكون لا يعلم بان
الكفر يسعه فمن اصحابنا من قال ان المكره اذا كان فقيها يعلم ان اظهار الكفر يجوز عند الاكراه فلم يظهر
وقتل لزمه القصاص واوجب عليه لانه لا شبهة له حينئذ في القتل ومنهم من قال لا قصاص في الوجهين
استحسانا لانه وان علم باباحة اظهار الكفر فقد ثبت ان الدم يتلف لاجل الكفر فيجوز ان تشتبه عليه
في هذا الوجه واما ايجاب الدية في ماله فلانه عمد محض يسقط القصاص فيه بشبهة فلا يرجع بالدية
على المكره لانه كان يقدر ان يتخلص من اكراهه باظهار الكفر فلا يلزمه ضمان فلما عدل الى القتل صار هو المختار
لالتزامه الضمان فلا يرجع ۞ قال ولو كان الاكراه بالقتل على اكل ميتة او قتل مسلم فلا باس باكل الميتة
فان لم ياكلها حتى يقتل فهو آثم وعليه القود وذلك لان الاكراه ضرورة وقد اباح الله له الميتة عند الضرورة
فهو يقدر على التخلص من ضرر الاكراه بما لا اثم فيه فاذا عدل الى القتل فقد قتل باختياره من غير اكراه
فيلزمه القود ۞ قال ولو اكره بقتل على قتل مسلم او الزنا بامراة فليس ينبغي له ان يفعل واحدا
منهما حتى يقتل فان صنع واحدا منهما كان آثما وان ابى ان يفعل حتى قتل كان ماجورا ويقتل الذي
اكرهه على القتل وعلى القتل الادب بالحبس والتعزير وانما لم يبح واحدا من الامرين لان الاكراه لا يبيح
قتل النفس لما قدمنا انه لا يجوز ان يحيي نفسه بقتل غيره وكذلك الزنا لا يبيحه الاكراه لان الضرورة لا تبيحه
فاذا اكره على احدهما كان عليه ان يصبر حتى يقتل فان لم يصبر فهو آثم لانه اقدم على ما لا يجوز الاقدام عليه
فان اختار قتل المسلم فقد بينا الاكراه ذلك ومن قتل رجلا مكرها وجب على المكره القود في قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الدية وقد بينا ذلك فان عدل الى الزنا فالقياس ان يحد والاستحسان
ان يدرا عنه الحد فمن اصحابنا من قال القياس انما اراد قول ابي حنيفة لان عنده الاكراه لا يتصور في الزنا
فكانه اختار ذلك والاستحسان قولهما ومن اصحابنا من قال القياس ان يحد لانه لو عدل الى القتل لقتل
لما يضاف الى غيره ويصير المكره كالفاعل فلما عدل الى ما لا يضاف الى غيره صار هو المختار له فوجب
عليه الحد ووجه الاستحسان ان القتل امر مستعظم فيجوز ان يكون عدل عنه لاستعظام
حرمة الدم فصار ذلك شبهة في سقوط الحد واما التعزير فلانه اقدم على فعل محرم لا يسوغ الاقدام
عليه ۞ قال فان اكرهه على الزنا او قتل مسلم بوعيد بسجن او قيد فزنا اقيم عليه الحد وان قتل فعليه
القود وذلك لان السجن والقيد ليسا باكراه في الافعال فكانه فعل بغير اكراه ۞ قال ولو اكرهت
المراة على الزنا بوعيد بقيد او سجن درئ عنها الحد ولا تشبه المراة في الاكراه بالسجن والقيد الرجل وذلك
لان السجن والقيد ينفي الاختيار وليس من جهة المراة اكثر من التمكين فاذا لم تكن مختارة لم يجب عليها حد ۞
قال ولو اكره بقتل على قتل رجل او اخذ مال احد فاخذ المال اكثر من الدية او اقل فلا باس بان ياخذ المال
ويستهلكه فان فعل فضمان المال على الذي اكرهه ان كان اكثر من الدية او اقل فان قتل الرجل المسلم

ولانه صار كالالة حين رمى به على اختياره فوجب القصاص عليه ووجه قول زفر ان المامور لا يحل له الاقدام على
الفعل بالاكراه فصار وجود الاكراه وعدمه سواء فكانه قتله بغير اكراه ولابي يوسف ان المكره لم يباشر الاتلاف
وانما هو متسبب فيه وضمان الاسباب يتعلق به الدية دون القصاص ۞ قال ولو قيل له لتقتلنك او لتقتلنه
فقال الذي امر بقتله اقتله وانت في حل من ذلك وهو غير مكره فقتله عمدا بالسيف فهو آثم ولا شيء عليه والدية
في مال الامر وهذه رواية الاصل ان من اذن لغيره في قتله فقتله فعليه الدية فان اذن له في قطع يده فقطعها
فلا شيء عليه والدية في مال الامر وهذه رواية الاصل انه من اذن لغيره في قتله فقتله فعليه الدية فان اذن له
في قطع يده فقطعها فلا شيء عليه وقال ابو يوسف لا شيء عليه فيهما وقال زفر عليه القصاص في النفس ذكر
الاختلاف في اختلاف ابي يوسف وزفر اما وجه رواية الاصل في وجوب الضمان
فلان الواجب بالقتل انما يستحقها الورثة واذا اذن فيه فكانه اسقط حقا لهم والواجب بالقتل احد امرين
القصاص او الدية والقصاص حق المقتول وانما يستوفيه الورثة لهذا فانه يونر فيه والدية عن الورثة باذنه
لا يونر في اسقاطها ولان اذنه في القتل شبهة في سقوط القصاص اذا دخلته الشبهة وجبت الدية وليس
هذا كقطع اليد لان الواجب بها حق الامر دون الورثة فاذنه يسقط حقه ووجه قول زفر ان الاذن لا
يتعلق به حكم لانه اذن فيما لا يملك فكان القاتل قتله بغير اذنه واما ابو يوسف فقال ان الواجب
بالقتل من الدية حق للمقتول بدلالة انه يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فاذنه في سببه يسقطها ولان
الاذن في القتل يجري مجرى العفو ولو عفا بعد الجرح سقط القصاص والدية فكذلك هذا ۞ قال ولو
اكره على ان يصنع فيه شيئا لا يخاف منه تلفا من ضرب سوط او نحوه ففعل به ذلك رجوت ان لا يكون عليه
اثم لان هذا فيه ضرب وليس فيه تلف فصار كاخذ ماله ۞ قال فان مات منه فان كان المقتول امره بان
يفعل ذلك فلا ضمان عليه ولا على المكره وان كان لم يامره فعلى الذي اكرهه الدية وذلك لانه اذن له
في ضربه وذلك مستباح بالاذن له الا ترى انه قد يفعل ما دون النفس للحاجة كقطع اليد عند الاكلة
فامر الامر يسقط ما يتعلق بما دون النفس من الضمان فان كان لم يامره فقد قتله بالضرب فيجب عليه الدية ۞
قال وان اكرهه على ان يحذف ماله فيرمي به في مهلك فاذن له صاحب المال بغير اكراه فلا شيء فيه لان
حرمة المال انما ثبتت لاجل المالك وهو مباح بالاباحة واذا اذن في استهلاكه سقط الضمان وان كان اكره
حتى اذن فالضمان على المكره للمتلف لان فعل المكره في المال لان مال الغير يجوز استباحته لدفع الضرر
كما لو خاف على نفسه فاكله ۞ قال والعبد والامة فيما اذن به مولاهما كالحر والحرة يعني ان المولى اذا
اذن في جماع الامة فهو كاذن حرة لان المولى لا يملك اباحة ذلك وكذلك اذا اذن المولى في قطع يدها
لانه لا يملك ذلك منها فلا يصح اذنه فكذلك لو اذنت الامة لانها لا تملك ذلك منها فلا يصح اذنه
فيه فان اذن له المولى في قتلها فلا ضمان عليه لان الضمان انما يجب لحق المولى وقد رضي باسقاطه حين اذن في
نفسه ۞

باب الاكراه على البيع والشرى وعتق المشتري

قال ابو الحسن ولو ان لصوصا غالبين ممتنعين اكرهوا رجلا على بيع عبد يساوي عشرة الف درهم على ان يبيعه من هذا الرجل بالف درهم
واكرهوه بوعيد من تلف نفس او قطع عضو او ضرب يخاف منه تلف بعض ذلك فامروه وهو يخاف ان لم يفعل ذلك ان
يبدا منهم ما هددوه فامروه ان يبيعه من هذا الرجل بهذا الثمن ويدفع اليه ويقبض الثمن ففعل ذلك وتقابضا والمشتري
غير مكره ثم ان المكره قال بعدما تفرقا عن المجلس قال البائع المكره قد اجزت ذلك البيع كان جائزا وكذلك لو لم يكن قبض الثمن فقبضه
من المشتري بعد ذلك كان هذا اجازة للبيع والاصل في ذلك ان فعل المكره ينتقل الى المكره فصار كانه باع فاذا
اجازه المالك جاز ويجوز ان يقال انه في معنى البيع المشروط فيه الخيار للبائع لان المكره لم يرض بخروج الشيء عن ملكه
فاذا اجاز العقد جاز كما لو اجازه من شرط الخيار لنفسه ويجوز ان يقال ان العقد انعقد والاكراه مانع من تمامه
فهو كما لو شرط البائع لنفسه شرطا فاسدا ثم اسقطه وقد شبهه محمد البيع مع الاكراه تارة بشرط الخيار للبائع وتارة
بالشرط الفاسد اذا كان حلها بالعقد واذا ثبت ان البيع يتم بالاجازة فكذلك يقبض الثمن لان العقد الدال على
الاجازة يجري مجرى القول وعلى هذا قالوا في البيع الموقوف اذا قبض المالك الثمن كان ذلك اجازة للعقد ۞
قال ولو ان البيع لم يجز العقد ولم يقبض الثمن حتى اعتق المشتري العبد فعتقه جائز وكذلك لو دبره وكذلك لو كانت امة
فوطئها فعلقت منه وذلك لان المانع قد سلطه المشتري على التصرف والاكراه لا يمنع صحة التسليط على العتق فلا يمنع
نفوذ العتق ولو الزمه على انفاقه فصار العقد في الاحكام التي يلحقها الفسخ كالبيع الموقوف والمشروط فيه الخيار
وهو في الاحكام التي لا يلحقها الفسخ كالبيع الفاسد اذا قبضه المشتري بعد عتقه فيه وانما كان كذلك لان التسليط
على العتق مع الاكراه صحيح فهو كالتسليط في العقد الفاسد والتسليط على البيع بالاكراه لا يصح فصار كالموقوف
ويفارق هذا العقد الموقوف لان التسليط لا يوجد هناك من المالك وقد وجد ها هنا التسليط فان كان فيه
اكراه ويفارق البيع المشروط فيه الخيار لان الخيار ها هنا من طريق الحكم ۞ قال فان قال المكره بعد ذلك قد اجزت
البيع كانت اجازته باطلة لان العقد قد وجب للمشتري بالقيمة فلا يتحول عن ذلك وانما لم يجز الاجازة لما قدمنا

ولم يستهلك المال فيلزمه الذي يعني القتل ولو لم يفعل ذلك حتى يقتل كان عندنا غير آثم وإنما جاز له الإقدام على استهلاك المال لأن مال الغير يجوز استهلاكه عند الضرورة وإن كره ذلك ألا ترى أنه لو اضطر إلى طعام غيره جاز المؤمن سعة أن يأكله بغير رضاه ويضمن له فلما أكره على ما يبيحه الضرورة وهو القتل أو ما يبيحه الضرورة وهو استهلاك المال كان له أن يعدل إلى ما تؤثر الضرورة فيه فإن قيل أقصى ما فيه أنه كان يقصد أن يتخلص من ضرر الإكراه بإتلاف المال وذلك مباح فلما عدل إلى القتل صار مجاوزا له من غير ضرورة قلنا وأما قوله إنه لو صبر ولم يفعل واحدا منهما لم يكن آثما لأنه يجوز له أن يصبر على القتل دفعا عن ماله فلأن يجوز الصبر على القتل دفعا عن مال غيره أولى ألا ترى أنه يجوز له أن يقاتل عن ماله حتى يقتل وكذلك يجوز له أن يقاتل عن مال غيره حتى يقتل فإذا صبر على القتل ولم يستهلك مال الغير لم يأثم كما لو دفع عنه حتى قتل وعلى هذا قال في المضطر إلى طعام غيره إذا امتنع صاحبه من بذله يجوز له أخذه بغير رضاه فإن صبر حتى مات لم يأثم لأنه دفع عن مال غيره فكأنه قاتل عنه قال ولو قيل له لتقتلنه أو لتطلقن امرأتك أو تعتق عبدك فلم يفعل حتى قتل فلا إثم عليه في ذلك لأنه يجبر على القتل لحفظ ماله وملكه وذلك ليس بمحظور كما لو قاتل دونه ٥

باب الإكراه في الوكالة

قال محمد لو أن رجلا لصا غالبا أكره رجلا بوعيد بقتل أو ضرب يخاف منه تلفا على أن وكل رجلا بعتق عبده أو بطلاق امرأته ولم يدخل بها ففعل فجميع ما صنع من ذلك جائز ولا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الذي أكرهه بقيمة عبده وبنصف الصداق الذي غرم لامرأته أما الوكالة فقد كان القياس أن لا يصح مع الإكراه على البيع ينعقد بيعه ويثبت لحق الفسخ كما يثبت لو شرط شرطا فاسدا فكذلك توكيله ينعقد فكأنه شرط فيه شرطا والوكالة لا يبطلها الشروط وإذا لم يبطل فقد تصرف الوكيل فيه فنفذ تصرفه ٥ وأما الرجوع على المكره فقد قالوا إن القياس أن لا يرجع عليه لأنه إنما أكرهه على الوكالة وقد يعتق الوكيل وقد لا يعتق ولم يكرهه على العتق فلم يكن المكره متلفا فلا يضمن وهذا كما قالوا في شاهدين شهدا أن فلانا وكل بعتق عبده وأعتقه الوكيل ثم رجعا لم يضمنا لأنهما أثبتا بشهادتهما الوكالة وقد يعتق الوكيل وقد لا يعتق وجه الاستحسان أن المكره إنما قصد الإضرار بالمكره حين ألزمه التوكيل بالعتق فإذا أعتق صار المكره هو المتلف فلزمه الضمان والفرق بين هذا وبين الشهود أن الشهود شهدوا على أمر ماض وهو التوكيل والعتق مستقبل بعد الشهادة فلم يضمنه بشهادتهم ٥ وأما المكره فإنما أكره على توكيل مستقبل بالعتق مستعجل فقد تضمنه الإكراه فلذلك ضمن المكره ٥ قال ولو كان أكرهه بوعيد بحبس أو قيد حتى وكله كان ذلك جائزا ولم يكن على الذي أكرهه ولا على الوكيل ضمان لأن الإكراه بالقيد والحبس ليس بإكراه فيما يختلف جده وهزله فلم يعتد به في العتق والطلاق فكأنه وكل بغير إكراه ٥ قال ولو أكره رب العبد بقتل على أن وكل ببيع عبده هذا الرجل بألف درهم وأكرهه على دفعه إليه حتى يبيعه فباع العبد الوكيل وأخذ الثمن ودفع العبد إلى المشتري فهلك في يده ثم الوكيل والمشتري غير مكرهين فمولى العبد بالخيار إن شاء ضمن المشتري قيمة عبده وإن شاء الوكيل وإن شاء ضمن الذي أكرهه فإن ضمن المشتري لم يرجع على أحد بشيء وإن ضمن الوكيل رجع على المشتري بالقيمة ولم يكن على المكره سبيل ورد الثمن إن كان قبضه ولا يكون الثمن له لما ضمن من القيمة لأنه باعه للمكره قال محمد ولا يشبه هذا الغصب فإنه يضمن الذي أكرهه القيمة كان للذي أكرهه أن يرجع على المشتري بالقيمة وإن شاء رجع بها على الوكيل ورجع بها الوكيل على المشتري وذلك لأن الإكراه يؤثر في البيع لأنه مما يختلف جده وهزله فالمقبوض بهذا العقد كالمقبوض ببيع فاسد فإذا هلك ضمن بالقيمة وإنما كان للمولى أن يضمن المشتري لأنه تلف في يده من قبضه بحكم عقد فاسد وإنما كان له أن يضمن الوكيل لأنه قبض العبد وسلمه بغير إكراه فهو كالغاصب وله أن يضمن المكره لأنه هو الذي ألزم التسليم فانتقل فعله إليه فكأنه أخذه وسلمه فإن ضمن المشتري لم يرجع على أحد بشيء لأن الضمان عليه ألا ترى أنه قبض العبد بغير إكراه فهلك في يده فأما إن ضمن الوكيل رجع على المشتري بالقيمة لأنه قام مقام المالك بالتضمين ورجع بما كان يرجع به المالك ولا يرجع الوكيل على المكره لأنه لم يكرهه على القبض ولا على البيع وإنما فعل ذلك باختياره فلا يرجع عليه ولا يصح البيع بتضمين الوكيل لأنه لم يعقد لنفسه وإنما عقد للموكل فإذا ضمن القيمة انفسخ ذلك العقد فليس هذا كالغاصب إذا باع ثم ضمن القيمة جاز بيعه لأنه عقد لنفسه فإذا ضمن ملك بالغصب السابق من طريق الحكم فكأنه باع ملك نفسه وأما إذا ضمن المولى المكره كان له أن يرجع بالقيمة على المشتري فإن شاء رجع على الوكيل ورجع الوكيل على المشتري لأن المولى لما ضمنه أقامه مقام نفسه فكان له أن يضمن ما كان للمالك ٥ قال فإن قال الوكيل للمكره لا أضمن لك شيئا لأنك أنت أمرتني أن أدفع إلى لم ينعقد ذلك شيئا لأنه قبض بغير إكراه وقد كان يقدر على الامتناع فصار هو المتلف للملك ٥ قال فإن قال الوكيل حين ضمنته القيمة أنا أجيز بيعه فيما بينه وبين المشتري ويكون الثمن لي بمنزلة عبد غصبته فبعته إذا ضمنت قيمته كان الثمن لي قيل له لا يشبه هذا الغصب وهذا لما بينا أن الوكيل إنما باع لغيره ولم يبع لنفسه

أن العتق وقع فصار العقد لا يجوز ابتداء البيع فيه فلا يلحقه الإجازة كما لو مات ثم أجاز المالك لم يجز ٥ قال ولو لم يكن عتق ولا تدبير ولا استيلاد ولا إجارة حتى قال المشتري للبائع قد نقضت البيع فيما بيني وبينك فقال البائع لا أجيز نقضك وقد أجزت لم يكن لإجازته شيء فقد انتقض البيع وذلك لأن القبض إذا لم يوجد فلكل واحد منهما فسخ العقد أما البائع فللإكراه وأما المشتري فلا يلزمه الضمان وهذا كمن باع ملك غيره بغير أمره له أن يفسخ العقد قبل الإجازة ليتبرأ من ضمان العهدة التي تلزمه بالإجازة فأما إذا قبض المشتري فللبائع أن يفسخ لأجل الإكراه وليس للمشتري أن يفسخ لأن الضمان قد وجب ولا معنى للفسخ وعلى هذا لو كان المشتري مكرها والبائع غير مكره فإن لكل واحد منهما الفسخ قبل القبض فإذا قبض المشتري ثبت الفسخ للمشتري دون البائع لأنهما إذا لم يتقابضا فللمشتري الفسخ للإكراه وللبائع الفسخ حتى لا يخرج الشيء من ملكه فإذا حصل القبض فللمشتري الفسخ للإكراه والبائع ليس له الفسخ لأن الشيء خرج من ملكه وعلى هذا البيع إذا فسد بشرط ملحق جاز لكل واحد منهما قبل القبض وإذا قبض ثبت الفسخ لمن له الشرط ولم يثبت للآخر وإذا ثبت أن البيع انفسخ بفسخ المشتري ولم يعمل إجازة البائع هذه لأنها حصلت ولم يبق هناك عقد ٥ قال ولو لم يبطل البائع البيع حتى قبضه المشتري بإكراه البائع فباعه من آخر بغير إكراه فالبائع على خياره إن شاء أبطل البيع وأخذ عبده وإن شاء أجاز فإن أجاز البيع الأول جاز الثاني وإن أجاز الثاني جاز الأول وكذلك لو تبايع العبد عشرة بعضهم من بعض وذلك لأن الفسخ ثابت للبائع وقد بينا أن تسليطه في باب البيع [illegible] فلا يملك المشتري إسقاط حقه من الفسخ ببيعه فصار هذا كالبيع الصحيح وإذا لم يدفع المشتري الثمن فقبض المبيع بغير إذن البائع فباعه كان للبائع حق الفسخ وكذلك المشتري إذا باع فللشفيع نقض بيعه لأنه ثبت له حق الأخذ وليس للمشتري إسقاط ما ثبت له فأما إذا أجاز أحد العقود جازت كلها ما قبله وما بعده لأن الملك قد وقع للمشتري بالعقد بدلالة جواز عتقه فالإجازة تعمل في إسقاط حق الفسخ لا في إفادة الملك وحق الفسخ في البيع لا يمنع الأجواز البيع الذي قبله وإذا سقط فيه سقط فيما بعده وليس هذا كالمشتري الموقوف إذا باعه آخر فأجاز المالك أحد العقود بطل ما قبله وما بعده لأن العقود كلها وقعت على إجازة المالك فإجازته لأحدها إسقاط لنفسها ولأن العقد الموقوف وقف الملك فإذا أجاز أحد العقود ملك بالإجازة فطرأ ملك صحيح على ملك موقوف فأبطله وفي مسألتنا الإكراه لم يعدم الملك على ما قدمنا وإنما وقف لإسقاط الحق فهو كالقبض بغير إذن البائع قال فإن أعتقه المشتري الآخر قبل إجازة البيع وقد تناسخ البيع عشرة كان العتق جائزا على الذي أعتقه قبضه أو لم يقبضه وإن سلم البائع المكره البيع بعد ذلك لم يجز تسليمه وكان له أن يضمن أيهم شاء إن شاء ضمن الذي أكرهه وإن شاء ضمن المشتري [illegible] أما جواز العتق من المشتري الآخر قبل القبض وبعده فلأن البائع المكره بيعه تسليطه على العتق فملك ذلك المشتري منه بتسليطه وإذا باع فقد سلط المشتري على ملكه فصار في حقهم كالبيع الصحيح فينفذ العتق قبل القبض وبعده وإنما لم يعمل إجازة المالك بعد ذلك لأن العبد قد صار بالعتق بحيث لا يصح دخوله تحت العقد فلا يلحقه إجازة بالقول كالعبد الهالك وإذا وقع العتق لم يلحق العقد إجازة صار كل واحد من المكره والمشتري بمنزلة الغاصب للعبد فللمالك أن يضمن أيهم شاء قيمة عبده قال فإن ضمن المكره كان للمكره أن يرجع على المشتري الأول بالقيمة ونفذت البياعات كلها وذلك لأن المكره ليس بينه وبين المشتري الأول عقد بيع حتى يجوز العقد بينهما بالتضمين وإنما أقامه المولى مقام نفسه فيما كان له من تضمينه فرجع عليه بالقيمة التي ضمنها وقد كان ثبت له حكم الملك بضمان الثمن فلما ضمن القيمة سلم له الملك بها ويستحيل أن يملك العبد بضمانين القيمة والثمن فبطل ضمان الثمن عنه وملك العبد من طريق الحكم من وقت قبضه فصح كل بيع حصل بعد ذلك وقد فرقوا بين التمليك الواقع بالتضمين وبين الملك الواقع بالإجازة في العقد الموقوف فقالوا لا يصح الإجازة بالقول إلا والمعقود عليه يصح ابتداء العقد فيه والإجازة بالتضمين يملك بها بعد العتق والفرق بينهما أن الإجازة في الموقوف يلحق العقد قولا فهي كالعقد فلا يصح فيما لا يصح العقد فيه فأما التضمين فملك به حكما فيصح مع العتق كما يصح في المستهلك ٥ قال فإن ضمن البائع المشتري برئ الذي أكرهه وصحت البياعات كلها وذلك لأن تضمين المشتري يملك به المبيع من جهة البائع فيستحيل أن يثبت له الضمان على غيره كالمالك إذا ضمن غاصب الغاصب برئ الغاصب ٥ قال فإن اختار تضمين أحد المشترين صح كل بيع كان بعد ذلك وبطل كل بيع كان قبله وذلك لأن الضامن ملك العقد حكما واستند ملكه إلى حين القبض فكأنه كان مالكا منذ ذلك الوقت فجازت البياعات بعده وبطل ما قبله لأن بائعه ثبت عليه ضمان الثمن فلما ملك المبيع بالقيمة استحال أن يبقى ضمان الثمن مع ذلك فبطلت البياعات المتقدمة على الضمان ٥ قال ولو أن رجلا أكره رجلا أن يشتري من رجل عبدا له يساوي عشرة آلاف والبائع غير مكره فأكرهه على الشراء والقبض ودفع الثمن بعضها أو صنعت ذلك كله فلما قبض المشتري العبد أعتقه أو دبره أو كانت أمة فوطئها فعلقت أو لم تعلق أو قبلها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة أو قد ذلك أو قال قد رضيتها بذلك الثمن الذي أخذت فذلك جائز عليه كله وذلك لأن الشراء مع الإكراه واقع ولم يوجد الرضا من المشتري فصار بمنزلة شرط الخيار للمشتري ولأن العقد لم يتم من جهته فصار كما لو شرط الخيار أبدا أو اشترى إلى الحصاد ثم أسقط الشرط أو فعل ما يدل على الرضا بعد العقد عليه كذلك هذا وإذا تم العقد وقع العتق بالتدبير ولو أعتقه البائع والمسألة بحالها بعد قبض المشتري فالعتق باطل لأن المشتري ملكه بالقبض

فوقف العقد على الاجازة بالثمن فاذا ضمن القيمة لم يجز ذلك البيع من جهته والغصب بخلاف ذلك
قال فان كان اكرهه في هذا كله بوعيد بحبس او قيد لم يغرم الذي اكرهه من ذلك شيئا وكان له ان يضمن
الوكيل البيع في هذا الوجه كما كان له ان يضمنه في الوجه الاول وذلك لان الاكراه بالقيد والحبس ليس
باكراه في الافعال فلا يكون ملجئا على التسليم فلا يلزم المكره الضمان وهو اكراه على العقود فيؤثر
في البيع فلذلك كان للمولى حق التضمين للوكيل والمشتري ٥

باب الاكراه الذي يخطر على بال المكره غير ما اكره عليه

قال محمد ولو ان رجلا قال له اهل الحرب وقد اخذوه اسيرا لتكفرن بالله او لنقتلنك فقال قد كفرت بالله وقلبه مطمئن
بالايمان وله عندنا امرأة لم تبن امرأته منه وقد بينا هذا فيما مضى ٥ قال فان قال قد كان خطر ببالي ان اقول لهم قد
كفرت بالله اريد الخبر عن امر مضى ففعلت ذلك اريد به الخبر عما مضى والكذب ولم اكن فعلت ذلك فيما مضى
بانت منه امرأته في الحكم ولم تبن فيما بينه وبين الله وذلك لانه اعترف انه فعل غير ما لم يكرهوه عليه الا ترى
انهم اكرهوه على الانشاء ولم يكرهوه على الخبر عما مضى فاذا فعل ما لم يكره عليه صار كالمبتدئ ومن اخبر عن كفر
سابق بانت امرأته في الحكم ولم تبن فيما بينه وبين الله لانه لم يعتقد الكفر ٥ ولو قال قد خطر على بالي ان اقول
قد كفرت بالله اريد به الخبر بالباطل عما مضى فان هذا اعتمدنا فقد بانت منه امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله
وذلك لانه لما خطر بباله الخبر عما مضى كان يقدر على التخلص من الضرر بغير اظهار الكفر فلما اظهره وهو غني عنه
صار كالمبتدئ باظهار كلمة الكفر وبين امرأته ولا يقال انه لم يعتقد الكفر والكفر يكون بالاعتقاد لانه لما قدر
على ترك اظهار الكفر فاظهره من غير اعتقاد صار كالهازل بالكفر والهازل بالكفر تبين امرأته ويحكم بكفره ولو
قال ان ذلك لم يخطر على بالي ولم يحضرني نية كفرت بالله تعالى كفرا مستقبلا على غير ما مضى وقلبي مطمئن بالايمان لم
تبن امرأته منه لانه لما لم يخطر على باله غير ما اكره عليه فقد اظهر الكفر بالاكراه وذلك لا يكفر به فلم تبن امرأته
وعلى هذا لو قالوا له لتصلين لهذا الصليب فقام يصلي فخطر بباله ان يصلي لله تعالى وهو مستقبل القبلة او غير مستقبلها
فينبغي له ان ينوي الصلاة لله تعالى فان قال نويت ذلك بانت امرأته في القضاء ولم تبن فيما بينه وبين الله لانه فعل
غير ما اكره عليه وان صلى للصليب ولم يصل لله فقد خطر ذلك على باله فهو كافر وبانت منه امرأته في القضاء وفيما
بينه وبين الله تعالى وان لم يخطر على باله شيء وصلى للصليب وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه فعل ذلك
بالاكراه وكذلك لو قالوا لتشتمن محمدا فخطر بباله ان يشتم رجلا يسمى بهذا الاسم ليس هو رسول الله ففعل واخبر
بذلك بانت امرأته في الحكم لانه فعل ما لم يكره عليه ولم تبن فيما بينه وبين الله لانه لم يعتقد الكفر وان سب
محمدا فقد خطر بباله غيره كفر وبانت منه امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله وان لم يخطر على باله شيء فسب
محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه فعل ذلك بالاكراه ٥

باب الرجل يكره على قتل من يرثه

قال ابو الحسن واذا اكره رجل بقتل على قتل ابيه او اخيه فقتله المكره لم يكن على المكره القاتل قود ولا دية ولا يمنع
الميراث للقتل وللقاتل الوارث ان يقتل الذي اكرهه على القتل في قول ابي حنيفة ومحمد وذلك لان فعل المكره
في القتل ينتقل الى المكره فيصير كالفاعل فكان المكره هو القاتل فلا يجب على المكره قود ولا دية ولا يحرم الميراث
فمن لم يقتل وجب القصاص على المكره عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجب عليه الدية ٥ قال ولو ان المكره
على القتل كان غلاما لم يبلغ فاكرهه السلطان على القتل لم يكن على الغلام شيء وكان القود على الذي اكره
الغلام على ذلك في قياس قول ابي حنيفة ومحمد وكذلك لو كان معتوها الا انه يعقل ما امر به وذلك لان
المكره اذا صار كالآلة للمكره فكانه اخذ بيده وفيها سيف وضرب بها فيجب القود على الضارب دون الذي
في يده السيف وقد استشهد محمد على ذلك فقال الا ترى ان رجلا لو اكره رجلا على قطع يد نفسه فقطعها
كان للمكره ان يقتص من المكره وان كان فعله بنفسه لو عري عن الاكراه لم يتعلق به حكم فكذلك فعل الصبي و
المعتوه وان كان القود لا يتعلق به فاذا انتقل الى المكره تعلق به القود ٥ قال ولو كان الآمر غلاما
لم يحتلم الا انه يعقل فهو مسلط يجوز اكراهه فاكره رجلا على قتل رجل بشهادة بقتل او تلف حتى قتله فلا قود
على القاتل ولا دية ولا يحرم الميراث بقتله وان كان وارثا وان كان قتلا بسيف فتكون الدية على عاقلة الذي
اكرهه في ثلث سنين وهذا على ما بينا ان فعل المكره ينتقل الى المكره فكان الغلام هو القاتل فتجب الدية على
عاقلته وان كان عامدا ولا يحرم المامور الميراث ٥ قال وان كان المكره وارثا للمقتول لم يحرم الميراث لان قتل
الصبي لا يتعلق به حرمان الميراث كما لا يتعلق بالقتل بالتسبب ٥

باب الاكراه على ما يجب به العتق او الطلاق او ما

قال ابو الحسن واذا اكره الرجل بقتل على شرى عبد هو ذو رحم محرم من المشتري او كان المشتري جعله حرا ان ملكه

فله الخيار فعتق البائع عنه لا ينفذ ولو لم يقبضه المشتري والمسألة بحالها فاعتقه البائع فعتقه فيه جائز لانه
على ملكه اذ ملك المشتري لا يقع الا بالقبض او بالاجازة فان اعتقه المشتري فالقياس ان لا ينفذ عتقه لانه
يتم ملكه بالقبض ولم يوجد والاستحسان ان ينفذ عتقه لان العتق قد تم من جهة البائع وانما وقف لعدم
الرضا من المشتري فاذا اعتقه فقد اجاز البيع ورضي به فكانه اجاز ثم اعتق وهذا كالبيع المشروط فيه الخيار
للمشتري اذا اعتق نفذ عتقه وصار العتق اجازة فاما اذا اعتقاه معا فعتق البائع اولى لان العبد على ملكه
وملك المشتري تاخر عن القبض او الاجازة فصار ملك البائع اقوى فنفوذ عتقه اولى ٥ قال ولو كان البائع
مكرها والمشتري غير مكره فاعتقه المشتري قبل القبض فعتقه باطل وذلك لان العبد على ملك البائع لم يزل
ملكه عنه لعدم الرضا وقبض المشتري لم يوجد فلم ينفذ عتقه كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع وكالبيع
الفاسد اذا اعتق المشتري قبل القبض فان اجاز البائع البيع نفذ العتق بعد البيع ولم ينفذ العتق
لان المشتري ملك المبيع بالاجازة وهي متاخرة عن العتق فصار كمن اعتق عبد غيره ثم ملكه ٥ فان اعتقاه
معا بعد العتق من البائع وبطل عتق المشتري لان العبد على ملك البائع فصادف عتقه وعتق المشتري
صادف ملك غيره فلم ينفذ ٥ قال ولو كان المشتري قبض العبد فاعتقه البائع والمشتري معا نفذ عتق
المشتري لانه ملك العبد بالقبض وزال ملك البائع عنه فينفذ العتق من المالك وبطل عتق البائع الذي
زال ملكه عنه ٥ قال ولو كان البائع والمشتري اكرها على البيع والشرى والقبض بقتل لان ذلك فقال
احدهما بعد ذلك قد اجزت البيع بغير اكراه كان البيع جائزا من قبله وبقي الآخر على خياره بمنزلة لو لم يكره عليه
لان الاكراه في احدهما كشرط الخيار لهما فاذا اجاز احدهما سقط خياره وبقي خيار الآخر بحاله وان اجازاه جميعا
بغير اكراه جاز البيع لان خيار كل واحد منهما سقط باجازته فكانه عقد بغير اكراه ٥ قال وان لم يجيزا
حتى اعتق المشتري العبد كان عتقه جائزا وكان ضامنا للقيمة فان اجاز الآخر بعد ذلك لم يلتفت
الى اجازته لان عتق المشتري اجازة منه فسقط خياره وصار كان البائع اذا اكره دون المشتري فاذا
اعتقه بعد القبض نفذ عتقه كالمقبوض على وجه بيع فاسد فان اجاز البائع بعد ذلك لم تعمل اجازته
لما بينا ان الاجازة من طريق القول لا تصح اذا كان البائع لا يصح التصرف فيه قال وان كانا لم يتقابضا وقد عقد
البيع بالاكراه فاجاز احدهما بغير اكراه فالبيع فاسد على حاله والعبد في ملك البائع حتى يجيز الآخر
وهذا على ما قدمنا قال فان اعتقاه جميعا معا فعتق البائع جائز وعتق المشتري باطل لان المشتري ان
كان هو اجاز فقد تم البيع من جهته ووقف لحق البائع فصار كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع اذا اعتقه
البائع والمشتري بعد عتق البائع وان كان البائع اجاز البيع ثم اعتقاه فعتق البائع ايضا اولى وكان البائع
بلغ بغير اكراه والمشتري مكره فاعتق البائع والمشتري بعد عتق البائع لان عتق البائع بعد اجازته فسخ
للعقد وعتق المشتري بعد اجازة البائع اجازة للعقد ومتى اجتمع ما يوجب فسخ العقد واجازته
وتساويا كان الحكم للفسخ ٥ قال وان كان البائع اجاز البيع ثم اعتق المشتري واعتق البائع بعده
نفذ عتق المشتري وعليه الثمن لان البائع لما اجازه وقف العقد على اجازة المشتري بعتقه اجازة
فكانهما اجازا العقد ثم اعتق المشتري وان كان البائع اعتق اولا ثم المشتري جاز عتق البائع [illegible]
وانتقض البيع ولا يجوز عتق المشتري لان البائع لما اجاز وقف العقد على حق المشتري فاذا فسخه
البائع قبل اجازة المشتري جاز فسخه ٥ قال ولو كان المشتري هو الذي اكره فاعتق المشتري ٥ قال
ولو كان المشتري اجاز البيع وحده ثم اعتقه البائع واعتق المشتري بعده او اعتق المشتري ثم
البائع بعده فعتق البائع اولى لان المشتري لما اجاز تم العقد من جهته ووقف لحق البائع فكان كالخيار
مشروطا للبائع وان اعتق بعد وانفسخ البيع واذا اعتق المشتري لم ينفذ العتق من جهته لانه لم يملك
فعتق البائع بعده اولى وقد شبه محمد هذا برجل اشترى عبدا على ان المشتري بالخيار ثم اعتقاه جميعا معا او
احدهما بعد الآخر وقد بينا هذا فيما تقدم ٥

باب الخيار في الاكراه

قال ولو ان لصا غالبا اكره رجلا مسلما بوعيد بقتل على ان يعتق عبده او يطلق امرأته ولم يدخل بها فقال له لا اقتلك
او لتعتقن عبدك او لتطلقن امرأتك هذه ايهما شئت ففعل المكره احدهما فهو واقع ويغرم الذي اكرهه
الاقل من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة الذي تزوجها عليه واما وقوع العتق او الطلاق فلان الاكراه لا يمنع
من وقوعهما واما الضمان فلان الاكراه لما وقع على احد الامرين والمكره لا يتخلص من الاكراه الا بفعل احدهما فصار
مكرها على ذلك فوجب له الضمان على المكره ٥ وان كان الذي اوقعه اقلهما ضمانا فقد تلف عليه بالاكراه فيجب
على المكره ضمانه فان اتلف الاكثر فقد كان يقدر على التخلص من ضرر الاكراه بفعل الآخر فلما عدل الى الاكثر
صار هو الجاني للاتلاف في الفضل فلم يرجع به على المكره ٥ قال ولو كان الزوج دخل بالمرأة ففعل المكره
احدهما لم يغرم الذي اكرهه في ذلك قليلا ولا كثيرا لان المدخول بها لا يجب على المكره بطلاقها غرم الا ان

فاكره على ان يشتريه بعشرة الاف درهم وقيمته الف ففعل فهو حر ويغرم المشتري قيمته للبايع ويبطل عنه تسعة
الف درهم ولا يرجع المشتري على الذي اكرهه بقليل ولا كثير وكذلك لو اكرهه على ان يشتري امة قد ولدت منه
او جارية جعلها مدبرة او ملكها وذلك لان الضمان لا يخلوا ان يلزم المكره المشتري او بالعتق ولا يجوز ان يلزمه
بالشري لانه ادخل في ملك المكره مثل ما اخرج منه لانه لا يلزمه من الثمن قيمة العبد والفضل يسقط عنه ومتى
حصل في ملكه مثل ما اخرج منه لم يلزمه ضمان ولا يجوز ان يلزمه الضمان بالعتق لان العتق وقع بسبب من جهة
المكره لا صنع للمكره فيه فصار كالمبتدي بعتقه ۞ قال محمد الا ترى ان رجلا لو قال لعبده حر ان دخلت هذه الدار فاكره
بالوعيد بالقتل حتى دخل عتق عبده ولا يضمن الذي اكرهه شيئا وهذا صحيح لانه اكرهه على الدخول وهو غير مضمون
والعتق وقع بيمينه فلا يلزم المكره ضمانه ۞ قال وكذلك ان قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فاكره حتى
تزوجها على مهر مثلها فالنكاح جايز وهو ضامن لنصف المهر للمراة ولا ضمان على الذي اكرهه في شيء من هذا
وذلك لانه اكرهه على التزويج فقد حصل له مثل ما اخرج من ملكه والطلاق وقع بيمينه ولا صنع للمكره في ذلك
قال ولو ان رجلا اكره حتى جعل امر امراته ولم يدخل بها في يد هذا الرجل اكرهه بقتل او تلف ففعل ذلك فطلقها
الذي جعل ذلك اليه او تخاف اكرهه على ان جعل عتق عبده في يد هذا الرجل ففعل ذلك فطلقها الذي جعل ذلك
اليه او اعتق العبد كان القياس في هذا ان يعتق العبد وتطلق المراة ولا يغرم الذي اكرهه من ذلك شيئا ولكني
استحسن ان اضمن الذي اكرهه قيمة عبده ونصف المهر الذي يغرمه وقد بينا هذه المسالة في باب الاكراه على
الوكالة ۞ قال ولو ان رجلا اكره على ان يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبله حرا ففعل ذلك ثم اشترى مملوكا
او وهب له او تصدق به عليه او اوصي له به عتق ولم يغرم الذي اكرهه من قيمة المملوك قليلا ولا كثيرا وذلك
لانه لا ملك في هذه الوجوه الا بقبوله واختياره وقبوله للعقد مع تقدم اليمين رضا بالحرية فلا يجب على المكره شيء
قال فان ورث مملوكا كان في القياس انه لا يضمن ايضا الذي اكرهه شيئا والاستحسان ان اضمن الذي اكرهه
قيمة المملوك وجه القياس انه اكرهه على اليمين ولم يكرهه على العتق وقد يرث بعد اليمين وقد لا يرث فلم تكن اليمين
مختصة بالضمان فلم يضمن ولهذا قالوا في شاهدين شهدا بالنسب ثم مات المشهود عليه فورثه المشهود له
ثم رجعا لم يضمنا لانهما لم يوجبا الميراث الا ترى انهما قد شهدا بالنسب فيرث وقد لا يرث وجه الاستحسان انه لما
اكرهه في ذلك بحبس او قيد لم يضمن لان الحبس والقيد ليسا باكراه فيما يختلف جره وهذا له فلم يعتد به ضمان
قال ولو ان رجلا اكره رجلا بقتل او تلف عضو على ان قال لعبده ان شئت فانت حر فشا عبده العتق عتق وغرم
الذي اكرهه قيمة العبد وكذلك لو اكرهه حتى قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر فدخل العبد وذلك لانه
لما اكرهه على اليمين والعتق وقع بغير اختيار المكره صار الاتلاف بسبب من جهة المكره فلزمه الضمان ۞ قال
ولو اكرهه على ان علق العتق بفعل نفسه ففعل المولى ذلك الفعل فان كان فعلا مفروضا على المولى او يخاف
المولى تلف نفسه مثل الاكل والشرب ففعل المولى ذلك عتق العبد وضمن المكره وذلك لانه اذا قال له
قل ان اكلت او شربت فعبدي حر وهو لا يقدر على ترك الاكل والشرب الابد في نفسه يخاف منه التلف
وكذلك ان قال له قل ان صليت فعبدي حر فقال ذلك وهو لا يقدر على ترك الصلوة لما يخاف من الماثم فصار
مكرها على فعل الشرط وفعل المكره ينتقل الى المكره فصار كانه هو الفاعل له فيلزمه الضمان ولو اكرهه
ان يقول ان تقاضيت ديني الذي على فلان او اكلت كذا او خذا الطعام خاص يجد منه بدا ثم فعل ذلك الذي حلف
عليه عتق العبد ولم يغرم المكره شيئا وذلك لانه لا يخاف على نفسه بترك تقاضي الدين ولذلك لا يخاف
اذا كان ترك اكل طعام بعينه وانما يلحقه من ذلك ضرر فصار كالاكراه بالقيد والحبس فلا يوثر في حكم
العتق وقد قالوا في المريض لزوجته ان تقاضيت دينك على فلان فانت طالق ثم قضت دينها انها طالق
وترث وذلك لانه يلحقها بترك الاقتضاء ضرر فصار كالتزوج اكرهها بالقيد والحبس حتى سالته الطلاق ولو فعل
ذلك لم يسقط ميراثها فلذلك تقاضي الدين وفي مسئلتنا ترك الاقتضا يلحق به ضررا لا يخاف منه تلفا
على نفسه فهو كالقيد والحبس ولو اكرهه على العتق بذلك لم يضمن وبالله التوفيق ۞ تم كتاب الاكراه

كتاب القسمة

قال رحمه الله القسمة من الحقوق اللازمة في المال المشترك اذا التمسها احد الشركاء والدليل على جوازها ان النبي عليه السلام
قسم خيبر بين اصحابه ونصب علي قاسما يقسم الناس بالاجر وهو فعل المسلمين من لدن رسول الله صلى الله عليه الى يومنا
هذا وانما وجبت بطلب احد الشركا لان كل واحد منتفع في حال الاشاعة بملك صاحبه فاذا التمس
القسمة فهو مانع لصاحبه من الانتفاع بملكه فله حق في ذلك والقسمة عندنا على ضربين احدهما
وضع التمييز الحقوق وهو القسمة فيما لا يختلف فيه كالمكيلات والموزونات والمعدودات
التي لا تتفاوت واذا قسمت فكان كل واحد من الشريكين اخذ ما استحقه في الاصل فلذلك جاز له
ان يبيعه مرابحة والنوع الثاني قسمة في معنى المعاوضة وهي قسمة ما يتفاوت كالثياب والعقار فما ياخذه كل
واحد منهما بعضه حق ملكه وبعضه عوض عما له في يد الاخر فلذلك لا يجوز له ان يبيع مرابحة ۞

باب قسمة العقار

قال ابو الحسن قال ابو حنيفة اذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها مذارعة وذرعها بينهما قاسم فان ذلك جايز
وكذلك قسمة قاسم القاضي اذا اقتسم بين قوم واقرع بينهم فان ابا حنيفة قال هو جايز اما جواز القسمة اذا تراضيا
بقاسم يقسم بينهم وذلك لان القسمة حق لهم فاذا تراضوا فيها على شيء جاز ولانها ان كانت في معنى العقود لتقدمهم
من غير حكم جايز وان كانت في معنى الحكم فيصح ان يتراضى الخصمان بحكم يحكم بينهما وكذلك يترادفان بقاسم
واما اذا قسمها قاسم القاضي فلان القسمة مما يجبر الحاكم عليها فاذا تولاها قاسم القاضي فقسمه حكم منه فيجوز ذلك
وقال ابو حنيفة القرعة في القياس لا يستقيم ولكنا تركنا القياس في ذلك واخذنا بالاثار والسنة وجه
القياس ان القرعة فيها تملك معلق بخطر الا ترى ان ما يخرج لكل واحد منهم بالقرعة تملكه وينقطع عنه حق
الباقين والقرعة في اسقاط الحقوق وايجاب الملك لا يصح ووجه الاستحسان ان السلف استعملوا القرعة
في القسمة من غير نكير وقد روي ان النبي عليه السلام لما قسم خيبر جعلها سهاما فضرب لكل فرس سهمان وقد قال
اصحابنا القرعة تستعمل في كل شيء جاز التراضي عليه ولا تستعمل فيما لا يجوز التراضي عليه ومعلوم ان الحاكم اذا قسم
جاز للمتهم التراضي بحكم تسوية جاز للقاضي ان يقول هذا القسم لهذا وهذا لهذا وانما وضعت القرعة لتطييب
القلوب وازالة التهمة لئلا يظن احد ان القاضي مال الى خصمه ولهذا قال اصحابنا ان القسمة لا تستعمل في العتق
لان التراضي لا يجوز على نقل الحرية من شخص الى شخص وقد قالوا ان القسمة اذا كانت بتراضيهم بالعقد لا يتم الا
بما يتولد ذلك احد منهم وما لم يتم العقد جاز الرجوع كالبيع الذي لم يتم واما اذا بقي سهم واحد فقد تعين مستحقه
وتم القسمة فصار كخروج جميع السهام واما اذا كانت القسمة بالحكم فان الرجوع لا يؤثر فيها وان لم يخرج السهام
لانهم اذا امتنعوا اجبرهم القاضي فلا معنى لامتناعهم قال واذا كانت الدار بين ورثة فاقتسموها وفضلوا بعضا
على بعض لفضل قيمة البناء والموضع فهو جايز لان القسمة لتعديل الحقوق وقد يكون بعض مواضع الدار خيرا
من بعض وقد يكون بعض البناء خيرا من بعض فلا يقع التعديل والقسمة الا بالفضل فجاز ذلك ۞ قال
وان كان البناء بين اقتسموا الارض غير معروف القسمة فلا يجوز هذا في القياس ولكنا استحسنا فيه واجزناه
وجه القياس ان القسمة في الارض والبناء قسمة واحدة بدلالة انه لا يجوز ان يفرد احدهما بالقسمة عن الاخر
ولم يجز ان يقسم العرصة مع جهالة البناء كما لا يجوز ان تقسم بعض العرصة ويبقى العقد موقوفا على تمام
القسمة بتقويم البناء وتعديله فاذا تم العقد مع زوال الجهالة فلذلك جاز ولان العرصة والبناء كالشيئين
المختلفين بدلالة ان احدهما يقسم على الذرع والاخر بالقيمة فمنع جهالة احدهما من صحة الاخر ۞ قال ابو حنيفة
ان كانت الدار بين ورثة كبار واقروا انها ميراث بينهم فارادوا القاضي ان يامر بقسمتها فان القاضي لا يامر بذلك
الا ان تقوم بينة على اصل الميراث ۞ قال وجملة هذا ان العقار اذا كان في يد جماعة ادعوا انه ميراث بينهم
عن فلان فان القاضي لا يقسمه بينهم باعترافهم ويشهد انه قسمها باقرارهم ولو كان في ايديهم عروض او شيء
مما ينقل ويحول قسمه باقرارهم استحسانا فاما اذا كان العقار في يد جماعة يدعون انه ملك لهم ولا يدعون انتقال
الملك فيه من غيرهم فانه يقسم باعترافهم في قولهم جميعا وان ادعوا انهم اشتروا ذلك من فلان الغايب فيه
روايتان رواية الاصل ان القاضي يقسم بينهم باعترافهم في قولهم وروي عن ابي حنيفة ان القاضي لا يقسمه حتى
يثبت انتقال الملك من الغايب اما الميراث فوجه قول ابي حنيفة ان التركة باقية على حكم ملك الميت ولهذا
ترد المواريث على بايع الميت بالعيب فاذا قسم القاضي نقل الشيء من حكم ملك الميت الى الورثة من غير ان يكون
في ذلك حظ للميت وذلك لا يجوز ولان القاضي يلي على الميت في حقوقه فلهذا ينصب له وصيا ليستوفي
ديونه ويقضي ديونه واذا ادعوا انتقال الملك اليهم فما للقاضي فيه ولاية لم يجز ان يعمل على
دعواهم الا ببينة كما لو حضر خصم يناز عهم في ذلك وهذا هو القياس في العروض وانما استحسنوا
لان في قسمتها حظا للميت الا ترى انه يحتاج الى الحفظ فاذا قسمت حفظ كل واحد منهم ما حصل في
يده والعقار محفوظ بنفسه لا يحتاج الى الحفظ ولان العروض اذا اقتسمها صار ما ياخذه كل واحد مضمونا
عليه بالقبض وذلك انفع للميت واما العقار فلا يضمن عنده بالقبض ولم يكن في قسمته منفعة فلذلك
لم يقسم وجه قولهما ان كل من في يده شيء فالظاهر انه ملكه واذا كان الظاهر انه على ملكهم جازت
القسمة لقولهم ۞ واما اذا ادعوا الشرى من غايب فوجه الرواية الظاهرة ان المبيع اذا كان في يد المشتري
فقد انقطع حق البايع عنه ولم يبق للبايع حق فيه فقسم بقولهم وجه الرواية الاخرى انهم اعترفوا بالملك للبايع
وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا ببينة كما لو ادعوا الميراث وانما قال لا ذلك لانه يكتب في كتاب
القسمة ان القاضي قسمها باعترافهم حتى لا يكون ذلك قضاء على مالك لها او شريك لهم قال واذا كان
في الورثة كبير غايب او صغير والدار في يد الكبار الحضور فاقروا انها ميراث بينهم وارادوا القاضي
على قسمتها بينهم فان ابا حنيفة قال لا اقسمها وقال ابو يوسف ومحمد اقسم بينهم واعزل حق الغايب
والصغير واشهد الشهود على اني قسمتها باقرارهم واجعل الغايب والصغير على حجته اما ابو حنيفة
فمن اصله انهم لو حضروا جميعا وطلبوا القسمة لم تقسم الا بعد اقامة البينة فمع غيبة بعضهم اولى ۞

وأما هما فقالا إن الظاهر أن الدار على ملكهم فإذا أقروا بسهم للغايب فالقول قولهم فيه فيقسمها باعترافهم
ويشهد أنه قسمها بقولهم حتى لا يكون في ذلك تمليك لنصيب غيرهم ٥ قال أبو يوسف إذا كانت الدار في يد
الغايب أو في يد الصغير أو في أيديهما منها شيء استودعه رجلا وغاب لم أقسم ذلك حتى يحضر وذلك لأن القسمة
فيه استحقاق ليد الغايب والصغير وذلك لا يجوز إلا ببينة ولأنا إنما نقبل إقرارهم لأن الشيء في أيديهم وإذا
كانت اليد لغيرهم لم يكن بد من الرجوع إلى قول الغايب كما يجب الرجوع إلى قولهم قال أبو الحسن وإذا أقام
البينة على المواريث والحاضر اثنان أو أكثر والغايب واحد أو أكثر فإن أبا حنيفة يأمر القاضي بقسمها ويعزل
نصيب كل صغير وغايب ويوكل وكيلا يحفظه وذلك لأن كل واحد من الورثة قائم مقام الميت وخصم عنه
فإذا حضر اثنان وطالب أحدهما الآخر بالقسمة قام الطالب مقام الميت فجاز أن يقضى عليه كما يقضى على أحد
الورثة بدين المدعي على الميت لأن القاضي قام مقام الميت وخصم عنه فإذا تنازع اثنان عن ورثته قام
القاضي مقام الغايب والصغير ولا بينة على الميت فجاز أن ينتصب عنه خصما ويقضي بالقسمة وأما إذا كانت
الدعوى لملك عن غير المواريث فتنازع شريكان في القسمة ولهم شريك غايب فإن القاضي لا يقسمها
في قولهم لأن كل واحد منهم ليس بخصم عن الآخر والقاضي لا ولاية له على الغايب فلم يجز القضاء عليه إلا أن يحضر
من يقوم مقامه وأما إذا حضر واحد وغاب الباقون وطلب القسمة فإن القاضي لا يقسم لأن القسمة
لا تصح إلا بين متقاسمين فمتى حضر اثنان فالعقد يصح بينهما وحق الغايب على طريق التبع وإذا حضر واحد
وليس هناك خصم فلم يصح الحكم به وحده ولأن المتنازعين يقوم المدعي مقام نفسه والآخر مقام الميت فإذا
حضر واحد لم يجز أن يكون هو المدعي والمدعى عليه ولذلك لا يقسمها القاضي فإن كان الوارث الحاضر كبيرا وهناك
وارث صغير نصب القاضي للصغير وكيلا وقسم لأن القاضي يلي على الصغير في حقوقه فيلزمه أن ينصب من يدعي له
ويجيب عمن يدعى عليه ولو أقام الوكيل مقام الصغير فكأن الورثة حضورا قال ولو أن بين رجلين دارا أراد أحدهما
قسمتها وأبى الآخر فارتفعا إلى القاضي فإن أبا حنيفة قال في ذلك إن كان ينتفع كل واحد منهما بنصيبه إذا قسم
ويصلح لشيء فإن القاضي ينبغي أن يقسمه بينهما ٥ قال وجملة هذا أن المتقاسمين في القسمة إذا كان كل واحد منهما ينتفع
بنصيبه قسم القاضي لأن لكل واحد منهما حقا في القسمة ومنفعة فإذا طلب ذلك أحدهما أجبر الآخر عليه وأما إن
كان أحدهما ينتفع بنصيبه والآخر يستضر به لقلته فإن طلب القسمة الذي ينتفع بما قسم بينهما وإن استضر الآخر
وإن طلبها الذي يستضر لم يقسم وقال الرازي لم لا يقسم في الوجهين أما إذا كان الطالب ينتفع بنصيبه وله
حق في القسمة ومن طلب ما له فيه حق صحت مطالبته ولا يعتبر باستضرار الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك نفسه
وللإنسان منع غيره من الانتفاع بملكه وأما من رأى أنه لا ينفق إن القسمة إذا أضرت بأحدهما لم يجز للقاضي أن يتولاها
كما لو أضرت بهما وهذا ليس بصحيح لأن صاحب النصيب القليل قد التزم هذا الضرر حين ملك شيئا يسيرا أو الضرر
الذي التزمه يجوز أن يقضى فيه عليهم فأما إذا طلب القسمة الذي يستضر فلا حق له في هذه المطالبة ومن لا حق
له في الشيء لا يصح دعواه فيه فلا يقضى له به وأما إذا كان كل واحد منهما يستضر فإن القاضي لا يقسمها إلا إذا
اتفقا لأن كل واحد منهما لا حق له في المطالبة بما يستضر به فلم يصح مطالبته ولا يجوز القضاء له فإن تراضيا
بذلك قسمناه وإن استضر كل واحد منهما فقد يجوز أن تكون له فيه نفع من وجه وإنما لم يقسم لحقه فإذا رضي
جاز ٥ قال أبو حنيفة لا يقسم القاضي الحايط بين رجلين ولا يقسم الحمام وذلك لأن في قسمه كل واحد منهما
ضررا ألا ترى أنه لا ينتفع ببعضه دون بعض وقد بينا أن القسمة إذا استضر بها الشريكان لم يفعلها القاضي بطلب
أحدهما وقال أبو حنيفة القسمة جايزة على الرجال والنساء وأهل الذمة وذلك لأنها من حقوق الملك والرجل والمرأة
والمسلم والذمي في الملك سواء فكذلك في حقوق الملك ٥ قال وكذلك حر وعبد تاجر ومكاتب فالقسمة
عليهم جايزة لأن القسمة من أحكام الملك والعبد التاجر في أحكام الملك كالحر ٥ قال أبو حنيفة وإذا كانت
الدار تشترى بين قوم وأحدهم غايب وأقاموا بينة على ذلك فإني لا أقسمها وكذلك قال أبو يوسف ومحمد
وذلك لأن القاضي لا ولاية له على الغايب فلم يجز أن يحكم عليه مع غيبته وليس كذلك الميراث لما قدمناه
وقال أبو يوسف إذا كانت الدار ميراثا أوصى بها وصية بالثلث وبعض الورثة غايب وبعضهم شاهد فأراد الموصى
له بالثلث أن يقسمها فأقام البينة على المواريث والثلث فإن الدار تقسم على ذلك لأن الموصى له شريك الوارث
ولو حضر الوارثان قسمت الدار فإن كان هناك وارث غايب فكذلك إذا حضر وارث وموصى له وقال أبو حنيفة
إذا كانت الداران بين ورثة قسمت كل دار على حدة ولم أجمع نصيب أحدهم في دار واحدة إلا أن يتراضوا على ذلك
وكذلك الداران المتلاصقتان فأما المنزلان في دار واحدة إذا كانا متلاصقين فإني أقسمها جملة واحدة وقالا
ينظر القاضي في ذلك فإن كانت إن اجتمعت أنصباء كل واحد في دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك قال محمد لو كان
إحدى الدارين بالرقة والأخرى بالبصرة فقسمت إحداهما في الأخرى لأبي حنيفة أن اختلاف الغلوات والمحال في
كل بلد وهو مواضع الدار من كل محلة ولهذا لو تزوج على دار لم يصح القسمة كما لو تزوجها على ثوب وإذا جرت مجرى
الأجناس لم يجز أن يقسم بعضها في بعض إلا بالتراضي وأما المنزلان المتلاصقان فهما من دار واحدة فحكمهما
حكم البيت الواحد فإن افترق المنزلان في دار قسم كل واحد على حدته كما يقسم الداران فأما هما فقالا إن

فيتعذر مع ذلك التعديل والقسمة موضوعة للتعديل ٥ ووجه قولهما أنه جنس واحد فيقسم بعضه في بعض كالغنم
والإبل وقد قال في الأصل إذا كان مع الرقيق غيره قسمته وكان أبو بكر الرازي يقول معناه قسمته بتراضيهم قال لأن الجنسين
إذا كان كل واحد منهما يقسم على الانفراد لم يقسم أحدهما في الآخر فإذا كان أحدهما إذا انفرد لم يقسم فأولى بأن لا يقسم
مع الآخر ومن أصحابنا من قال إن الرقيق إذا كان معه غيره صار تبعا في القسمة وقد يتبع في العقود ما لا يفرد كدخول
الشرب والطريق في البيع فكذلك دخول القن والمهر في القسمة ٥ وقال في مسألة الرقيق عطفا عليها وكذلك
اللؤلؤ واليواقيت والزمرد يعني أن هذه الأجناس المختلفة لا يقسم بعضها في بعض كما لا يقسم ساير الأجناس فأما
إذا انفرد جنس منها فالتعديل فيه ممكن فيجوز قسمته ٥ قال فأما الفضة التبر فإنها تقسم والذهب التبر والحديد
التبر والنحاس التبر ولا يقسم الآنية من ذلك لأن التبر يمكن قسمته بالوزن فيعزل نصيب كل واحد منهما
وأما الآنية فإن الصناعة فيها تجعلها كالأجناس المختلفة فلذلك لا يقسم بعضها في بعض ٥ قال ويقسم قليل
الموزون والمكيل وكثيره لأن التمييز على القليل كما هو ممكن في الكثير ٥ قال ولا يقسم حايط بين جارين ولا
حمام ولا حانوت صغير لا ينتفع كل واحد منهما بما يصيبه منه لأن الحايط لا يقسم إلا بنقضه وذلك إتلاف ملكه
والحمام إذا قسم استضر كل واحد منهما وكذلك الحانوت الصغير ومتى استضر كل واحد من المتقاسمين في القسمة
لم يكن فيها حق لواحد منهما فلا يصح مطالبته به فأما إذا كان الذي نصيب أحدهما من الحانوت ينتفع به فقد بينا
الكلام فيه فيما مضى وقال أبو يوسف في قسمة العقار لا يجعل لبعضهم طريقا على بعض ولا مسيلا ما إذا وجد
سبيلا إلى ذلك ولا يفرز نصيب إلى نصيب إلا برضا منهم لأن القسمة موضوعة للتمييز ولإزالة الشركة فإذا
أمكن تمييز الطريق والشرب والمسيل لم يجز تبقيته بالشركة فإذا لم يمكن ذلك فلا بأس به لأن التمييز لا
يمكن في وجه فوجب أن يقر أصل الملك في بقية الشركة في الحقوق وأما ضم نصيب بعض الشركاء إلى
نصيب بعض فيجوز إذا رضوا بذلك لأن القسمة لما اتفقت لحقهم فإذا اصطلح الشريكان على جمع نصيبهما
فقد اختار تمييز نصيب نفسه عن الشركاء وأن يجاورا بنصيب كل واحد منهما في نصيب الآخر فوجب أن يترك
على الشركة ٥ قال وخيار الرؤية وخيار الشرط والرد بالعيب في القسمة مثله في البيع لا يختلفان ما جاز
فيه خيار الرؤية في البيع فكذلك في القسمة وما جاز من خيار الشرط في البيع فهو جايز في القسمة وما لا
يوجب رد البيع من العيب في القسمة وسوى القسم الشريكان وقسمة الإجبار في جميع ما ذكرنا من خيار الرؤية والشرط
فيجعلان في القسمة إذا كانت بتراضيهما لأنها في معنى البيع وأما إذا كانت بحكم الحاكم فلا معنى لخيار الشرط
والرؤية لأن الخيار ثبت للفسخ وإذا فسخا أجبرهما القاضي على إعادة القسمة فلم يكن لذلك فايدة فأما
خيار العيب فيثبت في القسمتين ووجه ذلك لأن القسمة موضوعة للتعديل المستحق وما يوجب نقصان
العيب فيه رجع بذلك في القسمة لأنه رجع على شريكه بنصف ما نقص نصيبه ذلك العيب لأن
الرد بالعيب واجب في القسمة كما يجب في البيع فإذا تعذر الرد من طريق الحكم وجب الرجوع بنصف
النقصان وإنما رجع بنصف النقصان لأن ما أخذه بعضه بحق الملك وبعضه عوضا عما في يد
الآخر فما كان من نصيب نفسه لا يرجع به وما كان من نصيب شريكه يرجع به ٥

باب ما لا يقسم من العقار وغيره

قال أبو الحسن قال محمد في الأصل قال أبو حنيفة لا أقسم الحايط ولا الحمام ولا البيت الصغير إذا لم يصب واحد
ما ينتفع به وقد بينا ذلك ٥ قال ولو كان بيت بين رجلين في أرض رجل قد بنياه بإذنه فأراد أن ينقضاه
[illegible] وصاحب الأرض غايب [illegible] فإن أبى أحدهما [illegible]
[illegible] صاحب الأرض [illegible] وذلك لأن البنا لو قسم [illegible]
[illegible] الأرض مستعارة لهما [illegible]
[illegible] القسمة توجب نقض البناء [illegible]
[illegible] ملك مشترك [illegible] فقال أبو حنيفة إذا اجتمع أصحاب الحايط على
قسمته قسمته وكذلك الحمام لأن هذه القسمة فيها ضرر عليهما ولهما [illegible] ألا ترى أن كل واحد منهما
يجوز أن [illegible] نصيبه من الحمام [illegible] فأما الحايط فهي أن يكون
مجموعا على أنهما أقسما أخذ هذا طايفة منه والآخر مثلها فيجوز [illegible]
[illegible]
[illegible] قال أبو حنيفة إذا كان طريق
[illegible]
فيه فهذا ملك مشترك [illegible] في قسمته فإن كان لا يبقى فيه ما يستطرق فيه فالقسمة فيها [illegible] فلا
يجوز إلا بالتراضي [illegible] ٥ قال وإن كان طريق بين رجلين لو اقتسما لم يكن لواحد منهما فيه ممر [illegible] واحد
منهما لا يقدر أن يفتح من منزله بابا ويجعل طريقه من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر فإني لا أقسمه

القاضي عن عزمه في القسمة ابتداء لأن اجتهاده واستعمال العدل في القسمة ٥ وإذا كان جمع النصيب في دار أنفع بهما جميعا
من التفريق فعل ما هو الأحوط ٥ قال وإن اختلفا في قيمة البناء فقال بعضهم اجعل قيمة البناء بدعي(?) من الأرض وقال بعضهم أعطها
على الدراهم فإن القاضي يجعلها على الذرع قال وجملة هذا أن القاضي لا ينبغي أن يقسم ويدخل في القسمة الدراهم فإن
فعل ذلك جاز ٥ وقال مالك إن كانت يسيرة جاز وإن كانت كثيرة لم يجز وأفسدت القسمة والوجه في ذلك
أن القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار ولو أدخلنا الدراهم لقسمنا ما ليس بمشترك وهذا
لا يصح ولأن الذي يعطي الدراهم يتعجل استيفاء زيادة النصيب في الدار ويجعل الدراهم في ذمته ويجوز أن يسلم
لحمته ويجوز أن لا يسلم فلم يجز للقاضي أن يعجل نصيب أحدهم ويؤخر نصيب الآخر فأما إذا فعل ذلك جاز لأنه
قد لا يمكن القسمة إلا بالتعديل بالدراهم ألا ترى أن قيمة البناء في أحد الجزوين يكثر فلو عدلناه بالعرصة لم يبق
لصاحب البناء من العرصة ما ينتفع به فيبدل ذلك بالدراهم حتى ينتفع كل واحد منهم بقطعة من العرصة إلا أن الأولى
أن لا يفعل ذلك ما أمكن لأن الدراهم في مقابلة التابع والقاضي يجبر على القسمة ولا يجبر على البيع ٥ قال
فإن اختلفوا في رفع الطريق فقال بعضهم ارفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا ترفع فإن الحاكم ينظر في ذلك فإن كان
يستقيم لكل واحد منهم طريق مستقيم يفتحه في نصيبه فإنه يقسم بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم وإن كان
لا يستقيم ذلك رفع الطريق بين جماعتهم لأنه إذا كان كل واحد يمكن أن ينفرد بطريق فالمانع من رفع الطريق
يطلب قسمة الملك والآخر يطلب قسمة بعض الملك دون بعض فالواجب أن يقسم كل ملك مشترك إذا أمكن
قسمته من غير ضرر فأما إذا لم يمكن فالواجب رفع الطريق بينهما على الشركة لأنا لو لم نرفعه لم ينتفع كل واحد
بنصيبه فالقسمة لا تقع على وجه الضرر ... قال ولو اختلفوا في سعة الطريق وفي ضيقه جعل على
عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيهم وذلك لأن الطريق يحتاج إليه ليسلك منه إلى الباب فمقدار الباب
يحتاج إليه وما زاد عليه لا يدعو الحاجة إليه فلا وجه لتركه ٥ قال وإذا وقع حائط في قسم رجل ... الحائط لأحد
القسمين وعليه جذوع للآخر ووقعت القسمة على أن يكون هكذا أو لم يذكروا في القسمة شيئا فإنه يترك على حاله
إلا أن يشترط رفع الجذوع عليه وكذلك لو كان الرحا وقع على حائط على هذه الصفة أو درجه وكذلك الأسطوانة
وقع عليها جذع وكذلك روشن وقع لصاحب العلو مشرفا على نصيب الآخر فأراد صاحب السفل أن يقطع الروشن
فليس له ذلك إلا أن يشترط قطع ذلك ألا ترى أن أحدهما لو أوصى به بعلو وأصاب الآخر سفله لم يكن لصاحب
السفل أن يهدم العلو وذلك لأن القاسم لما قسم بينهما وجعل الحائط لأحدهما والجذوع للآخر فقد حصل لهما القسمة
الروشن والسقف الموضوع على هذا الحائط فلو جوزنا لصاحب الحائط الرفع عليه لم يسلم للمقاسم ما سلم إليه
بالقسمة فلذلك وجب تبقيته على ما هو عليه وإن لم يشترط ٥ وأما إذا اشترط قطعه فلم يجعل طريقه
في نصيبه في حق الاستقرار على الحائط فلم يجز تركه ٥ فقد قال في المقاسمين إذا كان لأحدهما أطراف خشب
على حائط طاعنة في قسمة شريكه فإن كانت مما يمكن أن يجعل عليها سقف لا يكلف قطعها لأن هذا
لم يشترط قطعه وهو مما ينتفع به فصار كالعلو والروشن ٥ وإن كانت الأطراف لا يمكن التسقيف عليها
فإن صاحبها يكلف قطعها لأنه إذا لم ينتفع بتبقيتها لم يجز أن يكون ذلك من حقوق القسمة المستقرة فصار
صاحبها شاغلا بها نصيب صاحبه بماله بغير حق فهو من باب ... ٥ وذكر ابن سماعة في نوادره في المقاسمين
إذا ميز نصيب أحدهما وفيه شجرة أغصانها مظلة على قسمة الآخر فإن الأغصان تقطع لأنه لما لم يمكن أن
يستقر هذا الحق حتى يصير شرطا في القسمة صار كالأطراف التي لا يسقف عليها فيقطع ... وذكر
ابن سماعة في نوادره أنها لا تقطع لأن في ذلك ضررا على الشجرة وقد استحق صاحب الشجرة هذه الشجرة على
وجه لا يستقر به فصار بقاء أغصانها ... على شريكه كأطراف الجذوع التي يمكن التسقيف عليها
قال وإذا أصاب رجلا مقصورة في داره وأصاب الآخر منزل آخر طريق آخر على هذا المنزل في هذه
المقصورة قال وجملة هذا أن القسمين إذا كان طريق أحدهما في الآخر أو مسيل ما أحدهما في الآخر أو على
علوه فاقتسموا ولم يسموا ذلك ولم يذكروا الحقوق فإنه ينظر فإن كان يقدر كل واحد من المقاسمين أن
يفتح لنفسه طريقا ومسيل مائه في ملكه من غير أن يستطرق في نصيب الآخر ولا يسيل فيه الماء فإنه
يقطع طريقه ومسيله من نصيب شريكه والقسمة جائزة لأنها موضوعة لتمييز حق أحد الشريكين من حق
الآخر فوجب أن يصرف طريقه ومسيله عنه وإن كان لا يمكنه أن يسيل ماؤه إلا على نصيب شريكه
ولا طريق له إلا في ملك شريكه فهو على وجهين إن شرط القاسم في القسمة أن ما أصاب كل واحد فهو له
بحقوقه وأنه يترك الطريق والمسيل في حق الآخر على حاله لأنه لا يمكن صرفه إلا بضرر لأنه يبقى بلا
طريق ولا مسيل فصار الاستطراق في نصيب الشريك حقا له وقد شرط له في القسمة الحقوق فوجب
أن يترك حقه في الاستطراق على ما كان عليه وإن كان القاسم لم يشترط في القسمة الحقوق فالقسمة باطلة
ويستأنفها القاسم على وجه يمكن كل واحد منهما أن يجعل لنفسه طريقه أو مسيله لأنه لما لم يشترط الحقوق
لم يجز أن يترك له حق الاستطراق في نصيب شريكه فبقيت القسمة لا ينتفع أحدهما بنصيبه وهذا غلط
من القاسم فوجب أن ينقض قسمته ويستأنفها على وجه ينتفع به كل واحد من الشريكين بنصيبه ٥ قال

وذلك لأن الضرر في الطريق إنما هو بطلان الاستطراق ٥ فإذا أمكن كل واحد منهما أن يستطرق من جهة
أخرى لم يستضر بقسمته هذا الطريق فوجب أن تقسم ٥ قال وإذا كان مسيل ما بين رجلين فأراد أحدهم
قسمته وأبى الآخر فإن كان له موضع يسيل فيه سوى هذا قسمته بينهما وإن لم يكن له موضع إلا بضرر لم
أقسمه وهذا على ما بيناه في الطريق ٥ قال وإن كان زرع بين رجلين في أرض لغيرهم وأراد قسمة الزرع دون
الأرض وقد بلغ وسنبل لم أقسمه حتى يحصد ثم أقسمه بالكيل لأنه إذا بلغ دخله الربا والقسمة فيها الربا لا يجوز
مجازفة وقسمته قبل الحصاد مجازفة فيه ربا فلم يجز وإن كان الزرع بقلا لم أقسمه لأنه إذا قسم من غير قطع
فلكل واحد منهما منع الآخر تبقية ما أصابه من الزرع لشركته في موضعه فصار في القسمة ضرر على الشريكين وإن
قطعه القاضي ثم قسمه ففي قطعه ضرر عليهما وذلك لا يجوز إلا بالتراضي قال وكذلك الزرع بين رجلين في أرض لغيرهما
لأنهما إما أن يكونا استأجرا أو استعارا فإذا قسم الزرع فلكل واحد منهما منع الآخر من تبقية نصيبه فيدخل
عليهما الضرر ٥ قال وكذلك طلع بين قوم أرادوا قسمة الطلع دون النخل ودون الأرض فإن اقتسموه وشرطوا
تركه فإن ذلك فاسد وإن اقتسموا على أن يقطع كل واحد منهما ما أصابه فهو جائز لأنهما إذا شرطا التبقية
فقد شرط كل واحد منهما في القسمة الانتفاع بملك شريكه وذلك لا يجوز وإن شرطا القطع فقد رضيا بإدخال
الضرر عليهما فيجوز ٥ قال وإن استأذن رجل منهم أصحابه بعد القسمة في ترك ما أصابه فأذنوا له في ذلك فأدرك
وبلغ فإن الفضل له طيب وذلك لأنه لما حصل بإذنهم فقد حصل له النماء من غير وجه محظور فيطيب وإن تركه
بغير إذنهم تصدق بالفضل لأنه حصل له من وجه محظور ٥ قال وإن كان ثوب بين رجلين أراد أحدهما قسمته
وأن يشق نصيبه منه وأبى الآخر لم أجبره على ذلك ولم أقسمه بينهما وكذلك السيف والخاتم والآنية الفضة
والذهب والخشبة والصفر وذلك لأن القسمة لا تمكن إلا بإتلاف جزء منه بالقطع فلا يجوز للحاكم أن يتولى
ذلك وإن تراضيا فإنما تولياه ذلك بأنفسهما ٥ قال وإن أوصى رجل بصوف على ظهر غنم بين رجلين فأرادا
قسمة ذلك قبل أن يجز لم يقسم وكذلك اللبن في ضروعها والأولاد في بطونها لأن الصوف واللبن
يدخلهما الربا فلا يجوز القسمة فيهما إلا بكيل أو وزن وذلك لا يمكن مع اتصاله بالأصل فأما الأولاد فلا يمكن
التعديل فيهم قبل الانفصال والقسمة موضوعة للتعديل ٥ قال فإن كان ساجة أو خشبة أو باب أو رحا
أو دابة أو بعير بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فإن هذا لا يقسم وكذلك اللؤلؤ والياقوت
والفص بين اثنين لأن القسمة في هذا لا تمكن إلا بالقطع وفي ذلك الضرر عليهما فلا يجوز ٥ قال وإن كان بين
رجلين جوالق أو بساط أو شق محمل فأبى لا أقسمه لما في ذلك من الضرر عليهما جميعا ٥ فإن كانت جبة
بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فإن كان في قطعها ضرر فهي كالثوب الواحد وإن كان حبا كثيرا
فالتعديل يمكن من غير ضرر ٥ قال وكذلك نقرة فضة أو ذهب وكل ما يؤتى من القطن والأدهان لما بينا
وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ما ينتفع به والسفل لغيرهما وكذلك سفل بين رجلين علوه
لغيرهما لأن القسمة ممكنة في العلو كما يمكن في السفل فجاز في ... ما كل واحد منهما وكذلك ... بين رجلين الزيت
والسمن والخل والأشربة والماء لأن التعديل في جميع ذلك ممكن قال فإن كانت بئر بين رجلين أو عين أو قناة
أو نهر وليس لهم معه أرض فإن أراد أحدهما القسمة وأبى الآخر فإني لا أقسم ذلك بينهما لأن القسمة في
البئر والنهر تبطل المقصود لهما وتدخل الضرر على كل واحد من الشريكين فلم تجز ٥ قال فإن كان مع ذلك
أرض ليس لها شرب إلا من ذلك قسمت الأرض بينهما وإن أبى ذلك أحدهما وتركت القناة والنهر والبئر
والعين لكل واحد شربه منها لأن الأرض يمكن قسمتها بغير ضرر والبئر والنهر لا يمكن ذلك منهما فتركا على
الشركة ٥ قال فإن كان كل واحد منهما يقدر أن يجعل الأرض شربا من مكان آخر وكانت أنهار الأرضين
متفرقة أو عيونا متفرقة إذا كان قسمت ذلك كله بينهما العيون والآبار والأرضين لأنه يمكن أن يفرد
كل واحد ببئرها وبنهره فلا يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر قال وإذا كان سرج أو درع حديد أو مصحف أو قرن(?)
أو قميص أو جبة أو طيلسان أو فراش أو وسادة أو بساط أو فسطاط بين رجلين أراد أحدهما قسمته وأبى
الآخر فإني لا أقسمه لأن القسمة فيها ضرر على المقاسمين جميعا فلا يجوز للحاكم أن يفعلها بطلب أحدهما قال
أبو حنيفة لا أجبر واحدا منهما على أن يبيع نصيبه من شيء مما سمينا فإن أراد أحدهما البيع وأبى الآخر فإنه
لا يجبر على البيع ويقال للآخر بع نصيبك إن شئت أو دع وقال مالك فيما لا يمكن قسمته إذا اختصم فيه
الشريكان باعه الحاكم وقسم ثمنه بينهما إن البيع من غير رضا صاحبه وليس من أصلنا الجبر على البائع العاقل
الحر ولأن في البيع إزالة ملك المالك بغير رضاه وذلك غير مستحق بالشركة بدلالة ما يملك فيه
القسمة ولأن كل واحد منهما على بيع نصيبه على الانفراد وإنما يستضر لأن الثمن من الأصل الشركة
ومن لم يملك إلا نصيبا مشتركا ولا يجوز أن يجبر الآخر على البيع ليتوفر نصيب شريكه ٥

باب الدار فيها الطريق لغير أهلها

قال أبو حنيفة إذا كانت الدار بين رجلين فأرادا قسمتها وفيها طريق لغيرهما فأراد صاحب الطريق أن

بمنعهما من القسمة فليس له ذلك ويترك الطريق عرضه عرض باب الدار لا عرضه وطوله من باب الدار الذي له الطريق
وتقسم بقية الدار على حقوقهم ويترك هذا الطريق بينهما نصفين ولصاحب الطريق ممره في ذلك وليس له قسمة هذا
الطريق اذا استحاذ ذلك بعضهم الا ان يتراضوا جميعا وانما لم يكن لصاحب الطريق منع القسمة لانه لا حق له الا في مقدار
ما يجتاز فيه وما سوى ذلك لهما لا حق له فيجوز قسمته ٥ وقد قالوا في الساحة اذا كان فيها طريق لغير اهلها
فارادوا ان يبنوا فيها فليس لصاحب الطريق منعه من البناء لكن يترك مقدار ما يجتاز فيه ويقال لهم ابنوا
الباقي وكذلك هذا وانما بقي الطريق بين الشريكين نصفين لان ملك النفقة كان نصفين ولصاحب الطريق حق
الاجتياز فاذا بقي ذلك لم يقسم ما بقي على ما كان عليه وانما جعل عرض الطريق على عرض باب الدار لانه يحتاج اليه
للاجتياز من الباب فما زاد على عرض الباب لا تدعوا الحاجة اليه والذي روي عن النبي عليه السلام انه قال اذرعوا اسبعة
اذرع للطريق فابنوا ما سوى ذلك فانما قاله في الارض المجتازة يرفع الطريق للمارة فيرفع لهم ما يحتاجون اليه
حتى لا يضر ملحي الارض واما في مسلينا فالحاجة تدعوا الى الاجتياز وذلك بمقدار الباب واما قوله ان هذا الطريق
لا يقسم بالتراضي فلان في قسمته ضررا وهو اسقاط حق الطريق ولا يجوز الا برضا صاحب الطريق ٥ قال فان باعوا
هذه الدار وهذه الطريق برضاهم جميعا قسموا الثمن فيضرب فيه صاحب الاصل بثلثي الثمن ويضرب فيه صاحب الممر
بالثلث وكذلك ان كان في الدار مسيل ما وهذا محمول على ان صاحب الاجتياز له ذلك في نفس البقعة فلسنا وى
الشريكين فيها فكانت بينهم اثلاثا فيقسم الثمن على ذلك واما اذا كان ملك النفقة للشريكين وللاخر حق الاجتياز
فباعها باذنه فكان ابو الحسن يقول الثمن لهما وقد سقط حق صاحب الاجتياز لانه حق لا يجوز اخذ العوض
عليه الا ترى ان بيع الطريق لا يصح فلما اذن لهما في البيع اسقط الحق الثابت له ولا عوض فسقط حقه بغير شي
وقد روي عن محمد انه قال يضرب كل واحد منهما بحقه من البقعة ويضرب صاحب الطريق بحق الاستطراق
ولان الحق متعلق بالبقعة على وجه التأبيد فصار كل جزء منها ومعنى هذا ان الارض التي لا طريق فيها لها قيمة فاذا
كان فيها طريق لغير اهلها نقصت قيمتها فيضرب صاحب الطريق بفضل القيمة من الارض اذا لم يكن فيها طريق وثلثها اذا
اذا كان فيها طريق ويضرب كل واحد من الشريكين بنصف قيمة النفقة اذا كان فيها طريق ويقسمون على ذلك قال واذا
كانت الدار فيها طريق لرجل وفيها طريق لاخر من ساحة اخرى فليس لهما ان يمنعا القسمة ويجعل لهما طريق واحد عرضه
عرض باب الدار التي يابي كل واحد منهما ويقسم ما في الدار بين اهلها وذلك لان صاحب الطريق لا يتعلق حقه بكل
البقعة وانما يتعلق بقدر ما يستطرق فيه ويمكن ان يستطرقا في بقعة واحدة الجيش يختلف ابوابهما ثم ينفرد
كل واحد منهما بطريق فلم يجز ان يجعل لكل واحد منهما طريقا منفردا لما في ذلك من الضرر بصاحب الدار فيجعل لهما
طريقا واحدا ونقسم ما في الدار فقال ولو كان لرجل صفة في دار وطريق الى باب الدار وما بقي بين الورثة فارادوا
قسمتها كان لهم ذلك ويرفع الطريق قدر عرض باب الدار الى باب الصفة ويكون ما بقي من الدار بعد الصفة والطريق
بينهم من اهل الدار على المواريث فان كان باب الصفة اعرض من باب الدار فاراد صاحب الطريق ان يكون عرض الطريق
عرض باب الصفة فليس له ذلك وانما له الطريق بقدر عرض باب الدار لان الطريق اذا كان اعرض من باب الدار لم
[illegible] انتفاع فيه بما زاد عرضه على عرض الباب فلا فايدة في الزيادة ٥ فان اراد صاحب هذا المنزل ان يفتح في هذا
الطريق بابا الى [illegible] ذلك وليس [illegible] من الطريق [illegible] واحدو [illegible]
حايط هذا الطريق [illegible] من رفع حايطه ولو رفع حايطه جاز فكذلك اذا فتح فيه بابا ٥ قال ولو كان هذا
المنزل بين رجلين قسماه بينهما وجعل كل واحد منهما طريقا [illegible] في هذا الطريق كان جايزا وكان لكل واحد منهما ولا
نمنعهما ذلك لاهل الطريق لانهما انما فتحا الباب في [illegible] حايطه في ملكه واستطراقهما من بابين كاستطراقهما
من باب واحد ٥ قال ولو كان صاحب المنزل واحدا واشترى دارا اخرى وراء هذا المنزل وفتحها الى هذا
المنزل [illegible] الطريق الموضوع بينهما فان ابا حنيفة قال ان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله ان يمر في الدار وفي المنزل
اذا كان واحدا فهو يستطرق من الدار الى المنزل ليس لاهل الطريق منعه [illegible] ساكن الدار ان ينفذ في الطريق وذلك لان الساكن
لما كان يستطرق قبل فتح الدار [illegible] واذا كان في الدار ساكن [illegible] الا استطراق الى المنزل ثم من المنزل الى الطريق
من الدار الى الطريق ولا حق لتلك الدار في هذا الطريق ٥ قال ولو اختصم اهل الطريق في الطريق واحتج كل
واحد منهم انه له فان ابا حنيفة قال هو بينهم اثلاثا بالسوية ولا يجعل على قدر ما في ايديهم من ذرع الدار والدور
لانهم تساووا في التصرف فيه بالاستطراق فتساووا في استحقاقه ولان الاستطراق من الذرع الكثير
كالاستطراق من الذرع اليسير [illegible] الدار [illegible] يستطرق منه لانه لا يزيد حقه
على واحد منهم [illegible]
منهم [illegible] الطريق كيف كان
[illegible] ٥ قال فان كانت الدار لرجل [illegible] طريق لاخر [illegible] فاقتسموا
بينهم [illegible] الطريق لصاحب الطريق [illegible] فلصاحب الطريق نصفه وللـ

واذا وقع للرجل في القسمة ساحة لا بنا او وقع للاخر بنا فاراد صاحب الساحة ان يبني ساحته ويرفع بناه فقال صاحب البنا
تسد علي الريح والشمس فلا ادعك ترفع بناك ــــــ فلصاحب الساحة ان يرفع بناه ما بدا له وليس
للاخر ان يمنعه لانه حقه يصنع فيه ما بدا له وليس للاخر ان يمنعه لانه حقه يصنع فيه ما بدا له وهذا قولهم ولو
اراد ان يصنع في الساحة مخرجا او تنورا او اراد ان يبني حماما ومنعه صاحب البنا فليس له منعه من ذلك وكذا
لو جعل فيها رحى او قصارا او صباغا ولو كف عن شي يوذي جاره كان احسن له ولكن لا يجبر على ذلك لان صاحب
الساحة يتصرف في ملكه وله ذلك وان اذى لغيره الا ترى ان الدكاكين الشارعة في الطريق يستضر اهلها بغبار
الدكان والتراب الذي تثيره الدواب ولا تمنع اهل الطريق من ذلك لانهم يتصرفون في حقهم وان اضر بغيرهم
وكذلك ارباب الحوانيت يوقدون النار فيها فيستضر بهم مارة الطريق ولا يمنعهم من ذلك لانهم يتصرفون
في ملكهم فكذلك هذا وانما قال ان الكف عما يوذي الجار اولي لما روي ان النبي عليه السلام قال اوصاني جبريل بالجار
حتى ظننت انه يورثه قال ولو فتح صاحب البنا في علوه وفي بنايه بابا او كوة فطلب صاحب الساحة ان يسد
ذلك ويتاذي به لم يكن له سده ولكن يبني في ملكه ما يستره من ذلك وكذلك جميع هذا القول في دارين
احديهما لرجل والاخرى لرجل وذلك لان صاحب البنا لو اراد ان يرفعه لم يكن لجاره منعه من ذلك فاذا فتح
فيه بابا او انما رفع بعضه دون بعض فله ذلك ٥ واما اذا بنا صاحب الساحة في ملكه ما يستر ذلك الباب لانه
متصرف في ملكه فجاز ذلك وان منع منه الغير من الاطلاع عليه ٥ قال ولو اتخذ رجل في منزله في ملكه كرما او بالوعة
او بيرا اسعق فيها الما فنضر منها حايط جاره فطلب جاره تحويل ذلك فانه لا يجبر على تحويله لانه ملكه يصنع به ما
بدا له وان سقط الحايط من ذلك لم يضمن صاحب البير شيا لما بينا انه تصرف في ملكه فلم يمنع من ذلك وان اضر بغيره
وان لم يكن متعديا في السبب لم يضمن ما تولد منه ٥ وذكر بعد هذا مسايله في النصيبين اذا كان لاحدهما على الاخر
مسيل او طريق وقد ذكرنا ذلك ٥ قال ولو رفع طريقا بينهما وكان على الطريق ظلة وكان طريق احدهما على تلك
الظلة وهو يستطيع ان يجعل طريقا اخر فاراد صاحب الممر ان يمنعه على ظهر ظلته لم يكن له ذلك لان حكم العلو حكم
السفل فكذلك العلو لا يمنع من الاستطراق عليه ٥ قال ولو ان رجلين اقتسما دارا فوقع الباب لاحدهما ووقع
قسم الاخر في الناحية الاخرى وله طريق يمر فيه فان ابا حنيفة قال ان كان له موضع يفتح فيه بابا اخر اجزت القسمة
وامرته ان يفتح في ذلك بابا وان لم يكن له في ذلك مفتح باب ابطلت القسمة لان هذا ضرر وهذا على ما قدمنا اذا
امكن الذي لا باب له ان يفتح بابا لم يجز ان يستطرق نصيب شريكه الى الباب وان طلب لا موضع له وقد شرطا الحقوق
فله ان يسلك في نصيب شريكه الى الباب وان لم يشترط الحقوق فسخت القسمة على ما قدمنا ولم يذكر ابو الحسن
في هذا الفصل اذا اشترطت الحقوق وذكره في الفصل الذي قبله وهذا الحكم يعلم وان سكت عنه ٥

باب قسمة غير العقار

قال علي بن الجعد عن ابي يوسف اذا كانت غنم بين رجلين ميراثا او شرى فاقتسماها فان ابا حنيفة قال اقسمها بينهما وان
لم يقم بينة على الميراث بعد ان يكون في ايديهما ويقرا انه لا وارث غيرهما وكذلك قال ابو يوسف وكذلك الابل والبقر
والثياب المروية والهروية قال وهذا على ما قدمنا فيها ان العروض يخاف عليها التوي والتلف فللحاكم ولاية في
حفظها فاذا قسمها كان اقرب الى حفظها لان كل واحد من الورثة ينفرد بحفظ ما حصل في يده منها ولان ما سلمه
الى كل واحد يصير مضمونا عليه وفي ذلك حظ الميت ٥ قال فاما الثوب الواحد فلا يقع فيه القسمة لانه
لا ينقسم الا بقطعه وذلك اتلاف جزء منه وهذا فيه ضرر على المتقاسمين فلا يجوز ان يفعله القاضي فان تراضيا عليه
لم يقسم ايضا لما فيه من اتلاف الملك ولكنهما يقتسمانه ان اختارا ما يفعلانه ٥ قال وكذلك الثوبان اذا
اختلفت قيمتهما لا يستقيم القسمة الا ان يزاد مع الاوكس دراهم فسماه وذلك لان الثوبين المختلفين لا يتعدل
احدهما بالاخر الا بزيادة دراهم مع الاوكس وقد بينا ان ادخال الدراهم في القسمة لا يجبر عليها الا ان يتراضى بها الخصمان
فان تراضيا فعلها الحاكم لانه ليس في ذلك اتلاف مال لهما قال وثلثة اثواب يستقيم فيها القسمة على ما شرحت
لك من القسمة ثوب بثوبين او ثوب وربع بثوب وثلثة ارباع او دراهم يردها الذي نصيبه الا فضل على صاحب الاوكس
اما الدراهم فلا يصح الا بالتراضي لما بينا واما اذا اقتسما على ان نصيب احدهما ثوب وربع والاخر ثوب وثلثة ارباع على
ان يكون الشركة في هذا الثوب بينهما فهو جايز لانها قسمة لم يسهر المشترك دون بعض الا ترى انه كل واحد منهما انفرد
بثوب ويبقى الشركة في ثوب وذلك جايز اذا لم يكن غيره كما لو قسمت الضيعة وتركت العين على الشركة او البير
جاز ذلك وان كان فيه قسمة بعض الملك دون بعض كذلك هذا قالوا ان كان ثوبا من ذلك صنف او قبا او جبة
او قميص وبساط ووسادة فان هذا لا يقسم وكذلك شاه وبعير وبرذون وحمار وذلك لان الاجناس المختلفة لا يقسم
بعضها في بعض الا بالتراضي لان القسمة انما هي لتمييز احد الحقين من الاخر وليس بين الجنسين اختلاط حتى تكون
القسمة للتمييز فيها فلم يبق الا ان يكون معاوضة وذلك لا يجوز الا بالتراضي قال ابو حنيفة لا اقسم الرقيق
وقال ابو يوسف ومحمد يقسم لابي حنيفة ان تفاوت الرقيق اكثر من تفاوت الاجناس للتفاضل بين الادميين
فكما لا يقسم احد الجنسين في الاخر كذلك لا يقسم الرقيق ولان الادمي يظهر من نفسه خلاف ما هو عليه في الحقيقة

وان لم يعرف ان الدار كانت بينهم ميراثا وحده واذلك فان الطريق بينهم على قدر ارباب الانصبا وان كانوا اربعة
وصاحب الطريق واحد فهو بينهم اخماس وذلك لانهم اذا ورثوا الدار من واقتدوا الورثه تقوم مقامه في الاستيفا
فكانه حضر وخاصم صاحب الطريق فيضرب له بسهم ولصاحب الطريق بسهم وتستحق الورثه ما كان للميت من ذلك
واما اذا لم يعلم انها ميراث فلكل واحد منهم قد ثبت له حق الاستطراق كما ثبت للاخر والتساوي في السبب يوجب
التساوي في الاستحقاق ٥ قال واذا اقتسم القوم دارا فيها كنيف شارع على الطريق العظمى او ظلة على الطريق العظمى
فلم تحتسب ذرع الظله ولا الكنيف من ذرع الدار ولو كان ذلك على طريق غير نافذ كان ذرعه يحتسب من ذرع الدار
وذلك لان الكنيف والظله اذا كانت على الطريق فموضعها ليس بحق ثابت الا ترى ان عند ابي حنيفه لكل واحد من
المسلمين الخصومه في ازالتها وعند ابي يوسف ومحمد وان لم يكن لهم الخصومه اذا لم يضر فلا ملك لصاحبها في الرقبه ولم يكن
لصاحب الدار فيها حق الا بالقبض فوجب ان لا تحتسب بقيمة ذلك في القسمه دون الذرع واما اذا كانت على طريق غير
نافذ فهي موضوعة بحق واجب بدلالة انه ليس لاحد قلعها فصارت كتعلق الدار فيحتسب بذرعها وذكر ابو حنيفه
انه يحتسب في القسمه كل ذراع من السفل الذي لا علو له بذراع من العلو الذي لا سفل له وقال ابو يوسف كل ذراع من
السفل بذراع من العلو وقال محمد يقسم على القيمه دون الذرع وقال اصحابنا انما اوجب ابو حنيفه على العاده التي عرفها بالكوفه
من اختيارهم السفل على العلو واجاب محمد على حكم سائر البلاد لابي حنيفه ان السفل له منفعتان منفعة السكنى والبنا
والعلو له منفعه واحده وهو السكنى دون البنا لان من اصله انه ليس لصاحب العلو ان يبني الا برضا صاحب السفل ولذلك
ولذلك جعل الذراع من السفل بذراعين من العلو حتى يكون منفعتين بازا منفعتين واما ابو يوسف فيقول ان لصاحب
العلو يسكن ويبني وصاحب السفل يسكن ويبني فلما تساويا في الانتفاع وكذلك في ذرع القسمه ٥ فاما محمد فقال
ان من البلاد ما يفضل العلو على السفل كمكه وما والاها ومنها ما يفضل السفل على العلو كبغداد والكوفه فوجب
ان يعتبر في كل احد منهما العاده فيه والعمل في هذه المسئله على قول محمد لاختلاف حال البلاد في ذلك فعلى
هذا قال ابو حنيفه اذا ذرعت مايه ذراع من السفل له العلو ومايه ذراع من السفل الذي لا علو له حسبها ستة
وستين ذراعا وثلثين لان العلو عنده بنصف السفل فيسقط من ذرع السفل المنفرد الثلث لم يذرع العلو الذي
لا سفل له فاذا كان مايه ذراع حسبه بثلثه وثلثين وثلث لان العلو المنفرد له منفعه واحده والسفل مع
علوه بثلث منافع فجعل هذا على الثلث من ذلك وقال ابو يوسف اذا ذرعت مايه ذراع من السفل الذي لا
علو له جعلتها خمسين ذراعا من السفل والعلو فكذلك العلو المنفرد ٥ قال ابو الوليد وكنت انا انظر الى المواضع
التي تتفاضل فيها السفل وتتفاضل فيها العلو فاقومه على قدر ذلك وقد ابت اصحابنا يستحسنون ذلك وعلى قول محمد

باب دعوى الغلط في القسمه

قال محمد واذا اقتسم القوم دارا او قبض كل واحد منهم حقه من ذلك ثم ادعى احدهم غلطا فان ابا حنيفه قال في ذلك لا تعاد
القسمه ولكنه يسل البينه على الغلط فان اقام البينه على ذلك اعدت القسمه فيما بينهم حتى تستوي في كل ذي حق حقه
وذلك لان مدعي الغلط يدعي حق الفسخ في عقد قد عقده فلا يلتفت الى دعواه الا ببينه كما لو ادعى المشتري غشا
في المبيع فاذا ثبت الغلط في القسمه بالبينه استؤنفت القسمه لانها للتعديل وقد بينا ان القاضي لم يعدل ووجب
ان تستأنفها على العدل فان لم تقم بينه فاراد المدعي للغلط استحلاف الناس فله ذلك لانه يدعي حق الفسخ
عليهم فهو كما لو ادعى الخيار فمن حلف منهم لم يكن عليه سبيل لان اليمين تقطع الخصومه فان نكل الاخر نظر في
الحصه الذي نكل فقضيت للذي ادعى الغلط فقسمت بينهما على قدر انصبائهم وذلك لان الناكل كالمعترف
لما ادعى عليه واعترافه يلزمه في نفسه ولا يلزم منه الشركا فوجب ان يعامل في حق نفسه بما يعامل به لو لم
يكن غيره فيجمع نصيبه الى نصيب المدعي ويقتسمان على قدر حقيهما في الاصل ٥ قال وان ادعى احدهما الغلط
بعد القسمه والقبض فهو مثل ذلك ولا يعاد ذرع ولا مساحه ولا كيل ولا وزن يعني اذا لم تقم بينه لان
العقد قد تم بالتقابض فلا يلتفت الى دعوى الفسخ بغير البينه ٥ قال واذا اقتسم الرجلان دارين فاخذ
احدهما دارا والاخر دارا ثم ادعى احدهما غلطا واقام البينه فانه يقضى له بذلك الذرع ولا يعاد القسمه وليس
هذا كالدار الواحده وهذا في قياس قول ابي حنيفه فالقسمه فاسده والدار بينهما نصفان وهذا فرع على
اختلافهم في بيع اذرع من دار قال ابو حنيفه لا يجوز وقالا يجوز فعلى اصل ابي حنيفه لو لم تنقض القسمه لوجب باذرع
من الدار الاخرى وتمليك ذراع من دار بعينه لا يجوز ولان الدارين لا يقسم بعضها في بعض عنده الا بالتراضي
فقسمتها في معنى البيع والبيع على هذا الوجه لا يجوز فاما على قولهما فهذه القسمه فيها معنى البيع بدلالة ان
القاضي لا يقسمها الا اذا كان ذلك اصلح للشركا فلم تكن قسمة محضة واذا صارت في معنى البيع لم تنقض بالغلط
فوجب استيفا الزياده من الدار الاخرى وذلك عندهما لا يفسد البيع لان بيع الذراع من الدار جائز فلذلك
القسمه وليس هذا عندهما كالدار الواحده لان الغلط في الذراع اذا زال فيها وجب الرجوع باذرع من احدى الحصتين
فتبقى الشركه بحالها وليس فيها معنى البيع فوجب ان تنقض فجعلناها على الوجه الجائز ٥ قال واذا اقتسم
قرية فيها اقرحة فاصاب احدهما خمسة اقرحة واصاب الاخر اربعة اقرحة ثم ادعى صاحب القراحين احد الاقرحة

التي في يد صاحب الاربعة واقام البينة انه اصابه في قسمته فانه يقضى له بذلك لانه يدعي انه لم يستوف
ما اصابه بالقسمه فوجب ان يقضى له بتسليم ما اصابه ٥ قال واذا اقتسم رجلان عشرة اثواب فاخذ
احدهما اربعة والاخر ستة وادعى صاحب الاربعة ثوبا بعينه اصابه من القسمه واقام على ذلك بينه فانه
يقضى له به على ما قدمنا فان لم تكن له بينه كان له ان يستحلف الذي في يده الثوب وذلك لانه يدعي حقا في
يديه ٥ قال فان اقام البينه كل واحد منهما بقسمتهما على هذا الثوب انه اصابه فهو لصاحب الاربعة وذلك
لانه خارج فبينته اولى من بينة صاحب اليد ٥ قال واذا اقتسم رجلان مايه شاة فاصاب احدهما خمسة و
خمسون واصاب الاخر خمسة واربعون ثم ادعى صاحب الاربعين انه غلط في القسمه وقال اخطانا في تقويمها فانه لا
تعاد القسمه ولا تقبل منه في ذلك بينه فان قال اخطانا في العدد فاصاب كل واحد منا خمسون شاة فهذه
الخمسه كانت مني غلطا وقال الاخر قد اقتسمنا على هذا وليس بيننا بينه والغنم قائمه بعينها تحالفا وترادا فان
فان اقام كل واحد منهما بينه على ذلك ردت القسمه ٥ قال وجملة هذا ان المدعي للغلط في القيمه لا يلتفت
الى دعواه ولا تسمع بينته لانه قد تم العقد ثم ادعى فساده ولا تقبل منه ولان القيمه تختلف بحسب الاجتهاد
والاوقات فاذا امضت القسمه عليها لم تقبل البينه بعد ذلك يجوز ان يكون القيمه اختلفت ولان الشهود
بالقيمه يشهدون على فعل انفسهم ولا يثبتون بالشهاده حقا على غيرهم فلا تقبل شهادتهم وليس هذا
كالشهاده بزيادة القيمه في الغصب لان الشهود يثبتون حقا في ذمة الغاصب فلذلك قبلت شهادتهم واما
اذا ادعى المدعي للغلط انه قد استوفى حقه في الغنم ثم اخذ بعد شريكه بعض حقه فهذا مدعي الغصب لان
القسمه تمت باستيفا حقوقهما من القبض وعليه احد الشريكين بعد ذلك غصب فان قامت به بينه نعم ولا استحلف
الشريك واما اذا ادعى ان الذي اصابه من العدد لم يقبضه فانهما يتحالفان لان العقد لم يتم وقد اختلفا في
المعقود عليه فيتحالفان ويفسخ العقد كالبيع ٥ فان قال احدهما اخذت احدى وخمسين غلطا واخذت انا سبعه
واربعين وقال الاخر ما اخذت الا خمسين فالقول قوله مع يمينه لان شريكه يدعي عليه استيفا ما ليس له فلا تقبل
قوله ٥ قال واذا اقتسم رجلان دارا واخذ كل واحد منهما طايفه فادعى احدهما بيتا في يد الاخر وقال هذا فيما اصابني
وكذبه الاخر فان عليه البينه فان اقاما جميعا البينه اخذ ببينة المدعي وقد بينا هذا ٥ ولو لم يشهدوا على القسمه
واختلفا في هذا البيت تحالفا لما بينا ان العقد لم يتم وقد اختلفا في المعقود عليه فيتحالفان ٥ قال واذا اختلفا فيما
بينهما فقال احدهما هذا الحد لي فادخله في نصيب صاحبه وقال الاخر هذا الحد لي فادخله في نصيب صاحبه فان
قامت البينه لاحدهما اخذت بينته وبينه هذا فان قامت البينه لاحدهما اخذت بينته وان لم تقم لهما بينه حلف
كل واحد منهما على دعوى صاحبه وذلك لان الاكبر منهما ادعى مما في يد الاصغر والاصغر ادعى حدا الاخر مما في
يد الاكبر فاذا اقاما البينه قضي لكل واحد منهما بما قامت بينته عليه فاما اذا لم تقم بينه تحالفا لانه اختلاف
في المعقود عليه فان اراد احدهما ان يرد القسمه ردها بعد ان تحالفا وذلك لان العقد عندنا بالتحالف حتى
تفسخه الحاكم او الحاكم انما يفسخ بمطالبه الخصم فان طالب فسخ والا لم يفسخ ٥

باب القسمه يستحق منها الشيء

قال محمد اذا كانت دار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ احدهما الثلث من مقدمها وقيمته ستمايه واخذ الاخر الثلثين
من موخرها وقيمتها ستمايه ثم استحق نصف ما في يدي صاحب المقدم فان ابا حنيفه قال في هذا يرجع صاحب
المقدم على صاحب الموخر بربع ما في يديه وقيمة ذلك مايه وخمسون دينارا وان شا نقض القسمه وهو قول محمد
وقال ابو يوسف يرد ما بقي في يديه ويبطل القسمه ويكون ما بقي في ايديهما بينهما نصفين وقد نقل الحاكم في
هذه المسئله قول محمد مع قول ابي يوسف والصحيح ما ذكره ابو الحسن لان ابن سماعه كتب الى محمد فقال له
قولك في هذا مثل قول ابي حنيفه فقال نعم وجه قولهما ان القسمه فيها معنى البيع ومعلوم ان المشتري
اذا استحق بعض نصيب احدهما كان بالخيار ان شا امسك الباقي ويرجع بحصته وان شا فسخ البيع وكذلك
القسمه لان الاستحقاق اذا حصل في نصف ثلث المقدم بقي للمستحق عليه نصف الثلث ويستحق له فيما في
يد الاخر ولو كانت الدار ابتدا منهم الثلث المقدم منها للمستحق نصفه وللشريكين نصفه والثلثان بينهما
جاز ان يبتدي بالقسمه فيأخذ احدهما نصف الثلث المقدم ويبقى لنفسه ربع الثلثين مع شريكه فاذا اجازت
هذه القسمه على هذا الوجه جاز البقاء لابي يوسف ان الاستحقاق تبين به انه كان لهما شريك ثالث في
الدار ومعلوم ان الدار اذا كانت بين ثلثة واقتسمها اثنان منهم فالقسمه باطله كذلك هذا ولان هذا
الاستحقاق يودي الى اثبات الشياع في النصيبين الا ترى ان المستحق عليه يصير شريكا للمستحق ثم
رجع على شريكه فيشركه فيما في يده ولذا ادى الى الاشاعه في النصيبين صار كالشريك الثالث والجواب
ان الشريك الثالث يثبت حقه في جميع الدار فلا يجوز ان تصح القسمه من دونه وليس كذلك الاستحقاق
في مكان بعينه لانه لا يودي الى اشاعه في كل الدار فكما يصح ان يبتدي القسمه على هذا الوجه فكذلك البقا وانما
رجع صاحب الثلث المقدم بربع ما في يد صاحب الثلثين لانه لو استحق جميع الثلث رجع بنصف الثلثين فاذا

استحق نصفه رجع بالربع ولان الدار كان قيمتها الف ومايتان فلما استحق نصف المقدم بينا ان المشترك بينهما سبع مايه لكل واحد منهما اربعمايه وخمسون وبيد صاحب المؤخر ستمايه فقد فضل بيده مايه وخمسون وذلك ربع ما بيده ○ قال ولو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فله ان يرجع في قول ابي حنيفه ومحمد بربع ما في يده وفي قول ابي يوسف يقوم نصف قيمه ما باع ويضمن ما بقي الى الثلثين فيقتسمانه نصفين اما على اصلهما فالقسمه لا تنفسخ بالاستحقاق وانما يثبت للمستحق عليه الخيار فاذا باع بعض نصيبه سقط خياره فلم يبق الا الرجوع واما على قول ابي يوسف فالقسمه فاسده فاذا باع احدهما ما حصل في يده بعقد فاسد بعد قبضه بما حصل في يده بيع ووجب عليه نصف قيمته لان الذي باعه حصل له بعضه من الملك وبعضه على طريق العوض فيرد نصف قيمته ويقتسمان ما بقي نصفين ○ قال فان كانت مايه شاه بين رجلين نصفين فاقتسما فاخذ احدهما اربعين شاه تساوي خمسمايه واخذ الاخر ستين شاه تساوي خمسمايه فاستحقت شاه من الاربعين تساوي عشره دراهم فانه يرجع بخمسه دراهم في الستين شاه في قول ابي حنيفه وابي يوسف ومحمد وذلك لان استحقاق الشاه بين انه كان للمتقاسمين شريك بالف فلم يوجب ذلك نقض القسمه ○ على قول ابي يوسف الا انا بينا ان بينهما الف الا عشره حق كل واحد منهما اربعمايه وخمسه وتسعين وقد اخذ صاحب الاربعين اربعمايه وتسعين وقد اخذ صاحب الاربعين اربعمايه وتسعين واخذ الاخر خمسمايه فبقي هذا الشريك فوجب ان يضرب في الستين شاه بخمسه دراهم ويضرب فيها شريكه باربعمايه وخمسه وتسعين فيقتسمانها على ذلك ○ قال فان كان كر حنطه بين رجلين نصفين يكون اربعين قفيزا منها عشره اقفزه طعام جيد وثلاثون قفيزا ردي على حده فاراد احدهما ان ياخذ عشره اقفزه طعاما ويأخذ الاخر ثلثين قفيزا فانه لا يجوز لان القسم معنى التمليك وتمليك الحنطه بالحنطه متفاضلا لا يجوز [illegible]

[illegible]

فيمن باع ابريقا وزنه عشره دراهم وثوبا بعشرين درهما وتقابضا وافترقا ثم استحق من العشرين العشره جعلت من ثمن الثوب ولم يجعل من جمله ثمن الثوب وثمن الابريق لان ذلك يؤدي الى بطلان جواز الصرف فلما صار لاحد الامرين مزيه على الاخر جعل الاستحقاق من احدهما كذلك في مسئلتنا العشره الجيده بالعشره الرديه قسمه والعشره بالثوب بيع فاذا جعلنا الاستحقاق من حصه البيع لم يحتج الى اعادتها واذا جعلناها من حصه القسمه وجب اعاده القسمه فوجب ان يجعل من حصه الثوب دون حصه القسمه واذا كان الاستحقاق مما يستوي القسمه صار من العشرين الباقيه خمسه اقفزه مستحقه من الثوب وهي نصف ثمنه فلذلك رجع بنصفه ○ قال واذا اقتسم رجلان دارا او ارضا واحده فبنى احدهما في ما صار له او غرس ثم استحق كله او بعضه مما فيه البنا فانه يبلغ المستحق البنا والغرس ولا يكون المستحق عليه مغرورا ولا يكون له ان يسلم ما نقض الى شريكه ويضمنه قيمه ذلك مبنيا او مغروسا ○ قال ووجه هذا ان القسمه اذا وقعت باجبار الحاكم ان وقعت بتراضيهما فيما يجبر الحاكم عليه ثم استحق احد النصيبين لم يرجع الذي اخذه بقيمه البناء والغرس لان الرجوع بذلك انما هو لاجل الغرور الا ترى ان البايع قد غر المشتري حتى اوجب له البيع في ارض ضمن انها ملكه فانفق فيها مغترا بالضمان وهذا لا يوجد في القسمه لان المقاسم احد منه بصرف العقاد بغير اختياره حتى اجبره القاضي وان كان لم يجبره عقد كان معرضا للاجبار لو لم يقتسم فلم يكن غارا فلم يضمن قيمه البناء والغرس ولهذا قالوا ان الشفيع اذا اخذ العقار بالشفعه فبنا فيه ثم استحق فقلع البنا لم يرجع بقيمته على المشتري لانه لم يغره فيه وانما اخذه بغير اختياره وكذلك قال محمد في الجاريه المأسوره اذا اشتراها رجل من اهل الحرب واخذه المولى الاول بالثمن واستولدها ثم استحق ان يرجع بقيمه الولد لانه اخذها بغير اختيار المشتري فلم يكن للمشتري غارا فكذلك قال في جاريه بين شريكين استولدها احدهما ثم استحقت وضمن قيمه الولد لم يرجع به على الشريك لان الشريك لم يوجب الملك فيها وانما اخذت بغير اختياره وكذلك قال في الاب اذا وطي جاريه الابن فعلقت واستحقت فضمن قيمه الولد لم يرجع به على ابنه لانه اخذ من المالك بغير اختياره وقد قال ابو يوسف في غاصب الجاريه اذا لم يقدر على ردها فضمنه المولى القيمه ثم رجعت فاستولدها الغاصب ثم استحقت رجع الغاصب على مولاها بالقيمه التي ضمن له وبقيمه الولد ولم يحك خلافا وهذا صحيح لان المالك يحصل باختيار المولى للتضمين فقد اوجب الملك فيها بالضمان فصار كالبايع وبه لو كانت بينهما داران او ارضان فاخذ كل واحد منهما واحده فبنا فيها ثم استحقت ونقض البنا رجع بقيمه البناء ○

وذلك لا فرق اصلا ابي حنيفه ان الدارين لا يجبر على قسمه احديهما في الاخرى فلما وقعت القسمه بغير اختيار صار كل واحد منهما كالبايع لنصيبه من شريكه فيصير غارا ومن اصحابنا من قال ان على قول ابي يوسف ومحمد لا يرجع لان من اصلهما ان الدارين تقسم احداهما في الاخرى فهما كالدار الواحده والصحيح انه لا خلاف في هذا لان عندهما انما تقسم احدى الدارين في الاخرى ان راى القاضي ذلك صلاحا وان لم ير فيه صلاحا لم يقسم فاذا لم اقتسماها بغير حكم لم يتبع القسمه على ما يجبر القاضي عليه فصارت في معنى البيع ○ وقد قالوا في الجاريتين المشتركتين اذا اقتسماها واخذ كل واحد من الشريكين فاستولدها ثم استحقت رجع على شريكه في قول ابي حنيفه لان الرقيق عنده لا يقسم بعضه في بعض فصارت القسمه كالبيع ويجي على قول ابي يوسف ومحمد انه لا يرجع لان القسمه في الرقيق يجبر القاضي عليها فصار كالدار الواحده ○

باب ما يوجب نقض القسمه

قال محمد اذا اقتسم الورثه دارا للميت وعلى الميت ديون فجا الغرما يطلبون ديونهم فان القسمه ترد قليلا كان الدين او كثيرا وان كان للميت مال سوى ذلك جعلت في الدين وانفذت القسمه وذلك لان الدين يمنع الوارث من التصرف لتعلق حق الغرما بالمال واذا لم يجز التصرف والقسمه تصرف لم تنفذ ولان الدين كان مستغرقا فالورثه لا يملكون الدار فلا يصح قسمتهم وان كان غير مستغرق فالحق متعلق بالتركه فيمنع التصرف كالرهن واما اذا كان للميت مال جعل الدين فيه لان الحاكم لا حاجه به الى ابطال القسمه الا ترى ان الغرما لا حق لهم الا في مقدار دينهم فاذا استوفوه من بقيه المال لم يحتج الى فسخ القسمه ○ قال فان لم يكن للميت مال فادى الورثه الدين من مالهم على قدر مواريثهم فالقسمه جايزه وذلك لان القسمه انما ابطلت لاجل الدين فاذا قضي الدين زال المعنى المانع فنفذت القسمه ○ قال وكذلك ان كان الميت قد اوصى بالثلث فاقتسم الورثه وصاحب الثلث غايب ثم جا فانه يبطل القسمه اذا كانوا اقتسموا بغير قضا القاضي وذلك لان الموصى له شريك الوارث فصار بغيبته كغيبه احد الورثه فيمنع القسمه وانما شرط ان يكون بغير قضا لان القاضي اذا اقسم مع غيبه احد الشركا بعد حكمه لانه موضع يسوغ فيه الاجتهاد ○ قال ولو كان للميت وصي فقسم حصه صاحب الثلث لم يجز عليه لانه لا ولايه له على الموصى له فلم تجز قسمته في حقه قال وكذلك ان اقتسم الورثه وفيهم وارث غايب وليس للميت وصي ولا للغايب وكيل ثم قدم الغايب فله ان يبطل القسمه وكذلك لو كان في الورثه صغير ليس له وصي فللورثه ان تنقض القسمه فلذلك كل قسمه وقعت بين الشركا واحدهم غايب وذلك لانه لا ولايه لهم على الغايب والصغير ولا يجوز قسمتهم لحقه ○ قال ولو ادعى بعض المقتسمين دينا واقام بينه فله ان ينقض القسمه فلا يكون قسمته ابرا من دينه وذلك لان القسمه قد تقع مع وجود الدين لقضا الدين من مال اخر او تقضيه الورثه من اموالهم فيتفذ القسمه فلم يكن في دخول هذا الوارث معهم في القسمه اقرار بعدم الدين فلذلك جاز ان يقيم عليه البينه ○ فان ادعى وارث وصيه لابن له صغير بعد القسمه فان القسمه لا تبطل حق الصغير ولكن الاب لا يملك ان يقيم البينه وذلك لانه لما قاسم فقد اعترف بصحه القسمه والوصيه لابنه حق في عين الدار تمنع من جواز القسمه فصار الاب مدعيا لبطلان القسمه فلا تقبل بينته على ذلك ولا يسقط حق ابنه من الوصيه لان الاب لا يملك اسقاط حق الولد فليس في دخوله معه في العقد اكثر من الاعتراف يسقط حقه قال ولو ادعى بعض المقتسمين ان اخاه من ابيه وامه قد ورث اباه معهم وانه مات بعد ابيه وورثه هو واراد ميراثه وقال انما قسمت ميراثي من ابي وحده بقيه الورثه واقام المدعي البينه فانه لا يقضى له بحقه ولا تقبل بينته على ذلك ولا تبطل القسمه ان كانوا كتبوا في القسمه ان لا حق لبعضهم فيما اقتسموا او لم يكتبوا الا ان المدعي يدعي ملكا في عين ما قاسم عليه وذلك يمنع من صحه القسمه فكان في دخوله في القسمه اسقاط لحقه في هذه الدعوى فلم يقبل وكذلك كل ميراث يدعي او هبه او شرى او صدقه لان هذه الحقوق تقتضي ثبوت ملكه فيما قاسم فيه وقسمته على انه ميراث تخالف ذلك فلم يقبل قال وقسمه المكاتب شركاه مثل قسمه الحر وكذلك قسمه الاب على الصغير والمعتوه وذلك لان كل من يجوز بيعه على الصغير فقسمته عليه جايزه لانه يلي عليه فجاز له ان يقسم بحق الولايه كما يجوز ان يبيع ○ قال واذا قاسم على الصغير وصي امه او وصي اخيه او عمه جازت قسمته في غير العقار ولا يجوز في العقار لانه يملك غير بيع العقار فملك بنفسه لما في ذلك من الحفظ وللميت من الحفظ لماله فلا يملك بيع العقار فكذلك لا يملك قسمته ○

باب المهاياه

قال وهذا النوع من المسايل لم يورده ابو الحسن فذكرنا في القسمه لانه اشبه بها والمهاياه عقد على المنافع المشتركه عقد واجب اذا طلبه احد الشريكين ولم يطلب شريكه قسمه وقال الشافعي لا يجوز لنا قوله تعالى حكايه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذه مهاياه في الشرب وروي ان امراه جات الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت وهبت نفسي منك فقال لا حاجه لي في النسا فقام رجل فقال زوجنيها يا رسول الله فقال عليه السلام هل معك ما تعطيها فقال هذا الازار فقال ان تزوجتها على نصفه جلست في البيت يوما لتلبسه وتلبسه هي يوما وهذا يدل على وجوب المهاياه لان المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه بالعقود فجاز وقوع القسمه فيه كالاعيان

وقد قال اصحابنا ان المعقود عليه اختلفت باسم انفردت كل عقد و المعنى الذي انفردت المهاياه به انها ليست باجارة
لانها استيفا منفعه على ملك المنتفع و الاجاره استيفا منفعه من ملك الغير و بفارق العاريه لان الاستحقاق
تعلق بها فلا يبطل بالموت و ان بطلت الاجاره و العاريه بالموت و يجوز لاحد الشريكين نقضها اذا لم يتمم عقد القسمه
و ليس في الاصول عقد لازم يجوز فسخه باختيار عقد اخر و لا يجوز ان يقال ان المهاياه عقد منافع بمنافع من جنس
واحد فهو كالجاره دار بدار لان المقاسمين ما يأخذه كل واحد منهما في التقدير كانه ما ملكه بالاصل و هذه المنفعه
هي التي يستحقها بملكه و ليس غرضنا بما انتفع به شريكه فان طلب احدهما القسمه قسم الحاكم بينهما و فسخ
المهاياه لان القسمه هو الاصل و المهاياه انما يثبت اذا عدلا عنها بدلا له ان احدهما لو طلب القسمه في الابتدا و طلب
الاخر المهاياه لم [illegible] بينهما فاذا طلبها في الثاني سقطت المهاياه بالابتدا و انما قلنا ان المهاياه لا تبطل بالموت لانها لو انتقض
احتاج الحاكم الى اعادتها في الحال فلا معنى لنقضها و استينافها فاما اذا كانت الدارين يطلبين فتهايا فيهما على ان اخذ هذا
طايفه و اخذ هذا طايفه يسكنها جاز ذلك لان قسمه الارض يجوز على هذا الوجه فالمنفعه غير مختلفه فجازت المهاياه
و سوا ذكر المهاياه مدة او لم يذكر لانها عقد قسمه و لا يفتقر الى التوقيت كقسمه الاصل ٥ فان شرط كل واحد منهما ان
يستغل ما اصابه بالمهاياه جاز لان المهاياه قسمه المنافع فقد ملك كل واحد منهما ما اصابه من المنفعه فجاز له ان
يستغلها و ياخذ العوض عنها و اذا جاز ذلك فشرطها له في العقد شرط المقتضى العقد فلا يفسد بالشرط و كان ابو علي
الشاشي يقول ان الاستغلال انما يجوز بالشرط فان وقع بالعقد و لم يشترطا الاستغلال لم يجز لواحد منهما
ان يواجره لانه لا يجوز ذلك كالمستعير فظاهر الكتاب يدل على جواز الاستغلال من غير شرط و ان تهايا على ان
ياخذ احدهما السفل و الاخر العلو جاز لان قسمه الاصل يجوز على هذا الوجه فكذلك قسمه المنفعه و ان تهايا في
دارين فاخذ احدهما دارا و الاخر دارا على ان يسكن كل واحد منهما ما اخذ او يستغل جاز و هذا ظاهر على قول
ابي يوسف و محمد لان قسمه الاصل يجوز على هذا الوجه فكذلك قسمه المنفعه ٥ فاما على اصل ابي حنيفه
فلا يجوز قسمه احد الدارين في الاخرى فلذلك لا يجوز قسمه المهاياه فمن اصحابنا من حمل المسئلة و من اصحابنا من قال
ان المهاياه تقع بفعل الحاكم فلو راي الحاكم قسمه العقار بعضها في بعض جاز و على ان ذلك جايز بتراضيهما فلو
تراضيا على قسمه العقار بعضها في بعض جاز و من اصحابنا من قال ان المهاياه تقع بفعل الحاكم و لو راي الحاكم قسمه
العقار بعضها في بعض جاز فكان ابو الحسن يقول معنى قول ابي حنيفه ان العقار لا يقسم بعضه في بعض ان الاولى
ان يفعل ذلك فان لم يفعل الاولى جاز فعلى قول ابي الحسن القسمه في الاصل جايزه و كذلك المهاياه و ان كان بينهما
دار واحده لا ينتفع لسكناها فيها معا فتهايا على ان يسكنها هذا شهرا و هذا شهرا و كذلك عبد واحد تهايا على ان يخدم
هذا يوما و هذا يوما جاز و لان المهاياه في العبد و الدار الصغيره لا تملك الا بان يقوم احدهما الانتفاع فيجوز ذلك الا ان
هذه المهاياه تصير في معنى العاريه لان قسمه الاصل على هذا الوجه لا يجوز لانها تمليك موقت فكذلك قسمه المنفعه
و انما حمل هذا على ان كل واحد منهما لصاحبه الانتفاع في تلك المده و لهذا قالوا انهم لو شرطوا الاستغلال لم
يجز كما لا يجوز للمستعير ان يواجر فان استغل كل واحد منهما تقاسما الفضل لان كل واحد منهما اجر باذن شريكه
ملكا مشتركا لانه وكله بالاجاره فان تساويا في الاستغلال كان ذلك قصاصا و ان استغل احدهما اكثر رد
نصف الاصل و ليس كذلك الدارين لان احدهما اذا استغل اكثر من الاخر سلمت له الزياده لانه ملك المنفعه
فحصل له العوض عن ملكه فلا يلزمه رد شي منه ٥ و لو تهايا و اخذ احدهما عبدا يخدمه و الاخر عبدا جاز و هذا
ظاهر على قولهما في جواز قسمه الرقيق فاما على اصل ابي حنيفه فلا يجوز القسمه في العبدين الا انه قال
في المنافع انها لا يجوز لانها جنس واحد غير مختلف فصار كمنفعه الدارين و اما الدواب المشتركه
اذا اخذ احدهما دابه يركبها و الاخر دابه و شرطا الاستغلال فعند ابي حنيفه لا يجوز ٥ وقالا يجوز و قولهما
ظاهر لان قسمه الاصل يجوز على هذا الوجه فكذلك المنفعه و لان ابا حنيفه جوز المهاياه في العبدين و ان
لم يجز قسمتهما فلان يجوز في الدارين مع جواز قسمتهما اولى الا ان ابا حنيفه قال ان المنافع الدواب
مختلفه بدلاله ان من استاجر دابه ليركبها لم يجز له ان يواجرها و اذا اختلفت المنفعه لم تصح المهاياه و ليس
كذلك منفعه العبدين و الدارين لانها غير مختلفه بدلاله ان من استاجر دارا ليسكنها كان له ان يواجرها
و كان ابا حنيفه اعتبر كون المنفعه من جنس واحد غير مختلفه و اذا كان النخل و الشجر بين شريكين فتهايا على
ان ياخذ احدهما طايفه يستثمرها و ياخذ الاخر طايفه او كانت الغنم مشتركه و اتفقا على ان ياخذ كل واحد
طايفه يرعاها و ينتفع بالبانها لم يجز ذلك لان المهاياه تختص المنافع فلو جوزناها في مسئلتنا استحق بها
الاعيان و هذا لا يصح و لان ما يحصل من الولد و الثمر يتفاوت و الاعيان لا يجوز قسمتها الا بالتعديل و لان المنافع
بنا ضروره الى قسمتها قبل وجودها و قد قالوا في الشريكين اذا اخذ كل واحد عبدا يخدمه و شرط كل واحد منهما
على صاحبه نفقته طعام العبد جاز استحسانا و وجه القياس ان الطعام يجب عليهما فاذا شرطاه على احدهما
صار العوض عما شرط على الاخر و هو مجهول و وجه الاستحسان ان التفاوت في الطعام لا يعتد به في العاده
لقلته فيسامح به لانه من توابع العقد و لو شرط كل واحد منهما كسوه العبد لم يجز لان التفاوت في
الكسوه يكثر فيبقي ذلك على اصل القياس ٥ تم كتاب القسمه و لله الحمد و النعمه و الصلوه على محمد و اله

كتاب المأذون

قال رحمه الله يجوز الاذن للعبد في التجاره و الدليل عليه ما روي ان النبي صلى الله عليه كان يركب الحمار و يجيب دعوه المملوك
و معلوم انه لا يجيب المحجور فلم يبق الا انه يجيب الماذون و هذا يدل على جواز الاذن و روي ان العباس كان له
عشرون عبدا كل واحد يتجر بعشره الف و كان هذا بحضره الصحابه من غير نكير و لان العبد ممنوع من التصرف لحق المولى
فاذا اذن المولى فقد اسقط حق نفسه فجاز التصرف و لا خلاف في هذا و الاذن عندنا اطلاق من حجر لان المانع من
تصرف العبد مع صحته قول الحجر الثابت بالرق فاذا اذن المولى زال الحجر بالاذن كما يزول بالعتق فيجوز تصرف العبد
و لهذا نقول انه يتصرف لنفسه بدلاله انه لا يرجع بالدرك على مولاه فلو تصرف بالاذن لرجع عليه كالمضارب و الوكيل
و الاذن لمعان منها ان من اذن له في التجاره اذنا عاما و اذن له في شي خاص يفوض اليه الراي فيه مما لا يفعل في العاده
على وجه الاستخدام او يراه يتصرف لا ينكر عليه او يضع عليه غلته في كل يوم او في كل شهر او يقول له اذا اديت
الي الفا فانت حر او ادي الي الفا و انت حر ٥ و اما اذا اذن له اذنا عاما جاز تصرفه في جميع الاشيا لانها دخلت
تحت الاذن الصريح فيجوز التصرف كالمضارب ٥ و اما اذا اذن في نوع خاص جاز له ان يتصرف في كل نوع
استحسانا و القياس ان لا يجوز تصرفه الا في ذلك النوع و هو قول زفر و وجه القياس انه اذن له في نوع
فلم يجز ان يتجاوزه كالمضارب و الوكيل و وجه الاستحسان انه اطلق حجره بالاذن كما اطلقه بالعتق ٥ و لو
اعتقه لم يتخصص الاذن كذلك اذا اذن و لان الاذن في نوع يدخل فيه كل الانواع من طريق المعنى بدلاله انه اذا قال
له اذنت لك في البز جاز ان يبيع البز بالحنطة ثم يبيع الحنطة بالدراهم جاز ان يشتري البز بالحنطة ثم يبتاع
الحنطة و يوفيها فلو اختص الاذن بنوع دخل غيره فيه حكما فكذلك قلنا انه عام و ليس هذا كالوكيل و المضارب
لان كل واحد منهما يرجع بما يلزمه من الدين و للامر غرض صحيح في ان لا يوجب الرجوع على نفسه في كل شي
و لا عوض للمولى في التخصيص لان العبد لا يرجع عليه و انما تتعلق رقبته بالدين و لا فرق بين استحقاقها في
النوع الذي عينه او في غيره و على هذا قال اصحابنا اذا اذن لعبده دهرا او شهرا كان ماذونا ابدا الا ان
يحجر عليه لان الاذن اطلاق من حجر فلا يتوقت كالبلوغ ٥ و قالوا اذا قال له اذنت لك في شري البز و لا تشتر
غيره و لا تتجر في غيره فهو اذن في جميع التجارات لانه حجر عليه مع بقا الاذن و هو لا يملك الا الاذن على
الاطلاق او الحجر على الاطلاق و قالوا لو امره بضرب من الصنايع فقال افعل قصارا او صباغا فقد اذن له في
جميع الصنايع و جميع التجارات و له ان يفعل صبغا او ان يشتري ما يبدا له من الدواب و الرقيق و غير ذلك لانه
لما اذن له في الصناعه فقد اذن له في ابتياع الاتها و في استيجار الاجرا للعمل و الاذن في نوع الشرى اذن في كل
نوع لان العمل يلزمه في جميعها على وجه واحد و اما اذا امره فيما يجري مجرى الاستخدام فلا يكون اذنا و هو
مثل ان يرسله ليشتري له ثوبا او لحما بدرهم او ثوبا يلبسه المولى او العبد او طعاما يرزق المولى او يرزق

[illegible]

ولو لم يذكر الفا فذكر الواو عتق في الحال ٥ ولها اذا لم يات بالشرط فقال اذا ابي الفا فلا بد من الواو ولانه اذا قال ا
الي الفا فانت حر عتق في الحال فكذلك ذكر محمد الفا مع الشرط والواو اذا لم يات بالشرط ٥

باب الدين الذي يلحق الماذون له في التجارة

قال اصحابنا اذا اذن لعبده في التجارة فما لحقه من دين من شري او بيع او استيجار او اجره او ثمن غصب او من وديعه او مضاربه
او بضاعه او عاريه يجحوده لشي من ذلك او دابه عقرها او ثوب خرقه او مهر جاريه اشتراها فوطيها فاستحقت فذلك
كله لازم له يباع فيه الا ان يفديه مولاه قال رحمه الله انما كل تصرف يتضمن الاذن فما يلحق به من الدين يتعلق برقبة
الماذون فيباع في الحاكم فيه الا ان يفديه المولى وذلك لانه حق يمكن استيفاوه من الرقبه فاذا لزم العبد
بسبب ثابت في حق مولاه استوفي من رقبته كالجنايه ولان تصرف العبد موقوف على اذن المولى فلا يخلوا اما
ان يكون وقوف الاذن ليثبت الدين في رقبته او بسبب في ذمته ولا يجوز ان يقف التصرف على اذن المولى
ليثبت الدين في الذمه لان المحجور لو تصرف بغير اذن مولاه ثبت الدين في ذمته فلم يبق الا ان يكون التصرف وقف
ليثبت الدين في رقبته ٥ وقد قال اصحابنا ان ديونه تستوفي من اكسابه ورقبته ولا يشبهه في استيفايها من
الكسب لان الديون سبب في حصول الاكساب تستوفي منها كديون الحر واذا ثبت ان الدين يتعلق بالرقبه
وهي مال يبيع فيه كالرهن ٥ واما ان ادى المولى الديون لم يجز البيع لانه لا حق للغرما الا في ذممهم فاذا استوفوا
لم يبق لهم حق في المطالبه بالبيع ٥ وقد ذكر ابو الحسن جهات الديون المتعلقه بالاذن فذكر الشري والبيع وهذا
مضمون الاذن ٥ وذكر الاستيجار والاجاره من التجاره وذكر الغصب وهو ضمان مال متعلق بالقبض كالمقبوض
على وجه بيع فاسد والوديعه والمضاربه والبضاعه والعاريه اذا جحدها صار غاصبا والماذون يملك من التصرف
ما جرت به عادة التجاره وقد جرت عادتهم بقبول الودايع واخذ المضاربه والبضاعه فما يلحق في ذلك من الضمان يتعلق
بسبب اذن المولى فيه فصار كالبيع والشري ٥ واما المهر اذا اشترى جاريه فوطيها ثم استحقت فهذا الضمان يتعلق
بعقد البيع الا ترى انه لولا البيع وجب عليه الحد والضمان المستند الي البيع يلزم الماذون في الحال فهذا لا
خلاف فيه وانما اختلف اصحابنا في الماذون اذا افتض جاريه باصبعه فقال ابو حنيفه ومحمد لا يلزمه في
الحال لانه غير متعلق بالتجاره وقال ابو يوسف يلزمه في الحال لانه ما يتعلق ضمانه بالفعل كالغصب وقال
ابو حنيفه ومحمد فيمن غصب جاريه بكرا فذهب بعذرتها فان ضمنه المولى نقصان البكاره بالغصب ضمنه في الحال
وان ضمنه بالوطي لم يلزمه حتى يعتق لان الغصب ضمانه ضمان التجاره والوطي ليس هو من ضمان التجاره ٥ واذا بيع العبد
اقتسم غرماوه ثمنه بالحصص وذلك لان ديونهم متعلقه برقبته وتخاصمون في بدله كغرما الميت في تركته قال
ولا فرق بين ان يثبت ديونهم باقرار من العبد او ببينه قامت عليه لان اقراره جايز مع الاذن كاقرار الحر ومعلوم
ان ما لزم الحر باقراره وبالبينه سوا فكذلك العبد ٥ قال ولا يجوز بيع المولى العبد الا باذن الغرما له في ذلك او
بقضى الدين او يكون القاضي هو الذي امره ببيعه للغرما وذلك لان الملك للمولى وللغرما فيه حق وفي بيعه
اسقاط حقهم الا ترى انهم يختارون ترك البيع ليستوفوا الديون من الكسب واذا كان لهم حق في ذلك لم يجز اسقاطه الا
باذنهم واذا باع بغير اذنهم وقف البيع كما يقول في بيع الرهن والاجاره فان قضى المولى الديون بعد البيع ولان
القاضي يملك البيع فاذنه للمولى في البيع كاذنه للاجنبي ٥ قال ولو باع المولى باذن بعض الغرما لم يجز بيعه الا
ان يجيزوا الباقون وذلك لان امتناع البيع حق لجماعتهم فاذا اذن بعضهم فقد رضي باسقاط حقه فبقي حق الاخرين
بحاله ٥ قال ولو رفعه بعض الغرما الي القاضي وفي منهم غايب فباعه القاضي للحضور جاز بيعه ويدفع الي
الحضور حصتهم من ثمنه ويقف حصة الغيب حتى يحضروا فياخذوا حقوقهم وذلك لان البيع حق لجماعتهم
فغيبة بعضهم لا تسقط حق الحاضرين ٥ ولان القاضي له ولايه على الغايب فيما يودي الي حفظ ماله ونقل الدين
من الرقبه الي الثمن حفظ للمال لجواز ان يتلف فيسقط قول القاضي في البيع لمطالبه الحاضرين لم يدفع الي
حصته لان البيع وقع لحقه وانما قصد بالبيع سلامة الحق من الثمن فيقف نصيب الغايب لانه ليس من
يملك حصته فيجعله القاضي في يد امين ٥ قال فان قال العبد قبل ان باع لفلان علي كذا وصدقه المولى او
كذبه وفلان غايب وانكر غرماوه الحضور فان العبد يصدق ويباع ويوقف من ثمنه حصه الغايب الذي اقر
له العبد حتى يحضر فان ادعى وقال العبد اخذ حقه فان كذبه قسم ما وقف من ثمنه بين الغرما لان العبد ما لم
يبع على حكم الاذن واقرار الماذون بالدين جايز ولان لزوم الدين لا يوجب الحجر في الاقرار كالحر اذا لزمه الدين
لم يوجب الحجر عند ابي حنيفه وعلى قولهما يحجر القاضي لاجل الدين ولم يحجر في مسالتنا فيقف الاقرار ووجبت
مقاصه لنصيب المقر له فان حضر وصدق العبد اخذ ذلك لان التصديق انضم الي الاقرار فكانه صدقه حين
اقر وان كذبه بطل الاقرار ووجب رد ما اقر الي الغرما ٥ قال ولو لم يقر العبد حتى بيع في الدين ثم اقر بعد
ذلك لم يجز اقراره وان صدقه المولى لان البيع سبب الحجر الا ان الاذن كان ثابتا في الملك الاول وقد زال
الملك الاول فلم يجز بقيه الاذن في ملك من لم ياذن فاذا صار محجورا لم يقبل اقراره ٥ قال فان قدم الغايب
فاقام بينة على حقه اتبع الغرما حصته مما اخذوا من الثمن ولم يكن له على العبد ولا على مولاه البايع ولا على المشتري سبيل

وذلك لان ثبوت الدين بالبينه لا يلحقها تهمه فثبت الدين لها وحقوق الغرما يتعلق بالثمن كتعلق حقهم بتركه
الميت ومعلوم ان القاضي لو قسم التركه بين الغرما ثم ظهر غريم اخر شاركهم فيما قبضوا كذلك هذا ٥ وانما
قال انه لا سبيل لهم على العبد لان الدين ابطل من قيمته بالبيع فصار كعبد لا دين عليه ولا سبيل على المشتري
لان الثمن الذي يتعلق به حق الغرما استوفي منه ولا سبيل لهم على المولى الاول لانه لم يكن له صنع في القسمه وانما
باع القاضي وقسم فلم يلزم المولى الضمان ٥ قال وما لحق العبد من دين من تجارته من ساير ما ذكرت لك يحقهم
في رقبته وكسبه الذي في يده وما يحدث له من الكسب بعد ذلك وقد بينا ان الدين يتعلق بالرقبه والاكساب
وانما استوى الحاصل له قبل الدين وبعده لان اكساب الماذون كتركه الحر ومعلوم ان ديون الحر تستوفى
من اكسابه التي كانت في يده قبل لزوم الدين وما اكتسب بعد الدين كذلك هذا ٥ قال وكذلك ما وهب له
او تصدق به عليه قبل لحوق الدين وبعده وقال زفر الهبه للمولى لا حق للغرما فيها وحجة قولهم ان
الهبه من اكساب العبد بدلاله انه يملكها بقبوله فصار كالاكساب وحجة قول زفر ان الهبه ليست
من المعامله وانما ملكها المولى من جهته فلم يتعلق بها حق الغرما كساير اموال المولى قال ولو اكتسب
العبد مالا فاخذه المولى ثم لحقه دين سلم للمولى ما اخذه ولم يكن فيما اخذ المولى شي من دين العبد وذلك
لان المولى يملك الكسب فاذا اخذه من يد العبد فقد حجر عليه الا ترى ان تصرفه فيه لا يجوز فصار كساير
اموال المولى فلا يتعلق به الديون الحادثه قال وان كان المولى اخذها من يد العبد وعليه دين فللغرما
ان ياخذوا من المولى ما اخذه وان كان استهلكه ضمنه وذلك لان ديونهم متعلقه بالكسب فقد اخذ
المولى ما تعلق حقهم به فيجب رده او رد عوضه كما يجب رد الرهن الي المرتهن فكما لو اخذ الوارث التركه
وعلى الميت دين وجب عليه ردها والمتركه في ذلك الغرما الاولون ومن حدث له دين بعدهم وذلك لان
حال الماذون حال واحده فالمتقدم من دينه والمتاخر منها سوا كديون المريض ٥ قال ولو كان المولى
ياخذ الغله من العبد في كل شهر عشره حتى اخذ مالا كثيرا فان هذا جايز للمولى ولا يرجع الغرما عليه بشي لانه
قبض غله مثله وهذا استحسان وكان القياس ان لا يجوز قبضه للغله مع وجود الدين لان ما يقبض
من الكسب وراهن حتى اخذ مالا كثيرا فان هذا جايز للمولى ولا يرجع الغرما عليه من تلك الغله بشي لانه
قبض غله مثله وهذا استحسان وكان القياس ان لا يجوز قبض الغله مع وجود الدين لان ما يقبض من
جمله الكسب وحق الغرما مقدم على حق المولى في الاكساب وانما استحسنوا اذا اخذ غله مثله
ان يجوز لان في ذلك منفعه الغرما الا ترى انه اذا اخذ الكسب بقاه على التصرف والكسب لهم
فاذا لم ياخذ الغله حجر عليه كالقطع للاكساب واذا كان في ذلك منفعه لهم كان جايزا ولان الغله بدل
عن المنفعه ولو استخدمه جاز فكذلك اذا اخذ عوضها فان اخذ اكثر من غله مثله رد الفضل على الغرما
لان الزياده ليس في مقابلتها شي فيصير كانه اخذها بغير عوض ٥ قال واذا اذن الرجل لامته
في التجاره فلحقها دين وقد ولدت ولدين احدهما قبل ان يلحقها دين والاخر بعد ما لحق الدين فان
الغرما يشتد بيعهم فيها وولدت بعد الدين فيباع معها ولا يباع ما ولدت قبل الدين في ذمتها ولو كان وهب
لها هبه ولا دين عليها ولم يقبضه المولى حتى لحقها دين فان الدين يلحق الامه وما وهب لها وان كانت الهبه
قبل ان يلحق الدين وذلك لان الدين حق مستقر في الرقبه بدلاله ان تعلق الي القيمه والحقوق المستقره
في الرقاب تسري الي الاولاد كالاستيلاد والتدبير فلذلك فصل الولد الحادث بعد الدين ٥ واما الولد
قبل الدين فلم يكن في الرقبه حق يسري اليه فاذا احدث الدين بعده في الرقبه فالولد منفصل لم يثبت السرايه
مع الانفصال وليس كذلك الموهوب والكسب لان الدين لا يتعلق به من طريق السرايه وانما يتعلق به
لانه كسب الدين والكسب الاول والاخر سوا بين الفرق بينهما ان الامه لا تملك بيع ولدها وتملك بيع
كسبها فما لا تملك بيعه لا يتعلق به الدين الا على وجه السرايه قال وما وجب لها من ارش كالولد
وذلك لان الارش ليس من كسبها وانما يتعلق به الدين لتعلقه بالرقبه فما كان من ارش قبل الدين
لم يتعلق به حق الغرما وما كان من ارش بعد الدين تعلق به حقهم ٥ قال واذا اذن لعبده في التجاره
ودفع اليه مالا يعمل به فباع واشترى فلحقه دين فانه لا يكون في حال الدين المال دفعه اليه المولى
من دينه شي والمولى اذن بما دفع الي العبد وذلك لان الدين انما يتعلق باكتساب العبد وهذا المال
للمولى ليس بكسب فصار كساير اموال المولى ولان المولى لم يرض بتعلق حق الغرما بهذا المال فلم
يتعلق به ٥ قال واذا اقر العبد بجنايه على عبد او حر او بمهر وجب عليه بنكاح جايز او فاسد
او بشبهه نكاح فاقراره باطل لا يلزمه حتى يعتق لان الماذون يملك الاقرار بالتجاره وما كان من
انواعها والجنايه والتزويج ليس من التجاره في شي فاقراره فيها كاقرار المحجور ٥ قال فان صدقه المولى
جاز عليه ولم يجز على الغرما وذلك لان تصديق المولى يجوز في حقه ولا يجوز في حق غيره ٥ قال فان قامت
على العبد بينه بانه تزوج باذن مولاه لزمه المهر يحاص به المراه الغرما وذلك لان هذا دين لزمه بسبب
ثابت في حقه وحق مولاه فهو كالدين اللازم بالبيع ولانه دخول البضع في ملكه متقوم فتحاص المراه بعوضه

كما خاص بثمن المبيع قال فان اقر بوطي امه بنكاح وجحد المولي فاقراره باطل حتي يعتق وذلك لانه لا تملك الاقرار بالنكاح لان الاذن لم يتناوله فصار فيه كالمحجور قال وكذلك لو اقر انه افتضها باصبعه غصبا كان اقراره باطلا في قياس قول ابي حنيفة ومحمد وفي قياس قول ابي يوسف اقراره جايز كان عليه دين او لم يكن ويضرب مولاه بمهرها مع الغرما وجه قولهما ان هذا اقرار بجناية بدلالة انه اتلاف جزو من الادمي لا يتعلق بسبب التجاره فصار كالاقرار بساير الجنايات ولهذا قال ابو حنيفة في الماذون اذا غصب جاريه ثم افتضها باصبعها فاراد مولاها يضمنه بالغصب قبل اقراره لان ضمان الغصب من التجاره وان اراد تضمينه بالافتضاض لم يكن له ذلك لانه جنايه فلا تثبت باقراره وكذلك قال في الماذون يتزوج جاريه بغير اذن مولاها في نقلها الي منزله فافتضها وهي بكر ان لمولاها ان يضمنها الافتضاض بنقلها وليس له ان يضمنها الافتضاض وجه قول ابي يوسف ان هذا الضمان يجري مجري ضمان الغصب دون ضمان الجنايه بدلالة انه لو ثبت بالبينه لزم المولي ضمان الاموال يثبت باقرار الماذون فيصير كساير الديون

باب شري الماذون وبيعه

واذا اذن الرجل لعبده في التجاره فاشتري وباع بما يتغابن الناس فيه جاز قولهم لانه تصرف علي عادة التجاره وهذا القدر من الغبن يتفق للتجار واما اذا باع واشتري فنقص في البيع نقصانا كثيرا لا يتغابن فيه او زاد في ثمن المشتري زياده كثيره فذلك جايز في قول ابي حنيفة وقالا لا يجوز لابي حنيفة ان الماذون يتصرف بنفسه بدلالة انه لا يرجع بالدين علي مولاه فجاز تصرفه بالقليل والكثير كالحر ولانه ماذون في جميع البياعات ولو لم يجز تصرفه بما لا يتغابن فيه لصار تصرفه خاصا وهذا لا يصح وقد قال ابو حنيفة في الوكيل بالبيع اذا باع بالقليل والكثير جاز وقال في الوكيل بالشري لا يجوز شراوه الا بزياده يسيره وقال في الماذون ان الشري والبيع سواء والفرق بينهما ان الوكيل بالبيع يتصرف بالامر فاعتبر عموم الامر والوكيل بالشري يتصرف من طريق الحكم فصار كالوصي والاب واما الماذون فانه يشتري ويبيع لنفسه فحكم احد الامرين حكم الاخر ولان الوكيل بالشري ينتقل الملك اليه وينتقل منه الي الموكل فلحقته تهمه في الزياده والماذون يلزمه الثمن دون المولي فلا يلحقه تهمه في الزياده وجه قولهما ان المغابنه الكثيره تبرع بدلالة انها في حال المرض من الثلث فصارت كالهبه والماذون لا يملك الهبه كذلك المغابنه والصبي الماذون كالعبد الماذون لانه يتصرف لنفسه وعلي قولهما لا يصح تبرعه فلا يجوز محاطته قال ولو اشتري الماذون عبدا بالف ونقد الدراهم ثم باعه بجاريه او بعرض منعه جايز وكذلك بيعه المكيل والموزون اذا كان بعينه او بغير عينه لانه يتصرف علي عادة التجار ومن عادتهم ان يبيعوا بالاثمان والسلع ولو اسلم شيئا مما في يده من عروض او طعام جاز وذلك لان السلم قد يكون انفع من البيع واذا جاز له البيع فكذلك السلم ولو قبل السلم جاز لان التجار يقبلون السلم ليبيعوا بالاثمان ويتاخر عنهم العوض وللماذون عوض صحيح في ذلك فجاز له

باب تاخير العبد الماذون له دين

قال واذا وجب للماذون علي رجل اجره فاخره سنه جاز وذلك لانه لو قبضه ثم باعه نسيه جاز فاذا اخره ابتدا جاز ولان التاخير يودي الي الاستيفا لانه قد لا يتمكن من عليه الدين من توفيته عاجلا ولانه يتصرف علي عادة التجار ومن عادتهم التاخير قال ولو صالح علي ان اخذ ثلثا نسيه وقبض ثلثا وحط ثلثا كان التاخير جايزا والحط باطلا ولان الحط هبه وهو لا يملك الهبه وليس كذلك التاخير لان الدين بحاله لا يسقط منه شيا قال ولو وجب له مال بعوض فاخره لم يجز التاخير لان الحر لا يجوز تاخيره للقرض فالعبد اولي فاذا وجب للماذون ولرجل اخر علي رجل الف درهم هما فيه شريكان فاخر العبد نصيبه سنة فالتاخير باطل في قول ابي حنيفة انه لا يخلوا ان يوخر نصيبه خاصه او يوخر نصف الدين من الدينين ولا يجوز ان يوخر نصيبه خاصه لان ذلك قسمه الدين حال كونه في الذمه وقسمه الدين في الذمه لا يجوز والدليل علي ان ذلك قسمه ان احدهما ينفرد بمقدار من الدين لا شركه لاخر فيه وجه قولهما ان التاخير اسقاط المطالبه في وقت معلوم فهو كالبراه التي تسقط المطالبه في جميع الاوقات ولو ابرا احد الشريكين من نصيبه جاز وكذلك اذا اخر ثم فرع علي قولهما فقال اذا اخر الدين لم يوخذ قبل حلول الاجل شيئا فهو له خاصه لا شركه فيه للعبد وذلك لان العبد اسقط حقه بالتاخير فلم يثبت له حق المطالبه فان حل الاجل فقد استوفي شريكه فالعبد بالخيار ان شا اخذ من شريكه نصف ما اخذ ثم رجع علي الغريم بما بقي وان شا اخذ حقه من الغريم وذلك لان الاجل اذا انقضي صار المال حالا والدين الحال بين شريكين اذا قبض احدهما بعضه فشريكه بالخيار ان شا اجاز قبضه ورجع علي الغريم وان شا شاركه في المقبوض لانه قبض ما تعلق حقه به قال فان قبض العبد قبل الاجل ما اخره كان للشريك ان ياخذ نصف ما اخذ لانه لما قبض سقط الاجل فيه فصار الدين الحال اذا اخذ بعضه قال ولو كان دينهما الي سنه فاخذ احدهما شيئا قبل محل الاجل دخل معه صاحبه فاخذ منه نصفه لان الغريم لما دفع فقد رضي باسقاط الاجل فصار كالمال الحال قال ولو كان المال كله لهما الي سنه علي الغريم فاخره العبد سنه اخري كان تاخيره جايزا في قول ابي يوسف ومحمد فان اخذ شريك العبد من الغريم نصيبه من السنه الاولي لم يكن للعبد ان يرجع فيما

اخذ شريكه بقليل ولا كثير حتي يحل دينه فاذا حل دينه اخذ من شريكه نصف ما اخذ لانه لما اجل حقه سقطت مطالبته فلم يجز ان يشركه في المقبوض مع ثبوت الاجل فاذا حل الاجل صار المال حالا في الاصل فله الخيار بين تضمين القابض وبين تضمين الغريم

باب وكالة الماذون له في التجارة بالبيع ووكالة الحر له بالشري

قال ابو يوسف ومحمد اذا اذن الرجل لعبده في التجاره وامره رجل ان يشتري له عبدا او امه او طعاما او غير ذلك بالف درهم نقدا ولم يدفع اليه الالف او دفعها اليه فاشتري له العبد ما امره به فالشري جايز والعهده عليه وليس هنا بمال الكفاله وقد كان القياس عندهما ان لا يجوز الوكاله وذلك لان الماذون اذا ابتاع لزمه الثمن في ذمته وحصل المبيع ملكا لغيره فيصير كالكفيل عن الموكل بالثمن وكفالة الماذون لا يجوز وكذلك وكالته وانما استحسنوا اذا وكله ان يشتري بالنقد لان المبيع ينتقل الي الوكيل ويثبت له حق الحبس حتي يستوفي الثمن فيصير كالبايع ويفارق ذلك الكفاله لانها تبرع الا تري ان حق الكفيل لا يتعلق بعين يوثق بها وفي مسالتنا يتعلق الدين بعين المبيع فيخرج من معني التبرع قال ولو كان الامر امر العبد ان يشتري له ذلك نسيه فاشتري العبد ذلك كما امره المولي جاز جميع ما اشتري العبد من ذلك العبد ولا شي للامر وذلك لان الشري للموكل بثمن مسبب لو صح لم يملك العبد حبس ذلك المبيع ولزمه تسليمه وصار الثمن دينا عليه للبايع ويثبت له علي الموكل مثله فيصير في معني الكفاله وكفالة العبد لا تجوز الا ان ياذن فيها المولي ولا دين عليه فاذا امتنع له الشري بالوكاله صار مشتريا لنفسه قال ولو وكل الماذون رجلا ببيع شي مما في يده او شري شي فهو جايز وهو في ذلك بمنزلة الحر وذلك لان الاذن ينصرف الي العاده بين التجار ومن عادتهم التوكيل ولان الانسان لا يقدر ان يتولي جميع العقود بنفسه بل يحتاج الي من سواه له فالماذون والحر في ذلك سوا قال واذا دفع رجل الي الماذون جاريه يبيعها نقدا او نسيا فالبيع جايز وذلك لان العبد لا يلحقه في البيع ضمان في الحال فلم يكن في معني الكفاله فلذلك جازه ولان المحجور لو وكل بالبيع جاز بيعه فالماذون اولي الا انهما مختلفان في ان المحجور لا يتعلق به الحقوق في الحال لانه لا يملك التصرف في حق مولاه والماذون يملك التصرف فيتعلق به الحقوق ولا يجوز ان يقال انه يلحقه ضمان الدرك وهذا المعني الكفاله لان ذلك يجوز ان يكون ويجوز ان لا يكون فلا يبطل العقد في الحال بالتجويز وليس كذلك الوكاله بالشري بنسيه لان الضمان يلزمه في الحال فلذلك لم يجز الشري للموكل

باب عتق المولي عبده الماذون ورقيقه والدعوه فيه

قال واذا اذن الرجل لعبده في التجاره فلحقه دين ثم اعتقه المولي فعتقه جايز فان كان الدين اقل من القيمه ضمن الدين لغرما العبد وان كان الدين اكثر من قيمته غرم قيمته وان كانت قيمته عشرين الفا غرم ذلك كله ان علم بالدين او لم يعلم واتبع العبد الغرما بما بقي من دينهم فلغرما واتبعه اما جواز العتق فلان العبد علي ملكه وهو صحيح القول وانما تعلق حق الغرما به وذلك لا يمنع من وقوع العتق كعبد الرهن ولان تعلق حق الغرما ليس باكثر من حق احد الشريكين فاذا لم يمنع ذلك العتق فلان لا يمنع حق الغرما اولي واما وجوب الضمان علي المولي فلانه اتلف ما تعلق حق الغرما بدلالة انه لو لم يعتق ثبت لهم بيع العبد واستيفا الثمن من ثمنه وقد فوت ذلك عليهم فلزمه الضمان كالراهن اذا اعتق عبد الرهن وانما لزم المولي الاقل من قيمته ومن الدين لان الدين ان كان اقل من القيمه فلم يتلف عليهم الا مقدار القيمه فلا يلزمه ضمان ما زاد علي ذلك وانما ضمن قيمته بالغة ما بلغت لان هذا ضمان مال وليس بضمان جنايه وضمان العبد بالمال لا يتقدر وانما يتقدر بالجنايه وانما استوي في ذلك العلم والجهل لان هذا ضمان استهلاك فيستوي فيه العلم والجهل واما ما زاد علي قدر قيمته من الدين فان الغرما يتبعون المعتق به وذلك لان الدين في ذمة العبد وانما لزم المولي منه مقدار ما اتلف من الرقبه فما زاد علي ذلك باق في الذمه علي ما كان عليه قال وان كان قتل عبدا او حرا فاعتقه مولاه وهو يعلم بذلك كانت عليه قيمة العبد المقتول بالغة ما بلغت وان كانت اكثر من قيمة عبده الا ان تكون عشرة الاف او اكثر فيغرم عشرة الاف الا عشره وان كان المقتول حرا غرم المولي ديه الحر وذلك لان الجنايه لا زمه للمولي في رقبة العبد بدلالة ان المولي هو المخاطب بها دون العبد ولو اعتق العبد لم يلزمه شي عنها فاذا اعتق مع علمه بها وقد كان مخيرا بين الدفع والفدا فمنع الدفع بالعتق فتعين عليه الفدا فلزمه ذلك باختياره فلذلك لزمه وان زاد علي قيمة عبده قال وان كان لا يعلم بالجنايه غرم المولي قيمة عبده لولي الحر الا ان يبلغ عشرة الف فيغرم عشرة الاف الا عشره وان كان المقتول عبدا غرم المولي الاقل من قيمة عبده ومن قيمة المقتول الا ان يكون اقل القيمتين عشرة الاف او اكثر فيغرم عشرة الف الا عشره ولا يشبه ذلك قتل الدابه وغصب الاموال وذلك لان المولي اذا اعتق عبده وهو لا يعلم بجنايته لم يصر مختارا لانه لا يصح الاختيار مع عدم العلم فلم يبق الا اتلاف الرقبه التي تعلق بها الجنايه فيغرم الاقل من قيمتها ومن ديه الحر او قيمة العبد علي ما ذكرنا في ضمان الاموال الا ان يكون اقل القيمتين عشرة الاف فصاعدا فيغرم عشرة الاف الا عشره لان قيمة العبد بالجنايه لا تبلغ ديه الحر وليس كذلك ضمان المال لانه لا يتقدر فيضمن قيمة عبده بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر منها وقال ولو اعتق الخ

قيمة المأذون عشرين الفا فادان دينا كثيرا يحيط بقيمته وجنى جنايات تحيط بقيمته فاعتق وهو لا يعلم بالجنايه
فانه يغرم لاصحاب الدين قيمته كامله علم بالدين او لم يعلم ويغرم لاصحاب الجنايه عشرة الاف الا عشرة اذا لم
يعلم ولا يدخل اصحاب الجنايه في قيمته اصحاب الدين ولا اصحاب الدين في قيمة اصحاب الجنايات وان كان
المولى اعتق العبد وهو يعلم بالجنايات ضمن الجنايات كلها ولم يدخل في قيمته اصحاب الدين وانما ضمن المولى
لارباب الدين لما ذكرنا انه تلف عليهم الرقبه الذي يثبت لهم استيفا لها دينهم وضمن لاصحاب الجنايه
لانه منع من تسليمها في الجنايه وقد كان ثبت لهم حق التسليم او الفدا فان قيل لو قتل اجنبي هذا العبد لزمته
قيمة واحده فاذا اتلفه المولى بالعتق الزمتموه قيمته لاصحاب الدين والزمتموه بدلا اخر لارباب الجنايه واول
احوال المولى ان يكون كالاجنبي قيل له المولى مفارق للاجنبي لانه كان يلزمه حق لارباب الجنايه وهو الدفع
او الفدا ويلزمه حق لارباب الدين وهو البيع ثم يباع في ايديهم لحق الغرما فلما اعتق المولى ابطل الحقين لزمه
كل واحد منهما وكان عليه عوض لهم لانه منع بالعتق ما لزمه من الحقين فاما الاجنبي فلم
يلزمه حق لهم وانما اتلف ملك غيره فلزمه البدل بالاتلاف ولا يجب بالاتلاف اكثر من قيمه واحده وانما لم
يشارك ارباب الجنايه ارباب الدين ولا ارباب الدين ارباب الجنايه لان محل كل واحد من الحقين مخالف لمحل
الاخر وحكمه مخالف له الا ترى ان الجنايه متعلقه بالرقبه ويخاطب المولى بالدفع او بالفدا والدين متعلق
بالذمه فقد اختلف محل الحق واختلف الحق في نفسه لان الجنايه لازمه للمولى في رقبة العبد والدين لازم
للعبد والاشتراك انما يكون في الحقوق المتساويه ولان العبد لو لم يعتق لم يشترك ارباب الدين
وارباب الجنايه فيه بل ينفرد حق احدهما عن الاخر الا ترى انه يدفع بالجنايه ثم يتبعه ارباب الدين فاذا لم
يشتركوا في رقبته فكذلك في عوضها واذا اذن الرجل لعبده المدبر في التجاره او لام ولده فلحق واحدا
منهما دين كثير ثم ان المولى اعتق المدبر واعتق ام الولد فعتقه جائز ولا ضمان عليه من الدين ولا من قيمة
المدبر ولا ام الولد وذلك لان الغرما لم يثبت لهم حق في ثمنها الا ترى انه لا يجوز بيعها وانما كان حقهما
متعلقا بالذمه فاذا اعتق المولى فلم يبطل حقا لهم بل فوت لهم الذمه التي تعلق بها الحق لان ذمة الحر اقوى
من ذمة المملوك واذا لم يتلف بعتقه حقا لهم لم يلزمه الضمان ٥ قال ابو حنيفة اذ لحق المأذون
دين كثير او قليل ثم اعتق المولى امة من رقيقه فعتقه باطل كان الدين قليلا او كثيرا ثم رجع ابو حنيفة
بعد ذلك فقال ان كان الدين كثيرا يحيط برقبة العبد وبجميع ما في يده فعتقه باطل وان كانت قيمته
وما في يده فضل عن دينه عتقت الجاريه التي اعتقها المولى وضمن قيمة الجاريه المعتقه فان كان معسرا كانت
القيمة دينا على الجاريه المعتقه ويرجع بذلك على الذي اعتقها في قياس قول ابي حنيفة وكذلك التدبير
وقال ابو يوسف عتقه وتدبيره جائز ويضمن المولى قيمة الجاريه المعتقه للغرما ان كان موسرا وان كان
معسرا فللغرما ان يضمنوا الجاريه ويرجع بذلك على المولى وهذا مبني على اصل وهو ان المولى عند ابي حنيفة
لا يملك اكساب عبده اذا كان عليه دين يستغرق وكان في قوله الاول انه لا يملك وان كان الدين غير مستغرق
وقالا هو مالك في الوجهين اما وجه قوله الاول فلان المولى يملك الاكساب من جهة عبده فتعلق حق
الغرما يمنع من الانتقال قليلا كان الحق او كثيرا كما يمنع الدين من انتقال الملك في الرهن وان كان اقل منه
واما وجه قوله الثاني فلان الاكساب تنتقل الى العبد ومن جهته تنتقل الى مولاه من طريق الحكم كما ينتقل من
الميت الى ورثته ومعلوم ان دين الميت ان كان مستغرقا منع الانتقال وان كان غير مستغرق فلم يمنع
فكذلك دين العبد ولان الدين اذا لم يستغرق لا يخلو اما ان يمنع الانتقال في قدره او في كل الكسب
ولا يجوز ان يمنع في جميع الكسب لان المانع هو الدين لما فضل عن الدين لا معنى يمنع من انتقاله ولا يجوز
ان يمنع الانتقال في بعض الكسب دون بعض لان حكم الاكساب حكم واحد فلا ينقض في الانتقال وجه
قولهما ان المولى مالك لكسب عبده كما يملك في الرقبه وكذلك في الاكساب فاذا ثبت ان المولى
لا يملك ما في يده لم ينفذ عتقه فيه وعلى قولهما هو مالك للكسب الا ان حق الغرما به يتعلق بعد
العتق ويضمن واما اذا كان معسرا فللغرما ان يستسعوا المعتق لان الرق كان حقهم متعلقا به
مسلما للمعتق فصار المولى كالغاصب والمعتق كغاصب الغاصب وانما رجع المعتق بما غرم لانه
لزمه قضا دينه من طريق الحكم ولانه هو الذي ادخله في هذا الضمان فكان عليه غرمه قال ابو حنيفة
وابو يوسف ومحمد اذا لحق المأذون دين كثير يحيط برقبته وبجميع ما في يده ثم ان المولى وطئ جاريه
من رقيق العبد فجات بولد فادعاه فالولد ولد المولى وامه ام ولد له ويغرم المولى قيمة الجاريه ولا
يغرم من عقرها كثيرا ولا قليلا وقال لا يشبه المدعوه في هذا العتق والتدبير اما اصل ابي يوسف ومحمد
فلا شبهه لان المولى مالك لها ووطئ الرجل لملكه وجه ثبوت النسب والاستيلاد واما على قول
ابي حنيفة فانه لا يملكها الا ان حق الملك كنفس الملك في ثبوت النسب والاستيلاد كوطئ جارية
الابن ولان شبهة المولى في جارية عبده اقوى من شبهته في جارية ابنه لا باختياره فاذا كان الوطئ
[illegible] من يثبت النسب والاستيلاد فهذا اولى وليس يمتنع ان لا ينفذ عتقه فيها ويثبت استيلاده

جارية الابن وانما غرم قيمتها لانه اتلفها على الغرما وحقهم متعلق بها ولا عقر عليه لان ضمان العقر ضمان
ضمان جزء وضمان القيمه ضمان الكل فاذا اجتمعا وتعلقا بسبب واحد دخل الاقل في الاكثر ٥ قال واذا كان على العبد
دين يحيط برقبته وبجميع ما في يديه ثم ان المولى اعتق جاريه من رقيق عبده فعتقه باطل في قول ابي حنيفة
فان قضى العبد الغرما دينهم او ابرا الغرما العبد من دينهم او ابراه بعضهم حتى صار في يده فضل عن الدين فعتق
المولى جائز وذلك لان عتق المولى وان لم يقف فهو موقوف فاذا ابرا الغرما من دينهم او استوفوا
زال المانع من تمليك المولى فملك الجاريه بسبب سابق المعتق فينفذ عتقه فيها وهذا كما قالوا فيمن
مات وعليه دين مستغرق فاعتق الوارث جاريه من التركه لم ينفذ عتقه فان قضي الدين او ابرا
الغرما نفذ العتق لان الدين لما سقط انتقل الملك الى الوارث والمولى لا ينفذ بعد قضا الدين لانه
ملك بعد ايقاع العتق فصار كالمضارب اذا اعتق عبدا من المضاربه ولا فضل في المال ثم صار فيه
فضل لم ينفذ عتق المضارب لانه ملك بعد العتق كذلك هذا وذكر هذا محمد بن الحسن فقال في ابو حنيفة ان
النصراني اذا مات وترك ابنين نصرانيين وعليه دين مستغرق فاسلم احدهما ثم ابرا الغرما من دينهم ان ينتقل التركه
الى النصراني دون المسلم ولا خلاف ان الميراث لهما فدل على ان الغرما اذا ابروا انتقل الملك بالموت لا بالبراه
فلذلك نفذ العتق ٥ فان قيل لو عتق المولى عبدا مكاتبه ثم عجز المكاتب لم ينفذ عتق المولى والجواب
ان ملك المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه وليس احدهما احق من الاخر الا ان يعتق فيملك او يعجز فيملك
المولى واذا لم يكن احدهما اخص بالملك من الاخر لم ينفذ عتق احدهما وفي مسئلتنا الملك موقوف
على المولى والغرما والمولى اخص به على ما بينا فلذلك وقف عتقه فيه ٥ قال ولو كانت المسئله فوطئ
المولى الجاريه التي اعتقها فجات بولد وادعاه فدعوته جائزه والولد حر والمولى ضامن لقيمة الجاريه للغرما
والجاريه حره بالعتق الذي كان من المولى قبل الوطئ وعلى المولى العقر للجاريه وذلك لان المولى لما اعتقها
فالعتق موقوف عند ابي حنيفة على ما قدمنا فلما وطئها فجات بولد فادعاه سقط حق الغرما عنها الا ترى
انه لو لم يكن اعتقها ثبت نسب ولدها وصارت ام ولد واذا سقط حق الغرما نفذ العتق الموقوف
كما لو ابروا من الدين واذا عتقت بالاعتاق دون الاستيلاد ثبت النسب ولزمه القيمه فصار كالوطئ
لامراه حره بشبهه فيلزمه العقر لها

باب ما يجوز للعبد المأذون ان يفعله وما لا يجوز

قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد ليس للعبد المأذون ان يكاتب عبدا من عبيده ولا امة من امائه الا ان
يجيز ذلك المولى ولا دين عليه وذلك لان الاذن يقتضي التصرف في التجاره والكتابه ليست من التجاره وما لم يتناوله الاذن
باق على اصل الحجر اصله التزويج ٥ واما اذا كاتب ولا دين عليه فاجاز المولى جاز لان هذا العقد له مجيز حال العقد وهو المولى
فالمولى يملك ابتدا الكتابه فوقف العقد على اجازته فاذا اجاز فما الكتابه للمولى لا سبيل للعبد على قبضه وذلك لان حقوق
عقد الكتابه لا يتعلق بالعاقد وانما يتعلق بالمعقود له وقبض المكاتبه من حقوق العقد فيملكها المولى دون
العبد ٥ قال فان دفع المكاتب الى العبد لم يبرا منها الا ان يوكله المولى بقبضها لان العقد اقتضى التسليم الى المولى
فاذا سلم الى غيره لم يعتق ٥ قال فان لحق المأذون دين بعد اجازة المولى الكتابه فالمكاتبه للمولى ليس للغرما
فيها قليل ولا كثير لان الكتابه لما صحت باجازة المولى خرج العبد من كسب المولى وصار في يد المولى وما
اخذه المولى من اكساب المأذون قبل الدين لا يتعلق به حقوق الغرما ٥ قال ولو كان العبد كاتب عبدا
وعليه دين قليل او كثير فالكتابه باطله وان اجازها المولى لان المولى لا يملك التصرف في اكساب العبد
مع وجود الدين فلا يملك اجازة المكاتبه ٥ قال فان لم يرد المكاتبه حتى ادى المكاتب جميع الكتابه وان كان
المولى لم يجز الكتابه لم يعتق ورد رقيقا وكان جميع ما اخذ المأذون من المكاتب له يقضي به دينه والمكاتب
عبد على حاله وان كان المولى اجاز الكتابه وامر العبد بقبضها فقبضها وعلى العبد دين يحيط برقبته وبجميع ما في
يده فهذا والاول سواء في قياس قول ابي حنيفة والمكاتب عبد على حاله يباع في الدين واما في قول ابي يوسف
فالمكاتب حر والمولى ضامن لقيمته للغرما والمكاتبه التي قبض العبد للغرما يستوفونها من دينهم وذلك
لان العبد اذا كاتب فالكتابه موقوفه فاذا ادى الاجازه لم يتعلق بالادا به عبد موقوف وعتق فبقي
العبد على حاله واما اذا كان المولى اجاز الكتابه واذن المأذون في القبض فقبض وعليه دين مستغرق لم ينفذ
العتق عند ابي حنيفة ولانه لو ابتدا بالعتق لم يجز كذلك لا يقع العتق المعلق بالشرط ٥ واما على قولهما
فلو ابتدا المولى عتق هذا العبد نفذ عتقه فيه كذلك اذا عتق بالادا والكسب الذي اداه المكاتب مردود
الى الغرما لان دينهم متعلق بكسب عبد المأذون كما يتعلق بكسب المأذون فلم يجز للمولى ان يستوفيه
من دين الكتابه واما اذا كان الدين غير مستغرق عتق المكاتب في قولهم وضمن المولى قيمته لانه يملك العتق
بالايقاع فكذلك يملكه بالشرط ويضمن القيمه لانه اتلف على الغرما رقبة العبد وحقهم متعلق بها ٥ وقالوا
جميعا ليس للمأذون ان يهب درهما ولا يتصدق به ولا يكسو ثوبا لان ذلك صريح التبرع والعبد لا [illegible]

في يديه فلا يملك التبرع منه وقد كان القياس عندهم ان لا يجوز تبرعه في جميع الاشيا وانما استحسنوا في هديته
للطعام اليسير الذي يفعل مثله التجار اذا وهب ذلك او اطعم الناس لما روي ان النبي عليه السلام كان يجيب دعوة المملوك
وروي ان سلمان اهدى الى النبي عليه السلام وهو مملوك فقبل واكل اصحابه واتاه بصدقة فامر الصحابه فقبلوها ولم ياكل
منها شيا ٥ وسئل عمر عن العبد يتصدق فقال بالرغيف ونحوه فيجوز روي ذلك للاثر فاما هبة الدراهم والثياب
فعلى اصل القياس ولان من عادة التجار ان يطعموا الشي اليسير ويستجلبون بذلك المعامله والاذن يقع على ما اعتاده
التجار والكثير لم تجر به عاده فبقي على اصل القياس وقد قال اصحابنا لا باس بان تتصدق المراه من منزل زوجها بالشي
اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع منه في العاده ولا يجوز في الكثير ٥ قال وليس للماذون ان يتكفل
بنفس ولا مال كان عليه دين او لم يكن وذلك لان الكفاله عقد موضوع للتبرع وهو لا يملك التبرع وليس هذا كالوكاله
بالشرى لان عقد الشرى ليس بموضوع للتبرع ولو اعار دابة او ثوبا فلا باس بذلك كان عليه دين او لم يكن لان
من عاده التجار عاريه الدواب اعارتها واعاره الثوب وقد بينا ان الاذن ينصرف الى عاده التجار ٥ قال وليس للماذون
ان يقرض وذلك لقوله عليه السلام القرض مرتين صدقه مره ولان القرض موضوع للتبرع كالهبه ٥ قال ولو اعتق عبدا
على مال لم يجز وذلك لان العتق موضوع للتبرع ولا يدخل تحت الاذن ولانه ليس من التجاره وقد بينا ان ما ليس من
التجاره مبقا على الحجر ٥ فان اجاز المولى عتقه ولا دين عليه جاز لان العتق موقوف على المولى لانه يملك ان
يبتديه فوقف على اجازته وقبض المولى للمولى دون العبد لان حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد ٥ قال وان لحق
العبد دين بعد عتق هذا المملوك للغرما من المال الذي على المعتق قليل ولا كثير لانه بالعتق خرج من كسب الماذون
فما خرج من كسبه قبل لزوم الدين لا يتعلق به الرق ٥ وان كان على العبد دين مستغرق فاجاز المولى العتق
جاز وضمن قيمته للعبد لغرما الماذون والمال الذي على المعتق للمولى ولا سبيل للغرما عليه ولا يشبه هذا
المكاتب وذلك لان الدين مستغرق يملك المولى في الاكساب بحاله الا ان حقوق الغرما في الاستيفا تتعلق
به فلا يمنع ذلك العتق كالعبد المرهون واذا ملك المولى العتق ملك الاجازه ويغرم قيمة العبد لان حق
الغرما يتعلق به وقد اتلف عليهم بالعتق فيضمنه لهم كما يضمن الراهن القيمه باعتاق العبد المرهون والمال
للمولى لانه كسب المعتق بعد الحريه وحقوق الغرما لا تتعلق به وليس كذي مال الكتابه لانه مال المعتق على
حكم الرق فاكسابه تتعلق حقوق الغرما بها وقالوا جميعا ليس للماذون ان يتزوج بغير اذن مولاه لانه ماذون
في التجاره والتزويج ليس من التجاره وما لم يدخل تحت الاذن مبقا على اصل الحجر ٥ واذا لم يجز النكاح فرق بينهما
لفساد العقد فان كان دخل بها فالمهر عليه بعد الحريه لانه دين لزمه بسبب غير ثابت في حق غيره وقال
ابو حنيفه ومحمد ليس له ان يزوج امته وقال ابو يوسف يجوز تزويجها وجه قولهما ان تصرفه خاص
في التجاره والتزويج ليس من التجاره وجه قول ابي يوسف انه جعل المنفعه التي ليست بمال مالا فصار
كالاجاره ٥ قال ويجوز عندهم جميعا ان ياخذ الماذون مالا مضاربة لان الاذن ينصرف الى عاده التجار ومن
عادتهم ان ياخذوا المضاربه ويدفعوها ولانه اذا اخذ مالا مضاربة فانه جعل لنفسه الربح والضمان يرجع
به على رب المال فهو انفع له من المشتري لنفسه ٥ واما اذا اعطى مالا يجوز ان يستاجر فيه من يعمل
مثل عمل المضارب باجره مضمونه فاذا دفع المال باجره غير مضمونه فهو اولى ٥ قال ويجوز ان يشارك
شركه عنان لان الشركه من التجاره ولان شركه العنان تتضمن الوكاله وهو يملك ان يوكل ويتوكل ولا يجوز
ان يشارك مفاوضه لان المفاوضه تنعقد على الكفاله وهو لا يملك الكفاله فاذا عقد هذا العقد شركه
عنان لان المفاوضه تشتمل على العنان فاذا ابطل منها الكفاله بقي معنى العنان ويجوز له ان ياذن لعبده
في التصرف لانه يتصرف على عاده التجار ومن عادتهم ان ياذنوا لعبيدهم ٥ قال ولو اشترك العبدان شركه
عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيه جاز ما اشترياه بالنقد وكان بينهما وما اشترياه نسيه فهو للذي
اشتراه خاصة لما قدمنا ان العبد لا يجوز ان يتوكل فيما يشتريه نسيا لما فيه معنى الكفاله ويجوز
ان يتوكل فيما يشتريه نقدا فاذا تضمنت الشركه الامرين جاز احدهما ولم يجز الاخر ٥

باب الغرور في العبد الماذون

واذا جا الرجل بالعبد الى السوق فقال هذا عبدي فبايعوه وقد اذنت له في التجاره فبايعه اهل السوق ولحقه
دين ثم علم بعد ذلك ان العبد كان حرا او مدبرا او مكاتبا او كانت امه فلانة ام ولد او استحق العبد فان على الذي
امرهم بالمبايعه الاقل من قيمة العبد ومن الدين وان شاوا رجعوا بدينهم على الذي ولي مبايعتهم ان كان حرا فان
كان عبدا او مدبرا او مكاتبا او كانت ام ولد لم يرجعوا عليهم بشي حتى يعتق فاذا اعتق اتبعوه ببقيه دينهم
وذلك لانه اضاف العبد الى نفسه وامرهم بالمبايعه فصار اجازته لهم في البيع ولان ذلك يقتضي ان يستوفوا
ديونهم من ثمنه فاذا كان حرا او مكاتبا او عبدا لغيره تعذر الاستيفا وثبت الغرور والمغرور يتعلق به
الضمان من شرطين احدهما اضافه العبد الى نفسه والثاني امرهم بالبيع ٥ وان اضاف العبد الى نفسه والحرم
[illegible] له ولم يامرهم بالبيع لم يرجعوا عليه لانه اخبرهم بماله ولم ياذن لهم في مبايعتهم واما اذا

مبايعته ولم يقل انه عبدي فلا ضمان عليه لان الامر بالبيع ليس فيه استيفا الدين من الثمن ولم يثبت الغرور وانما
قال ان العبد اذا كان حرا فلهم الرجوع عليه في الحال لان الدين لزمه بالعقد ولزم الغار بالغرور فصار كالكفيل
عنه فلهم ان يرجعوا على احدهما ٥ واما اذا كان مستحقا او مكاتبا او مدبرا فالرجوع عليه في الحال لا يمكن
فلم يبق الا الرجوع على الغار واما اذا اعتقوا رجع عليهم بالباقي من الدين لان الذمه تحتمل بالعتق ٥ فان كان
الغار لم يودّ شيا رجع الغرما عليهم بالجميع لان الغار في الحكم كالكفيل بالدين فاذا طولب من توى ما عليه لم
يمنع ذلك من مطالبه المكفول عنه ٥ قال فان كان جا به الى السوق وقال ان هذا عبدي فبايعوه فقد
اذنت له في التجاره او لم يقل قد اذنت له فهو سوا وهو غار لانه لما امرهم بالبيع امرا عاما فقد ثبت الاذن
سوا صرح به او سكت عنه ٥ قال وسوا امره بما بعينه بتجاره خاصه او عامه فمن بايعه في تلك الخاصه
او غيرها فهو مغرور وليس للمولى ان يقول انما اذنت لكم في مبايعته في الثمن فمن بايعه في غير الثمن فلا ضمان له
علي ولا يلتفت الى قوله وذلك لان اذن المولى في كل نوع اذن في كل الانواع والتخصيص لا يتعلق به فايده
وليس هذا كمن قال لرجل ما بايعت فلانا من البر فهو علي لم يضمن ما سوى البر لان الضمان يثبت هناك
بصريح الكفاله فوجب اعتبار ما خص عليه وهاهنا ليس بصريح الكفاله وانما ثبت من طريق الحكم الضمان لاجل
الغرور والغرور عام وان اختص الاذن الا ترى ان تصرف الماذون يجوز فيما خص له وفيما لم يخص ٥ قال ولو كان
قال لهم هذا عبدي فبايعوه فقد اذنت له في التجاره ثم ان المولى دبره بعد ذلك ثم لحق الدين العبد بعد التدبير لم
يضمن المولى من ذلك الدين قليلا ولا كثيرا وذلك لانه لم يغرهم في شي الا ترى ان العبد كان على ملكه فاذا
لم يكن غرورا فقد دبره ولا حق لهم في رقبته فلم يتلف عليهم شيئا فلا يضمن وكذلك لو اعتقه ثم بايعوه
لانهم اغتروا حين ظنوا انه مبقى على الرق ولم يغرهم المولى فلا يضمن ٥ قال ولو كان القايل لهم عبد محجور
فلا ضمان عليه حتى يعتق لان ضمان الغرور يجري مجرى ضمان الكفاله وكفاله العبد لا يلزمه الا بعد الحريه ٥
قال ولو كان الاذن لحرا والذي امرهم بمبايعته عبد ماذون له في التجاره او مكاتب او صبي حر قد اذن له
ابوه في التجاره فلا ضمان على الامر في ذلك او كان الذي بايعوه علموا او لم يعلموا وذلك لان ضمان الغرور
قد بينا انه يجري مجرى ضمان الكفاله فلا يلزم الماذون ولا المكاتب ولا الصبي فاما الماذون والمكاتب فيلزمهما
بعد الحريه لان قولهما صحيح وانما لم يضمنه لحق المولى وقد سقط حق المولى بالعتق ٥ واما الصبي فليس له قول
صحيح فلا يلزمه الضمان بالغرور في الحال ولا بعد البلوغ ٥

باب الشهادة على العبد والمولى غايب

قال واذا خوصم العبد في دين ادعي عليه وهو مما يثبت له انه يلزمه في رقبته وكسبه وجحد ذلك وشهد عليه
شهود باقراره بذلك او شهدوا عليه ببيع او شرى او اجارة فانكر ذلك العبد ومولاه غايب فالشهادة عليه
جايزة في جميع ذلك ويقضي عليه القاضي بذلك كله ولا يلتفت الى غيبة المولى وكذلك الصبي والمعتوه الماذون
لهما في التجاره يجوز عليهما الشهاده ولا يلتفت الى غيبته الاذن لهما وذلك لان الماذون فيما يتصرف فيه كالحر
بدلاله انه لا يرجع بالضمان على غيره واذا قامت عليه البينة لم يعتبر حضور غيره كما لا يعتبر في الحره ٥ قال
واذا كان العبد محجورا عليه فشهد عليه شاهدان بغصب غصبه او بوديعه استهلكها او مضاربه استهلكها
او بضاعه وجحد ذلك كله وشهد عليه شاهدان بمعاينه ذلك ولم يشهدا على الاقرار فان كان المولى غايبا
فان القاضي لا يقضي على العبد بشي من ذلك حتى يحضر المولى فاذا حضر قضي على العبد بالغصب واما المضاربه
والبضاعه والوديعه فان القاضي لا يقضي عليه بشي من ذلك فان حضر مولاه حتى يعتق وذلك لان المحجور
لا يملك الخصومه ولا يجوز سماع البينه عليه وهو لا يقدر على دفعها بالمخاصمه فاذا حضر المولى قضي
عليه بالغصب لانه ليس بمحجور في افعاله فاما الوديعه والمضاربه فعند ابي حنيفه ومحمد لا يقضي بها
لان من اصلهما ان العبد المحجور لا يضمنها الا بعد العتق فلا معنى للقضا بها واما على قول ابي يوسف
فان العبد يضمنها كما يضمن الغصب فيقضي بها عليه قال وان كان الشاهدان شهدا عليه باقراره
بعدما وصفت ولم يشهدا بالمعاينه بشي من ذلك لم يقض على العبد بشي من ذلك حتى يعتق وان كان
مولاه حاضرا لان المحجور لا يتعلق باقراره حكم فلم يجز القضا عليه بالاقرار قال ابو حنيفه ومحمد اذا شهد
على الماذون بقتل عمد او قذف او زنا او شرب خمر فان كان مولاه حاضرا قضى القاضي عليه بذلك وان
كان المولى غايبا والعبد يجحد ذلك لم يقض عليه بشي من ذلك حتى يحضر مولاه قال ابو يوسف يقضي عليه وجه
قولهما ان هذه البينه يتعلق بها استحقاق رقبة العبد او استحقاق جزء منها او استحقاق ازالة يد
المولى عنه فلا يجوز القضا باستحقاق الرقبه ولا باستحقاق جزء منها ولا بازالة اليد الا بعد حضور المولى
وجه قول ابي يوسف ان العبد في هذه الاحكام كالحر الا ترى انه لو اقر بها نفذ اقراره فتسمع عليه البينة
كما تسمع على الحر ٥ قال وان كانوا شهدوا عليه باقراره وهو يجحد لزمه القود والقذف ولم يلزمه ما سواهما
لان الرجوع عن الاقرار بالقصاص والقذف لا يقبل والرجوع عن الاقرار ببقية الحدود مقبول بجحوده

قال ولو شهد الشهود على صبي مأذون له او معتوه مأذون له بقتل عمد او بقذف او بشرب خمر او بزنا
ومن اذن لهما فما يلزمهما من ذلك شي الا القتل فانه على عاقلة الدية لان الصبي والمعتوه لا يجب عليهما الحدود
ولا معنى للشهادة عليهما باسبابها واما القتل فعمده عندنا في حكم الخطأ فيلزم العاقلة قال وان كان
الشهود شهدوا باقراره ببعض ما ذكرنا لم يجز لان بقول الصبي لا يتعلق به حكم فوجوده وعدمه سواء
قال ولو شهد على المأذون شاهدان بسرقة عشرة دراهم وهو يجحد فان كان مولاه حاضرا قطع ولم يضمن السرقة
الا ان يكون قائمة بعينها فيردها وان كان المولى غائبا ضمن العبد السرقة ولم يقطع وذلك لان المولى اذا حضر
فالشهادة بالسرقة شهادة استحقاق فيسمع بالبينة على المولى كما يسمع باستحقاق بيعه او تلفه واما
الضمان فلانه لا يجتمع عندنا مع القطع فان كانت العين قائمة ردت وان كانت هالكة فلا ضمان واما اذا غاب
المولى فالشهادة بالمال مقبولة لان المأذون يملك الخصومة في المال ولا يجوز القضاء بالقطع مع غيبة المولى
لما قدمنا فيقضى بالمال دون القطع قال ولو شهدا على سرقة اقل من عشرة دراهم ضمنه القاضي السرقة ولم
يقطعه ولا ينظر في ذلك الى غيبة المولى ولا الى حضوره لان القطع لا يتعلق بسرقة ما دون العشرة فالخصومة
انما هي في الضمان والمأذون يملك الخصومة في المال فتسمع البينة قال ولو كان المشهود عليه صبيا او
معتوها شهد عليه بسرقة عشرة دراهم ضمنه القاضي ولم يقطعه ولا ينظر في ذلك الى غيبة الذي اذن له لان
الصبي والمعتوه لا يلزمهما حد والخصومة انما هي في الضمان والصبي والمأذون يملك المخاصمة في ذلك فتسمع
البينة عليه قال ولو شهدوا على اقرار المأذون بسرقة عشرة دراهم وهو يجحد فان القاضي يلزمه ضمان السرقة
وان كان المولى غائبا لان اقرار المأذون بالمال جائز وهو خصم فيه والقطع لا يثبت مع جحوده كما لا يثبت بعد رجوعه
فلم يبق الا المال وهو خصم فيه قال ولو كان العبد محجورا عليه فشهد عليه بسرقة عشرة دراهم وهو يجحد فان كان
المولى غائبا لم يقض عليه القاضي بشي من ذلك حتى يحضر مولاه فان حضر وشهد عليه شاهدان قضى القاضي بقطع الغلام
ورد السرقة ان كانت بعينها لان المحجور لا يملك الخصومة في المال فلا يسمع عليه البينة مع غيبة المولى ولا
يقطع وفي الرد واذا حضر المولى سمعت عليه البينة في القطع ووجوب القطع يسقط قال ولو كانت الشهادة
على اقرار العبد وهو يجحد ذلك فالشهادة باطلة ولا يقضى عليه بشي من قطع ولا ضمان كان المولى غائبا او حاضرا
لان الشهادة لا تسمع في اقرار السارق مع جحود السارق بمعنى يعود الى اثبات القطع لانه يسقط بالرجوع
واذا لم يثبت القطع بهذه البينة لم يثبت المال باقرار المحجور لانا نثبته تبعا للقطع وقد سقط القطع فسقط
المال بالتابع له

باب اختلاف المأذون والمولى وغيره في مال في يد المأذون

قال واذا كان في يد المأذون مال فقال المولى هو مالي وقال العبد هو مالي وعلى العبد
دين فالقول قول العبد ولا يصدق المولى عليه الا بحق نقضا للدين لان يد العبد بذلك سرما فكان المولى والغرما
اختصموا في ايديهم فلا نقبل قول المولى فيه قال وان كان المال في يد المولى وفي يد العبد فهو بينهما نصفان لما
بينا ان العبد يده لنفسه فصار كالاجنبي اذا ادعيا الملك كان بينهما للتساوي وثبات اليد التي هي سبب الاستحقاق
قال وان كان معهما يد الاجنبي فالمال بينهم اثلاثا لان كل واحد منهم له فيه يد صحيحة والتساوي في اليد يقتضي
التساوي في الملك قال فان كان العبد لا دين عليه فالمال بين المولى والاجنبي نصفين لان العبد الذي لا دين عليه
يد لمولاه فكان المولى ممسك الشي بيديه والاجنبي بيد واحدة فيكون بينهما نصفين ولا يترجح بزيادة احد اليدين
وقالوا جميعا ان كان ثوب في يد رجل وعبد مأذون له وكل واحد يدعيه فهو بينهما نصفين لان المأذون له يد
صحيحة فصار كالحر قال وان كان في يد احدهما عظمه وفي يد الآخر بعضه فهو بينهما نصفان وان كان احدهما
متعلقا بالاطرف لان كل واحد منهما يده ثابتة عليه فقد تساويا في ثبوت اليد من جنس واحد ولا معتبر بزيادة
التمسك وان كان احدهما متردا به او مرتديا به او كان قميصا فكان لابسه والآخر متعلق به او كانت دابة
واحدهما راكب عليها والآخر ممسكا باللجام فهو للراكب واللابس وذلك لان احدهما له تصرف وللآخر امساك
بغير تصرف والتصرف اظهر في اليد واولى على الملك فكان اولى قال ولو ان رجلا حرا او عبدا مأذونا
له في التجارة او مكاتبا اجر نفسه من رجل باجر يبيع منه الشي او اجر نفسه من خياط يخيط معه وكان في
يد الاجير ثوب فقال المستأجر هو لي وقال الاجير هو لي فان كان في حانوت التاجر والخياط فهو للتاجر والخياط
وذلك لان الاجير اذا كان في منزل الموجر فالظاهر انه يتصرف في ماله فدعواه اظهر من دعوى الاجير
فكان اولى بما في يده قال ولو كان في السكة التي فيها منزل الاجر فهو للاجير لانه اذا لم يكن في
منزل المستأجر فلا يد عليه فبقيت اليد لنفسه فصار كغير الاجير قال ولو ان عبدا محجورا عليه اجره
مولاه من رجل وكان مع العبد ثوب فقال المستأجر هو لي وقال مولاه هو لي كان ذلك الثوب للمستأجر
لان مولاه قد اجره منه وذلك لان العبد في يد المستأجر وقد زالت يد المولى عنه فهو بمنزلة المستأجر
في الظاهر وصارت يده يدا له قال فان كان العبد في غير منزل المستأجر او في السكة او في السوق
ومعه ثوب او كان راكبا على دابة فادعى ذلك المولى وادعاه المستأجر فهو للمستأجر ولا يعتبر فيه المولى

في شي من ذلك لان العبد ثبت عليه اليد وقد صار في يد المستأجر بعقد الاجارة فيده يد له في منزله وغير
منزله فالقول قوله ولا يلتفت الى قول العبد لان يده اذا كانت مستحقة فالقول قول المستحق لها
وليس هذا كالاجنبي الحر لان اليد يده واذا خرج فيده لنفسه قال واجمعوا لو كان العبد في منزل المولى
وفي يده ثوب فقال المستأجر هو لي وقال المولى هو لي فهو للمولى لان منزله شهد له واذا كان العبد فيه
فقد ثبت يده عليه وزالت يد المستأجر فالقول قوله فيه قال ولو كان العبد المأذون له في التجارة وعليه
دين في منزل مولاه وفي يده ثوب فقال المولى هو لي وقال العبد هو لي فان كان الثوب من تجارة العبد
فهو له وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لان لكل واحد منهما فيه يدا وقد رجح العبد بالعلامة فالظاهر
فيما كان في تجارته انه له وما لم يكن من تجارته فالظاهر معه وهو والثوب في يد المولى فالقول قوله قال
ولو كان العبد راكبا على دابة او لابسا ثوبا فقال العبد هو لي وقال المولى هو لي فهو للعبد ان كان من تجارة
او لم يكن لان للعبد يدا وتصرفا وليس للمولى تصرف فلم يستويا في اليد فكان العبد اولى

تم كتاب المأذون بحمد الله ومنه ويتلوه كتاب الاقرار

كتاب الاقرار

قال رحمه الله الاصل في لزوم الاقرار للمقر قوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا
فلو لم يلزم المقر ما اقر به لم يرجع الى املائه ثمرة على الكتمان فلولا انه اذا اظهر يتعلق باظهاره الحكم لم يلحق
لذمه معنى الا ترى ان الله تعالى لما ذم الشهود على كتمان الشهادة دل على ان اظهارهم يتعلق به حكم
ويدل عليه قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس وروي ان ماعزا اقر عند النبي عليه السلم بالزنا
فرجمه النبي عليه السلم وقال في قصة العسيف واغد يا انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها وهذا
يدل على ان الاعتراف يثبت به الحد فلان يثبت به المال اولى ولان المقر غير متهم على نفسه فيما يقر به
فوجب ان يلزمه حكم اقراره قال ابو الحسن واذا اقر البالغ العاقل الحر في ذمته او فيما في يده او في يديه
بشي من حقوق الناس جاز ذلك عليه واخذ به فان رجع عنه بعد اقراره لم يقبل رجوعه عنه وسوا كان
الحق الذي اقر به لادمي مالا او غير مال اما لزوم الاقرار فقد بيناه واما اعتبار البلوغ والعقل فلان
قول الصبي والمجنون لا يتعلق به حكم لقوله عليه السلم رفع القلم عن ثلثة قال واما شرط الحرية فلان العبد
اذا اقر بالاموال لم تلزمه بعد الحرية واذا اقر بالحدود والقصاص لزمه في الحال فلا يختلف حكم اقراره
شرط في جواز اقرار الحرية قال واما اذا رجع لم يقبل رجوعه لان الحق قد لزمه للمقر له وفي رجوعه اسقاط
حقه فلا يقبل قوله فيه قال فان كان ما اقر به حقا لله تعالى مجردا من حقوق الناس مثل الزنا وشرب الخمر وحد السرقة
فان اقر بذلك ثم رجع عنه قبل استيفاء الحد بطل عنه الحد لما روي ان ماعزا لما مسته حر الحجارة هرب فاتبعوه
فقتلوه وذكروا ذلك للنبي عليه السلم فقال هلا خليتم سبيله فجعل الهرب على الرجوع كالرجوع فاذا وجد معه الرجوع
اولى ان يسقط الحد ولان الحدود تسقط بالشبهة والرجوع شبهة فسقطت به قال ويثبت عليه جميع
ذلك باقراره مرة واحدة الا الاقرار بالزنا فانه لا يلزمه الا ان يقر اربع مرات وجملة هذا ان كل ما جاز اثباته
بشهادة شاهدين جاز اثباته باقراره مرة واحدة كالمال ولان السارق اقر عند النبي عليه السلم بالسرقة فقطعه
ولم يعتبر تكرار الاقرار وقال ابو يوسف ان العدد في الاقرار بالحدود معتبر بعدد الشهود فيها كالاقرار بالزنا
فاما الاقرار بالزنا فقد بيناه في كتاب الحدود وقد روى بشر سمعت ابا يوسف قال اذا اقر سرقت من
هذا عشرة دراهم لا بل سرقت من هذا بل سرقت عشرة دراهم قال ابو حنيفة اضمنه الاول عشرة واقطعه للثاني
وقال ابو يوسف لا اقطعه حتى يقر للثاني مرة اخرى قال بشر ثم رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة
وهذا صحيح لان قوله لا رجوع ورجوعه مقبول في الحد غير مقبول في المال فيضمن للاول ولا يقطع
ثم قد استدرك على نفسه الاقرار بالسرقة للثاني واستدراكه مقبول على نفسه والعدد غير
معتبر عند ابي حنيفة فيقبل ويقطع قال وفي الجامع الصغير عن ابي حنيفة اذا اقر بسرقة او
شرب خمر او زنا بعد حين احد بذلك الا شرب الخمر فانه لا يؤخذ به في قول ابي حنيفة ويؤخذ
به في قول محمد وقد كان القياس ان يقبل اقرار الانسان بعد حين في جميع الحدود ولانه غير متهم
على نفسه فيما يقر به فصار التقادم والتاخير سوا وانما استحسان ابي حنيفة وابي يوسف
في الشرب اذا اقر به بعد ذهاب رائحته ان ما عليه الحديث ابن مسعود ان رجلا جاء بابن اخيه فقال
ان هذا ابن اخي وانه كان يتمايح وقد شرب الخمر فسأله ابن مسعود فاقر فقال لعمه بئس كافل يتيم
انت انك لم تحسن ادبه ولا سترت خزيته ثم قال ترتروه ومزمزوه فان وجدتم ريحا فاجلدوه فهذا ابدل على
ان بقا الرائحة معتبرة في اقامة الحد ولم ينقل عن احد من الصحابة خلاف ذلك واما محمد فذهب الى
القياس قال وان جا السكران في حال سكره يقر على نفسه لم يؤخذ باقراره لان السكران زايل العقل
والحدود يعتبر فيها الاحتياط فلا تثبت بقوله ٥ ٥ ٥

باب الاقرار بما يكون وبما لا يكون

قال ابو حنيفه اذا اقر الرجل ان لفلان علي الف درهم فهو جايز وهو دين لان علي من الفاظ الوجوب قال
الله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولانه جعل الالف عليه وذلك لا يكون الا وهي في ذمته
قال وكذلك اذا قال له قبلي لان القباله اسم للضمان ولهذا قالوا ان القباله والكفاله واحد واذا كانت من
الفاظ الضمان اقتضت الذمه فان قال المقر هي وديعه لم يصل ذلك باقراره لم يصدق لان ظاهر قوله علي
وقبلي يفيد الدين فاذا انقطع الاقرار لزمه فاذا قال بعد ذلك هو وديعه ويريد ان يسقط عن نفسه ما
لزمه فلا يقبل قوله ٥ واما اذا وصل ذلك بالكلام فقال له علي الف وديعه او قبلي او قبلي الف وديعه
لان الكلام لم يستقر حتى وصل ما يفيد سقوط الضمان فكانه وصل بها استثنا فيقبل قوله ويصير قوله
علي اي علي تسليمها وحفظها ٥ فان قال له عندي الف درهم فهي وديعه لان هذا يقتضي اقرارا بالحق
في يده وذلك وديعه الا ان يعلم غير ذلك ولذلك لو قال معي لان مع للمقارنه وهذا يقتضي ما ثبت
فيه في يده ولذلك لو قال في منزلي او في بيتي او في صندوقي او في كيسي لان هذا اعتراف بكونه في
يده وقد يكون في يده امانه والمضمون مثل الغصب الا ما لا يعلم بالضمان فيثبت المتيقن وهو الامانه
فان قال الطالب هي قرض لم يصدق لان القرض ثابت في الذمه والمقر اقر بحق في يده ٥ فان قال له من
مالي الف درهم فهذا اقرار له بذلك في ماله ولم يبين محمد في الاصل انه يكون مضمونا او لا يكون وكان
ابو بكر الرازي يقول ان هذا اقرار بشركه لانه جعل ماله ظرفا لما اقر به وذلك يقتضي اختلاطه وكان الشيخ
ابو عبد الله يقول ان كان ماله محظورا فهو اقرار بشركه لان الشركه يصح ان تثبت في مال محظور وان
كان غير محظور فهو اقرار في ذمته لان الشركه في غير المحظور لا تثبت فقد اقر ان ذلك في جمله ماله
فاذا لم يحصر حتى يستحق شيا منه فقد حكمنا بذلك المال للمقر فلزمه عوضه للمقر له ٥ قال فان
قال له من مالي الف درهم فهذه هبه لا تجوز عليه الا ان يدفعها لان من قد تكون للابتدا فكانه قال له
مايه ابتدا استحقاقها من مالي فهذا لا يكون الا ان تملكه اياها وقد تكون للتبعيض والتبعيض لا يقع فيما
هو ماله الا ان يهب جزا منه ٥ قال فان قال له من مالي الف درهم لا حق لي منها فهذا اقرار لانها
وهي لم يسقط حقه عنه بالتسليم فلا يصح ان يحمل الاقرار على ما قبض ويتعلق الاستحقاق به ٥ قال

باب الاقرار بشي مجهول

قال واذا اقر انه غصب رجلا شيا لم يبين ما هو فانه يلزمه من ذلك ما شا في القول قوله مع يمينه ...

والقول قول المقر فيها مع يمينه لان الغصب يقتضي رد العين ما امكن ردها او رد قيمتها اذا تعذر رد العين وهي
لزمه ضمان شي فالقول قوله في مقداره مع يمينه وكذلك الدار والارض يعني اذا اقر بغصبها قال ولو اقر
انه غصب دارا او قال هي بالبصره فالقول قوله لان الاقرار يقتضي غصب دار فلا يختص بمكان فان قال هي
هذه التي في يد زيد وزيد ينكر فالقول قوله في قول ابي حنيفه وابي يوسف الاخر ولا ضمان عليه
في قولهما او يضمن قيمتها في قول محمد وذلك لان من اصلهما ان العقار لا يضمن بالغصب وقد بينا ذلك فاذا
بين ما غصبه على وجه لا يلزمه ضمانه صدق فيه واما على قول محمد فالعقار يضمن بالغصب فاذا اقر بغصبه
وتعذر رده لزمه ضمانه ٥ قال واذا اقر ان لفلان علي حقا او لفلان عليه شيا فالقول في ذلك ما قال
المقر لما بينا ان من لزمه حق مجهول فالقول قوله في بيانه ولا بد ان يبين ها هنا ما له قيمه
لان علي يقتضي ثبوت الحق في الذمه ولا يجوز ان يثبت في ذمته الا ما يتقوم ٥ واذا قال له علي
قفيز حنطه فهو بقفيز البلد وكذلك الرطل والامنا والصنجات والصهي فذلك كله على وزن
البلد لان اطلاق الكيل والوزن انصرف الى المعتاد في المصر الا ان يبين ما عناه ٥

باب الاقرار بالدراهم

واذا اقر الرجل ان لفلان علي الف وذكر عددا الا قل من ذلك او اكثر فانه على ما يتعارفه اهل البلد في الوزن
فان ادعى المقر اقل من ذلك الوزن لم يصدق فان اقر بذلك بالكوفه فعليه وزن سبعه ولا يصدق على النقصان
اذا لم يصل وزنها مع كلام موصول وذلك لان الدراهم اسم للوزن الا ترى ان الدراهم موزون وجمله الموزون
موزون والوزن يرجع فيه الى غالب وزن البلد لانه هو المعتاد الذي ينصرف اليه الاطلاق كما يعتبر
الغالب من نقد البلد في اطلاق العقود فاما بالكوفه فوزنهم وزن سبعه ولا يصدق المقر في اقل
من ذلك ومعنى قوله وزن سبعه اي كل عشره منها وزن سبعه مثاقيل فكل درهم وزن اربعه عشر قيراطا
وهذا هو الوزن الشرعي الذي يتعلق به نصاب الزكوه ونصاب السرقه وذلك لان الدراهم كانت مختلفه
فيها ما وزنه عشرون قيراطا وكان الناس اذا تبايعوا اختلفوا فاستشار عمر الصحابه رضي الله عنهم في ذلك
فاشاروا عليه ان يجعل الدرهم الوسط فجمع من كل نوع درهما فكان اثنين واربعين قيراطا
فجعلها ثلث دراهم متساويه واستقرت احكام الشريعه على ذلك فالوزن اذا اطلق حمل عليها الا ان يكون
في البلد غالب وزنهم اقل من سبعه فيحمل عليه ٥ قال فان كان في بلاد يتبايعون فيها على دراهم معروفه
الوزن فيما ينقص من وزن سبعه فالقول قول المقر فان اراد ان ينقص من قدر وزن ذلك البلد لم يصدق
وذلك لما بينا ان الوزن ينصرف الى المعتاد في المصر الذي وجد فيه الاقرار واذا اعتادوا وزنا ناقصا
حمل الاقرار عليه فان كان في بلد اوزانهم مختلفه فهو على اقلها وذلك لان العاده في الوزن اذا اختلف
ولم يغلب بعض الاوزان على بعض تساوت والاقل متيقن دخوله تحت الاقرار وما زاد عليه مشكوك
فيه فلا يجب ٥ قال ولو اقر بضرب من الدراهم فقال له علي مايه درهم اصبهانيه عددا ثم
قال بعد ذلك انما عنيت هذه الصغار فانما عليه وزن سبعه لما بينا ان الدراهم اسم للوزن فكانه
ذكر الوزن ومن العدد اليه فلا يتعلق بذكر العدد والاصبهانيه بيان نوع كقوله سود فلا يغير
حكم الوزن بها ٥ وقال ابو حنيفه لو اقر عليه مايه درهم سود جاز ثم قال بعد ذلك هي على
وزن سبعه وقال الطالب هي مايه مثاقيل فالقول قول المقر مع يمينه قال محمد الدراهم عندنا
في بلادنا على وزن سبعه لا تنقص ولا تزيد الا ان يبين زياده تعرف او نقصانا يعرف في الوزن
موصولا وذلك لان السود بيان للجنس والدراهم فاما اذا ذكر المقر زياده على ذلك فقد
فسر اكثر ما يقتضيه الظاهر فيقبل قوله وان فسر اقل من ذلك موصولا صدق وصار بذلك
كالاستثنا في الجمله فان قال لفلان علي مايه درهم مثاقيل كان عليه ما قال لانه بين قدرا زايدا
فان قال علي مايه وزن خمسه فهو كما قال لانه بين النقصان ووصله بكلامه فصار كالاستثنا
المتصل فان قال له علي درهم وزنه نصف درهم فهو مصدق اذا وصل واذا لم يصل وسمى درهما
فهو وزن سبعه وذلك لانه اذا وصل فقد عدل عن الاطلاق الكلام بلفظ متصل فصار كالاستثنا
واذا انقطع استقر الوزن عليه فلا يصدق في النقصان منه ٥ فان قال علي درهم او دنينير فعليه
درهم تام ودينار تام وذلك لان التصغير قد يذكر لحجم الدينار فقد يذكر على طريق الاستقلال له
فلم يجز ان ينقص من الوزن الذي اقتضاه الظاهر بالاحتمال وقال ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادره
في رجل قال لفلان علي شي من دراهم او شي من الدراهم قال عليه ثلثه دراهم وذلك لان قوله شي اقرار
منهم وقوله من الدراهم تمييز لما اقر به واقل اسم الدراهم يتناول ثلثه فيحمل عليها ٥ قال ابو يوسف
قال ابو حنيفه اذا قال لفلان علي دراهم وذلك لان الدراهم اسم يتناول اقله ثلثه واكثره عشره
وما زاد على ذلك من العدد لا يفسر بدراهم فصار اكثر ما يتناوله الاسم عشره فحمل اللفظ عليها والمتيقن

وقيل في الاصل هذه المسئله انه يلزم المقر مائتا درهم ادنى ما يجب فيه الزكوه من النوع الذي اقر به لان للنصاب
في حكم الكثير الا ترى ان الانسان يخرج به من حيز الفقر الى حيز الغنى ٥ وقال ابو يوسف اذا قال له علي
مال كثير او عظيم فعليه مائتا درهم وان قال اموال عظام فاني اجعلها ستمايه لان النصاب مستعظم في الشرع
حتى يخرج به الانسان من الفقر الى الغنى فحمل الاقرار عليه ولم يصدق في النقصان عنه ٥ فاذا قال اموال عظام
فهو جمع للمال فحمل على ثلثه اموال لم يذكر في الاصل قول ابي حنيفه في هذا الاصل فمن اصحابنا من قال قوله مثل
قولهما ومنهم من حمله على العشره وجعله كدراهم كثيره ومنهم من قال اعتبر فيه حال المقر وما يستعظم مثله
في العاده وقد قال الشافعي ان المرجع في ذلك الى بيانه فالغى الصفه وهذا ليس بصحيح لان المفهوم
من قولنا مال عظيم الكثير مما يفهم من قولنا مال ولا يجوز الغا اللفظ مع امكان حمله على وجه صحيح ٥ قال ولو قال
غصبت ابلا كثيره جعلت عليه خمسا وعشرين ابلا وذلك لان الكثير عنده هو النصاب ونصاب الابل المستكثر
هو ما يجب فيه الزكوه من جنسها فاما الخمسه فان كان نصابا فلم يجعل في حد الكثير لانه لا يوجب العين ٥ قال
فان قال له علي حنطه كثيره فاني اجعل عليه خمسه اوساق والوسق ستون صاعا وهذا على اصله ان النصاب
في الخارج من الارض يتقدر بالاوسق فحمل الكثير عليه كما حمله على النصاب في بقيه الاموال فاما على قول ابي حنيفه
فلا نصاب للحنطه فيرجع في ذلك الى بيان المقر الا انه لا بد من ان يبين زياده على ما يتعلق عباره فيه
لو قال على حنطه حتى لا يلغا الصفه فقال ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادره فيمن قال لفلان علي الف درهم
طبريه او درهم طبري فان قال هذه المقاله ببغداد فعليه الف درهم وزن سبعه من الطبريه ولو قال عليه الف
درهم من وزنه مثاقيل هذا ببغداد كان عليه دراهم بوزن بغداد من وزنه لان الدراهم اسم للوزن وذكر الطبريه
والموزونه بيان الصفه فلا يتغير حكم الوزن ولو قال ببغداد له علي كر حنطه موصلي كان عليه موصليه بكر
بغداد ولو قال بالموصل له علي كر حنطه سوادي فعليه كر حنطه سوادي بكيل الموصل لان الاسم للكيل
ما اذا ضم اليه الموصل والسوادي فهو بيان الصفه فلا يتغير حكم الكيل عن ظاهره ٥ وقال ابن سماعه في موضع
اخر في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل قال لفلان علي درهم طبري فعليه درهم وزن من الطبريه فلذلك
لو قال عليه او سينيه او بخسيه انما هذه اجناس فهو على ما سمي من الجنس ومن سبعه وهذا على ما قدمنا ولو
قال لفلان علي دينار شامي او كوفي او دينار مثقال والدينار مخالف للدرهم في هذا انما ينسب الدينار الى
الوزن وليس الى الجنس الا ترى ان نقصان الدينار وصنيعه فيه ليس على النقصان ولكنه لا يجوز كما يجوز الدينار
الوازن انما يجوز كما يجوز التبر وله وضيعه لنقصانه ليس بنقصان الوزن ولكنه نقصان لانه لا يجوز
مجانه دينار وازن الا ترى ان رجلا لو كان له على رجل دينار فاعطاه دينارين صغيرين يكونان دينارا فانما يجبر على
قبض ذلك فاما الدراهم فاني اجيزه درهمين صغيرين وزنهما درهم بدرهم فكانه اشار الى الدينار الشامي
والمثقال ينصرف الاقرار فيه الى الوزن والعدد فلا يجوز ان يعطي دينارين صغيرين وهذا على عاده عرفها
ان الدينار الناقص الوزن ينقص ثمنه لا للنقصان وزنه خاصه لكن لان نقصان الوزن معه نقصان الصفه
فيعتبر الوزن والعدد ٥ فاما الدراهم فلم يكن نقصان الوزن فيها وضيعه فاعتبر الوزن خاصه دون العدد

باب الاقرار بالدراهم ثم يدعي انها زيوف

قال في الاصل قال ابو حنيفه اذا اقر الرجل بالف درهم وزن سبعه قرضا او ثمن بيع ثم قال بعد ذلك هي زيوف
او نبهرجه فانه لا يصدق وهي جياد على ما يتبايع الناس ويتعارفون وكذلك لو وصل نقطعه لم يصدق على ذلك
في قول ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق وان قطع لم يصدق اما البيع فوجه قول ابي حنيفه
ان العقد يقتضي صحه المعقود عليه فلا يقبل قوله في استحقاق المبيع كما لو قال بعتك هذا العبد على انه معيب
لم يصدق على ذلك وان وصل ووجه قولهما انه لما وصل ذلك باقراره فقد التزم ثمنا بصفه فهو كما لو قال الف
سود من ثمن بيع فاما القرض ففيه روايتان جعله في هذه الروايه كالبيع لانه معاوضه وتمليك الشي بمثله فهو
كالبيع وقال في الروايه الاخرى يقبل قوله اذا وصل لان القرض يتم بالقبض فهو كالغصب ولو قال غصبته الفا
زيوفا كان القول قوله كذلك القرض قال ولو اقر انه غصبه الف درهم ثم قال بعد ذلك هي نبهرجه او زيوف
كان كما قال وصل او قطع وكذلك لو قال له عندي الف درهم وديعه ثم قال بعد ذلك هي نبهرجه او زيوف كان كما قال
وصل او قطع لان الوديعه والغصب انقاع فعل في عين لا يقتضي صحه العين والقول قوله مما وقع عليه الغصب
الا ترى انه لو قال غصبته عبدا او اودعته عبدا ثم جا بعبد معيب صدق كذلك العيب في الدراهم فان قال له
علي الف درهم ولم ينسب ذلك الى بيع ولا قرض ثم قال هي زيوف لم يصدق ان قطع الكلام وان وصل صدق
في قول ابي يوسف ومحمد وهذا الاصل لا خلاف فيه لانه لم ينسب ذلك الى عقد يقتضي صحه المعقود عليه فان
وصل بكلامه الزيوف لزمه على ما اقر به فان قطع فقد ثبت الحق في ذمته واطلاق الدراهم يقتضي الجياد
فاذا فسر بالزيوف منقطعا فقد عدل عن ظاهر كلامه فلا يصدق ٥ واما اذا قال اودعني الف درهم ثم قال
هي رصاص او ستوقه فان وصل الكلام صدق وان قطع لم يصدق لان الستوقه ليست من جنس الدراهم

فاذا قطع لزمه الدراهم فلا يصدق في بيان ما ليس من جنسها واما اذا وصل فقد عدل عن ظاهر كلامه بلفظ متصل
فيصير كغيره عن العدد بالاستثناء ٥ قال بشر عن ابي يوسف في رجل قال غصبتك الف درهم زيوفا فان ابا حنيفه
قال اصدقه وقال ابو يوسف ان قطع ما بين الزيوف والالف بكلام لم اصدقه وهذا خلاف الروايه الاولى
والظاهر انه يصدق في الوجهين لان الغصب لا يقتضي صحه المغصوب فالقول قوله قطع او وصل ووجه
هذه الروايه ان اطلاق الدراهم يقتضي الجياد فالغصب يثبت في الذمه فاذا استقر الاقرار بالسكوت لم
يصدق في بيان ما لا يقتضيه الظاهر وقال ابو حنيفه اذا قال اودعني الف درهم او اعطاني الف
درهم ثم جا بها زيوفا او نبهرجه فالقول قوله مع يمينه وان لم يصل ذلك بالكلام الاول وكذلك قال ابو يوسف
اما ابو حنيفه فمضى على الظاهر ان الوديعه قبض لا يقتضي صحه المقبوض فالقول قول المودع في
البيان واما ابو يوسف ففرق في احدى الروايتين بين الغصب والوديعه لان الغصب ثبت في الذمه
فاذا استقر الاقرار بالسكوت لم يصدق في نقصان الصفه واما الوديعه فلا تثبت في الذمه فالقول
قوله في بيانها قال ابو يوسف اذا قال ستوقه صدقته في الغصب والوديعه اذا وصل وكذلك قال
ابو حنيفه اذا وصل قال ابو حنيفه ولا اصدقه اذا قطع لان الستوقه ليست بدراهم فاذا اقر بذلك بكلام
منقطع فهو رجوع عما اقر به من الوديعه فلا يصدق قال واذا قال ابتعتها بالف ستوقه لم يصدق
في قول ابي حنيفه وهي جياد وقال ابو يوسف يصدق والبيع فاسد اما ابو حنيفه فمضى على اصله ان
العقد يقتضي صحه المعقود عليه وكما لا يصدق في الزيوف فكذلك في الستوقه ٥ واما ابو يوسف
فقال اقر بالبيع بثمن موصوف ثم يصدق فيه كالسود والبيض الا ان البيع فاسد لان الستوق لا يصح
اطلاقه في العقد كما لا يصح اطلاق العروض فيفسد البيع لذلك ٥ قال ابن سماعه سمعت
ابا يوسف قال في رجل اقر فقال لفلان علي الف بيض زيوف او سود زيوف او قال نبهرجه زيوف
او وضح زيوف فهو مصدق اذا وصل لان الزيوف قد يكون بيضا وقد يكون سودا والقول قول المقر
في ذلك ولو قال له علي الف درهم جياد زيوف فهي جياد وكذلك لو قال لو وزن
المال زيوف فانه لا يصدق وذلك لان الجياد لا يكون زيوفا فلما اقر بالجياد ثم ذكر الزيوف فقد
رجع عن اقراره فلا يقبل وكذلك قوله فقد وزن المال عباره عن الجياد فلا يقبل قوله في الزيوف ٥
ولو قال له عندي الف درهم وديعه ثم جا بالف زيوف صدق وهذا على ما قدمنا فلو جا بستوقه
وقال هي هذه لم يصدق لان الستوق ليس بدراهم وقوله لم يقبل في بيان صفه ما اقر به فاما
اذا من جنسا غير الجنس المقر به لم يقبل قوله فيه ٥ قال ابو عبد الله ولو قال له علي عشره دراهم
الا درهما زايفا ففي قول ابي يوسف له عليه عشره جياد ويأخذ درهما زايفا وفي قول ابي حنيفه تسعه جياد
اما ابو حنيفه فقال ان الجوده اذا لاقت جنسها فلا قيمه لها لهذا قال ان من اقتضى دينه
زيوفا وهو لا يعلم به فانفقه لم يرجع بشي فاذا قال له علي عشره الا درهما زايفا لو صححنا الاستثنا
لزم المقر له درهم زايف والمقر عشره جياد والزايف عنده يصير قصاصا بالجيد وكان يلزمه تسعه
جياد ويصير الاستثنا في درهم جيد وهو لم يستثنه فلهذا ابطل الاستثنا فاما ابو يوسف فعنده
ان الجوده لا يسقط حكمها ويلزم المقر عشره جياد والمقر له درهم زايف وهما مختلفان فلا يقع
بينهما القصاص فيدفع كل واحد منهما ما وجب عليه ٥ قال ولو قال عشره دراهم الا درهما ستوقا
فعليه عشره دراهم الا قيمه درهم ستوق وكذلك قياس قول ابي حنيفه الاستثنا من غير الجنس
يجوز عندهما والستوق يجري مجرى العروض الا ترى انها لا تصير قصاصا بالجياد وتسقط من العشره قيمه
الدرهم الستوق ٥

باب ما يكون اقرارا بالقبض مما اقر به او لا يكون

قال ابن سماعه عن ابي يوسف في رجل قال اقرضني فلان الف درهم ثم قال لم اقبضها منه انما طلبت اليه فاقرضني
ولم اقبض قال لا اصدقه والمال لازم له وكان القياس ان يصدق لان القبض اسم العقد فالقبض يتم
العقد فيه كما يتم عقد البيع ومعلوم ان الاقرار بالبيع لا يشتمل على الاقرار بالقبض فكذلك
القرض ولانه اضاف الفعل الى القرض لم يضفه الى نفسه فلم يكن في اعترافه ما يدل على
القبض وجه الاستحسان ان القرض لا يتم الا بالقبض فهو كالقبول في البيع ومعلوم انه
لو اقر بالبيع وجحد القبول لم يقبل قوله كذلك اذا اقر بالقرض وجحد القبض وليس هذا
مثل اقراره اشترى عبدا بالف درهم وزعم انه لم يقبضه لان عدم القبض في البيع لا يخرجه
من ان يكون بيعا فلم يكن في دعواه عدم القبض رجوعا عما اعترف به من البيع وعدم القبض في
القرض يبطل القرض فدعواه لذلك رجوع ٥ قال ابن سماعه عن محمد في رجل قال اعطيتني الفا
او اقرضتني الفا او اودعتني الفا او اسلفتني الفا او اسلمت الي الفا ثم قال بعد ذلك لم اقبضها

لم اصدقه وان وصل الكلام بهذا اصدقته والقياس في هذا على ما بينا الا انه اضاف العطا والقرض والوديعه والسلف الى المقر له فلم يدل ذلك على الاعتراف بفعله والاستحسان في القرض ما قدمناه وكذلك قوله اعطيتني لانه اذا لم يقبض فانما عرض عليه العطا ولم يعطه وهو انما اعترف بالعطا وقوله او دفعت اعتراف بما قبض لانه لو لم يقبض لكان قد عرض عليه الوديعه فاما قوله اسلفني او اسلمت الي فهي عباره عن القبض لان السلم والسلف في اللغه عباره عن عقد يقتضي تعجيل احد البدلين وتاخير الاخر فاذا قال لم اقبض منفصلا بكلامه فهو كالاستثنا المنفصل فيصدق فيه ۝ قال ولو قال نقدني الفا فلم اقبضها او دفعت الي الفا فلم اقبض لم يصدق في قول ابي يوسف وان وصل وقال محمد يصدق لابي يوسف ان قوله نقدني يقتضي القبض بدلالة انهم يقولون فلان يبيع بالنقد فيفهم من ذلك المقابض فكانه قال اقبضني ثم رجع وجه قول محمد انه اضاف النقد الى فعل نفسه فهو كقوله اقرضتني واعطيتني فيصدق اذا وصل فان قال بعتني داري بالف درهم او اجرتني او اعرتني او وهبتها لي او تصدقت بها علي ثم قال بعد ذلك لم اقبض فاني اصدقه وصل او لم يصل وذلك لان البيع يتم من غير القبض وكذلك الاجاره فلم يكن الاعتراف بهما اعترافا بالقبض ۝ واما الهبه والعاريه والصدقه فاذا قال لم اقبضها فانه اسقط حق نفسه عنها وقول الانسان مقبول فيما يسقط به حقه وان خالف ظاهر كلامه ۝

باب الاقرار بعدد مجهول

قال ابن سماعه عن ابي يوسف فيمن قال لفلان علي دراهم مضاعفه فعليه ستة لان اسم الجمع اقل ما يتناول ثلثه والتضعيف اوله مره واحده فمتى ضعفنا الثلثه ستة فان قال له علي دراهم اضعافا مضاعفه فله عليه ثمنيه عشر درهما لان الاضعاف جمع فيقتضي اقله ثلثه والدراهم اقل ما تتناول ثلثه فاذا اضعفت ثلث مرات كانت تسعه وقوله مضاعفه يقتضي تضعيف ذلك فيكون ثمنيه عشر ۝ ولو قال له علي دراهم اضعافا فهو تسعه لان الاضعاف جمع فاذا ضوعفت الثلث ثلث مرات كانت تسعه ولو قال له علي دراهم مضاعفه اضعافا فعليه ثمنيه عشر لان الدراهم المضاعفه سته فاذا اوجبها اضعافا اقتضى ذلك ثلث مرات فتكون ثمنيه عشر ۝ قال ولو قال له علي عشره دراهم اضعافا مضاعفه فعليه ثمانون درهما لان اضعاف العشره ثلثون فاذا ضممت الى العشره كانا اربعين وقد اوجبها مضاعفه فيكون ثمانين ۝ قال ابن سماعه عن محمد في رجل قال لفلان علي عدد الف فعليه الفان فان قال علي عدد الفين فعليه اربعه الاف وان قال علي عدد درهم فله عليه درهمان وان قال عدد درهمين فعليه اربعه لان العدد ما يكمل الشي حتى يغايره فكانه اوجب عددا من الالوف غير الالف واقل ذلك الفان فاوجب عددا من الدراهم غير درهم واقل ذلك درهمان ۝ قال ابو حنيفه اذا اقر الرجل فقال لفلان علي الف درهم الا شيا او الا قليلا او قال له علي زها الف او عظم الف او جل الف او قريب من الف فعليه خمسمايه وشي والقول في الزياده ولا يصدق في النصف وما دونه وذلك لان قوله الا شيا انما يستعمل في القليل في العاده واقل الشي ما نقص عن نصفه ۝ فاما اذا قال زها او هي الفان عظمه او جله فهو عباره عن اكثره وذلك يحصل بالزياده على النصف وان قلت ولذلك ان قال قريب من الالف لانه اذا زاد على النصف فهو الى الغايه اقرب ۝ قال واذا قال لفلان علي ما بين مايه الى مايتين كان عليه في قول ابي حنيفه مايه وتسعين لان من اصله ان الابتدا يدخل والغايه لا تدخل فاذا جعل الغايه جمله اسقط منها ابو حنيفه العدد الذي تكمل به الجمله ومعلوم ان المايه تتركب من العشرات فيسقط العشره التي تكمل بها المايه ۝ فاما على قولهما فان الغايه تدخل في الكلام فيلزمه المايتان ولو قال له علي ما بين كر شعير الى كر حنطه الا قفيزا وذلك لان الكر اسم الجمله من القفزان وقد جعل الكر الحنطه غايه لما اقر به فيسقط منه العدد الذي يكمله القفيز ۝ فاما على قولهما فيلزمه الكران لان الغايه داخله عندهما ۝

باب الاقرار بعددين يبهم احدهما ويسمي الاخر ۝

قال في الاصل اذا قال له علي الف ولم يبين فالقول قوله يفسرها ما شا لان الالف عدد مبهم يصح ان يفسر بكل معدود فوجب ان يرجع في بيان ذلك الى قول المقر ولو قال له علي مايه وثوب فالقول قوله في المايه يفسرها بما شا وكذلك كل شي لا يكال ولا يوزن ولا يعد وذلك لان قوله علي مايه يقتضي ثبوتها في الذمه وقوله وثوب والثوب مما لا يثبت في الذمه بنفسه فيقتضي تغاير الامرين فلم يجز ان يجعل احدهما من جنس الاخر بظاهر اللفظ فلذلك رجع الى البيان ۝ ولذلك لو قال وثوبان كان القول في المايه كما بينا ولو قال مايه وثلثه اثواب وكل واحد منهما يحتاج الى التفسير فكان ذلك تفسيرا لهما ۝ وقال ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادره اذا قال لفلان علي الف وعبد فعليه عبد والف مما شا ولذلك لو قال عشره وعبد وذلك لان العبد لا تنقسم بعضها في بعض فهي كالاجناس المختلفه ولا يكون عطف

احد

احد العددين على الاخر يقتضي مساواتهما فوجب الرجوع في العدد المبهم الى التفسير ولو قال له علي الف وشاه فعليه الف شاه وشاه ولذلك الف من بعير فصار جنسا واحدا وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه فثبت الجميع من جنس واحد ۝ وقال في الاصل اذا قال له علي عشره الف ووصيف جعل عليه الوصيف وجعل عليه عشره الف من اي نوع شا وهذا كما قدمنا ۝ ولو قال الف وشاه جعلتها من الشا كلها استحسن ذلك وامرفه على معاني كلام الناس ووجه القياس ان قوله الف عدد مبهم وذكر الشاه ليس بتفسير له فيبقى العدد الاول على ابهامه ووجه الاستحسان ان الشاه لما كانت مما تنقسم بعضها في بعض صارت كالشي الواحد وحكم العطف حكم المعطوف عليه ولا فهم يستعملون التكرار في البيان ولا يقولون مايه درهم ودرهم ومايه شاه وشاه وانما يقولون مايه درهم والمراد بالجميع جنس واحد فحمل ذلك على العاده ۝ قال واذا اقر فقال لفلان علي عشره دراهم ونيف فالقول في النيف ما قال من شي درهم او اكثر منه وله ان يجعله اقل من درهم وذلك لان النيف ما زاد واناف ولهذا سمي الانف انفا ويقال جبل منيف واذا كان الاسم عباره عن الزياده حمل عليها قلت او كثرت ۝ واذا قال علي بضعه وخمسون درهما فان البضعه ثلثه دراهم فصاعدا وليس له ان ينقص من ثلثه لان الله تعالى قال في بضع سنين لله الامر من قبل ومن بعد خاطر ابو بكر قريشا على ان الروم تغلب فارس فقال عليه السلم ما البضع في لغتكم فقال من ثلثه الى تسعه فقال عليه السلام زد في الخطر وابعد في الاجل وهذا يدل على ان اقل ما يتناوله اسم البضع ثلثه فلم يصدق في النقصان منها قال واذا قال لفلان علي عشره ودانق او قيراط فالدانق والقيراط فضه لان الدانق عباره عن جز من درهم فكانه قال عشره وسدس ولان الظاهر ان حكم العطف حكم المعطوف عليه فان قال مايه ودينار فالمايه كلها دنانير وان قال مايه ودرهم فالمايه دراهم على ما قدمنا في القياس وفي الاستحسان كان القياس ان يرجع في المايه الى بيانه لانها عدد مبهم والاستحسان انهم يذكرون على طريق الاختصار ويجعل من جنس واحد في العاده ۝

باب الرجل يقر بشي لا يسمي عدده ۝

قال ابو حنيفه اذا اقر الرجل ان لفلان عليه دراهم ولم يسمها فان الذي يلزمه ثلثه دراهم وكذلك قال ابو يوسف ومحمد لان الدراهم اسم جمع واقل ما يتناول اسم الجمع على الحقيقه ثلثه دراهم فحمل الاسم على ذلك ۝ فان قال دراهم كثيره فهي عشره دراهم عند ابي حنيفه وقالا مايتا درهم ۝ ولو قال دنانير كثيره عشرون دينارا وقد بينا هذه المسله وذكرنا ان ابا حنيفه يقول ان جنس ما يسمى دراهم عشره وما زاد على ذلك يقال له احد عشر درهما فوجب ان يحمل الكثير على الجنس وهما يقولان ان الدراهم الكثيره ما تقع بها الغنى وذلك لا يكون فيما دون النصاب ۝ واذا قال غنم كثيره فهي اربعون شاه فان قال ابل كثيره فهي خمسه وعشرون وان قال حنطه كثيره فهي خمسه اوسق وقد بينا هذا فاما على قول ابي حنيفه فيرجع الى بيان المقر فيما يسمى كثيرا في العاده وقال ابو يوسف اذا قال مال كثير او مال عظيم فعليه مايتا درهم واما ان قال اموال عظام فعشر مايه وقد بينا هذه المسله

باب الرجل يقر بشي من الكيل او الوزن او غيرهما من صنفين ۝

قال ابو حنيفه اذا اقر الرجل ان لرجل عليه ما بين مثقال ذهب وفضه فعليه من كل واحد النصف ولو قال كر من حنطه وشعير فعليه من كل واحد كر وان قال استودعني عشره اثواب يهوديه ومرويه فهي نصفان وكذلك سدا في التزويج اذا تزوجها على كرين حنطه وشعير او اشتري بكرين حنطه وشعير كان عليه لكل واحد النصف فان اقر لرجل بكر حنطه وشعير وسمسم كان عليه من كل واحد الثلث وذلك لانه دخل في الاطلاق على وجه واحد فاقتضى التساوي كقولنا هذه الدار لزيد وعمرو وقال الله تعالى [illegible] فهم شركا في الثلث فاقتضى ذلك تساويهم ولانه لو اضاف الاقرار الى اثنين فقال لفلان وفلان علي الف كان المقر به بينهما وكذلك اذا ذكر المقر به من جنسين ۝ قال ولو قال استودعني ثلثه اثواب زطي ويهودي ومرويه وذلك لانا قد علمنا ان التساوي لا يوجد وان احد الجنسين اكثر من الاخر فلزمه ثوب زطي وثوب يهودي بيقين وشككنا في الثوب الاخر انه زطي او يهودي فكان القول قوله في بيانه ۝

باب اقرار الرجل بالمال اقتضاه من اخر

قال ابو الحسن واذا قال الرجل اني اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه وقبضتها وقال المقر له قد اخذت مني المال ولم يكن لك علي شي فانه يجبر على رده بعد ان يحلف ما كان لفلان عليه شي وكذلك لو اقر انه قبض من فلان الف درهم كانت له عنده وديعه وقال فلان بل هو مال قبضته مني فانه يرد المال عليه

بعد ان يحلف ما استودعه وذلك لان الاقرار فيه مضمون وكذلك العرض يتعلق به الضمان لقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد وقد اعترف بالقبض والتقاط واحتج المسقوط لانه زعم انه صار قصاصا بحق له فلا يصدق وعلى
ذلك ولان ما ظهر باقراره المقر به حكم ما ظهر بالمشاهدة ولو شاهدنا قبضه وغيره بنفسه ثم زعم انه قبضه من دينه
او قبضه مرهونا به لم يقبل قوله ولزمه الرد فكذلك هذا واستحلف المقر له لان المقر يدعي عليه حقا والقول
قوله فيحلف على نفيه قال ابو حنيفة لو ان رجلا قال اسكنت فلانا بيتي هذا ثم اخرجته فادعى الساكن ان البيت
له فالقول قول صاحب البيت وعلى الساكن البينة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الساكن بعد ما
حلف ما اسكنه وقال ابو حنيفة لو قال ان هذه الدابة له اعارها فلانا ثم قبضها منه وقال فلان بل هي
دابتي فالقول قول الذي في يده الدابة مثل الاول وقال ابو يوسف ومحمد بل هو يدعي على الذي في يده وهو استحسان
وهو استحسان لان المقر اثبت اليد لنفسه ثم اقر انه اوجبها لغيره فلم يقر الغير باليد على الاطلاق
وانما ادعى انه الموجب لها فكان القول قوله في كيفيتها ولان الناس يرتفقون بالعواري فلو لم يقبل قول
المعار في اعارة امتنع الناس من ذلك فانقطع منافعهم وهذا الاجماع وحجة قولهما وهو القياس
انه اقر بيد الساكن والدابة ثم ادعى ما يوجب استحقاقها فلا يعمل بدعواه في ذلك ولان ما ظهر
باقراره كالظاهر بالمشاهدة ولو شاهدنا الدار في يد ساكنها فلان فاخذها المقر منه وزعم انه اعارها اياه
لم يقبل قوله فكذلك اذا اقر به قال فان قال اقر ان فلانا الخياط خاط قميصه بنصف درهم وقبض منه القميص
فقال الخياط بل هو قميصي فالقول قول صاحب القميص وكذلك الثوب يسلم الى الصباغ وهذا على الخلاف
قال ابو حنيفة بقولان قد اقر به بالموجب لليد والقول قوله في كيفيته لو اوجبها وهما يقولان اقر باليد للخياط
فلا يقبل قوله في استحقاقها قال فان قال رب الثوب خاطه لي الخياط فهذا بمنزلة دفعه اليه بنصف درهم ولم
يقل قبضته منه لم يرد على الخياط في قولهم جميعا وكذلك الصباغ وكذلك اذا قال خاطه لي ليس باعتراف
للخياط باليد بجواز ان يخيط له في منزل رب الثوب ولا يثبت يده عليه فاذا لم يوجد الاعتراف باليد
لم يرد على الخياط في قولهم قال واذا كان الثوب معروفا انه للمقر والدابة او الدار فقال المقر
فلان هذه الدار وهذه وقبضتها منه فالقول قول المقر في قولهم وذلك لانه اذا علم ان الشيء على ملك
المقر فثبوت يد غيره فيه لا يوجب استحقاقه فبقي على حكم ملكه قال واذا اقر رجل ان فلانا
ساكن في هذا البيت فادعى فلان البيت فانه يقضي للساكن على المقر وذلك لان السكنى يد وتصرف
بستحق بها الملك في الظاهر فاذا اقر بها لغيره ثم ادعاها لنفسه لم يقبل قال فان قال اقر ان فلانا زرع
هذه الارض او بناها هذه الدار او غرس هذا الكرم او هذا البستان وذلك كله في يد المقر فادعى الباني الدار
والغارس الارض والزرع والغرس والبناء فالقول المقر بقوله كله لي استعنت بك ففعلت ذلك او فعلته
باجرة فالقول قوله ان هذا اقر للمقر مع يمينه وذلك لان الغرس والبناء والزرع ليس اقرارا باليد لجواز ان يفعل
ما هو في يد غيره ويغرس اذا لم يعترف له باليد لم يقبل والمقر له في استحقاقه قال ابن سماعة سمعت
نوادره سمعت ابا يوسف قال اذا قال لرجل هذه الدابة لفلان ارسل بها الي مع فلان فانه يردها على
الذي اقر بها له ويدفع قيمتها الى الذي جاء بها ولو انكر ان يكون لفلان المقر له وهذا قياس
قول ابي حنيفة يدفعها الى المقر له ولا يدفع الى الذي زعم انه دفع اليه شيئا وكذلك اذا قال ان فلانا
ارسل بها الي مع هذا فانه يدفعها الى فلان ولا يضمن لهذا الذي زعم انه رسول شيئا وفرق ابو حنيفة
بين الدابة والشيء بعينه وبين الدراهم وما يكون دينا اما ابو يوسف فذهب الى ان قوله هذه الدابة
لفلان اقرار بالملك بقوله ارسل بها الي مع فلان اقرار لفلان بسبب يعين اقرارها للغير فلا يقبل الاقرار
في ملكه غيره فان كان الاول نقضا فلا ضمان عليه للثاني لانه مؤتمن لم يفعل ما يقتضي الضمان
واما الحاكم اذا زال يده فلا شيء عليه فاذا دفعها الى الاول بغير قضا ضمن الثاني قيمتها لانه اقر بقبض
من الثاني فقد اتلف عليه بتسليمه الى الاول فصار كالوديعة اذا اقر بها وما ذكره في قياس قول
ابي حنيفة فانه بناه على قوله هذه الدار لي اسكنتها فلانا ووجه البيان انه لما قال هذه الدابة لفلان
ارسل بها الي مع فلان فقد اثبت اليد للاول وزعم انه اوجبها للثاني فاقر باليد للثاني بيد مطلقه فلم
يتعلق بها الاستحقاق وقد ذكر مسألة العارية في الاصل في موضعين فالى احدهما اخذ ما عليه للدابة لانه
زعم انه رسول وقد انتهت الرسالة بالتسليم فلم يعترف له بحق الرد فلم يرجع له بشيء وقال في
الموضع الآخر انه يسلمها الى الاول بغير قضا ضمن للثاني ووجهه ما قدمناه واصحابنا يقولون ان
هذا القياس فاما قوله ان ابا حنيفة فرق بين هذا وبين الدراهم وما يكون دينا فمعناه انه
اذا قال لفلان علي مائة درهم قبضتها من فلان فادعاها كل واحد منهما لزمه لكل واحد مائة لانه اقر للاول
بدين في الذمة وان قبض مال غيره فلزمه الامران وفي مسألتنا اقر بالعين لفلان ثم زعم انه قبضها من غيره
والعين اذا استحقها الاول لم يستفد اقرار المقر فيها فسأله قال ابن سماعة سمعت ابا يوسف قال
في رجل اقر ان هذا العين الذي في يده وديعة عنده لفلان وسماه ولا يعرف الا بالاسم الذي سمي به

الذي هو في يديه ثم مات المقر قال يوقف هذا العين حتى يحضر المقر له وكذلك لو اقر ان هذا الالف الذي في يده
لفلان وسماه فاني لا اعطيها غيره الا لو اقر فاجيء حضر المقر له قال ولو قال لرجل باسمه علي الف او قال هذا
العبد وديعة عندي وله اسم صاحبه وهو ميراث وذلك لانه اذا سمى المقر له فقد تعلق حقه بالمال فلا ينتقل الى
الوارث واذا الاسم المقر له وليس هذا حق ثابت لا يستحق الا ان يكون الحق لا يستحقي له واذا ابطل الاستحقاق انتقل الى الوارث

باب الاقرار بكذا لا بل كذا

قال ابو حنيفة اذا اقر الرجل لفلان عليه الف درهم لا بل الفين فعليه الفان وهو قول زفر وكان يقول في القياس ان يكون
عليه ثلثة الاف وكذلك اذا تركا القياس وهو قول ابي يوسف ومحمد وحجة القياس انه اقر بالف ثم رجع عنها لان
لا للرجوع ثم استدرك لا اقرار بالفين لان بل للاستدراك ورجوعه لا يقبل واستدراكه مقبول على نفسه فلزمه
المالان كما لو قال لفلان علي الف لا بل مائة دينار ووجه الاستحسان ان الاقرار خبر والخبر قد يقع فيه الغلط
فاذا قال الف لا بل الفين فالظاهر انه استدرك الزيادة على نفسه وهو خبر منهم لانه الذي قصده التزمها
فرجوعه ان كان فالظاهر انه استدرك الزيادة فتقبل اقراره فيها وليس كذلك اذا قال انت طالق واحدة لا
بل ثنتين لان الطلاق وان كان لفظه لفظ الخبر فهو ايقاع في الشرع والموقع يستحيل ان يوقع ثانيا فرجوعه
من الموقع لا يقبل وايقاعه للثاني يلزمه فاما الاقرار فهو خبر والمخبر عنه يخبر عنه ثانيا وثالثا فوزان
الاقرار من الطلاق ان يقول كنت قد طلقت امرأتي واحدة لا بل اثنين فيصدق في ذلك ولا يلزمه الاكثر والبيع
قال ابو الحسن وهذا الباب على ثلث معان احدها الاستدراك في القلة والكثرة فيلزمه الاكثر مثل ان
يقول لفلان علي الف لا بل الفان فيلزمه الفان لانه مخبر في الاستدراك الذي يستدركه بعض الاقرار فلا
يقبل قوله ويلزمه الزيادة ويكون الالف من جملة الالفين ولو قال الف عبدها او سود الباقي اذا يستدرك
في الصفة فيكون عليه اعلى الصفتين وهذا مثل ان يقول له علي الف سود لا بل بيض او بيض لا بل سود
فيلزمه الافضل منهما لانه اذا ابدا بالادون ثم بالافضل فقد زاد في الاستدراك فصار كقوله الف لا
بل الفين واما اذا بدا بالجود فقد زاد للاستدراك ان نقص عن بعضها اقر به فلا يقبل قوله فيه
والنوع الثالث يستدرك في الجنس فيقول له علي الف لا بل مائة دينار او كرحنطة لا بل كر
شعير فيلزمه الامران لان الانسان لا يستدرك في العادة من الجنس وانما يستدرك في القدر او الصفة
فهو الجنس استدرك لانه راجع عن الاول واقر بالثاني فرجوعه عما اقر به لا يقبل واقراره على نفسه
بحق آخر مقبول

باب الاقرار بمال دفعه اليه فلان

لآخره قال واذا اقر الرجل فقال دفع الي فلان هذه الالف وهي لفلان وادعاها واحد منهما الالف
فانها للدافع فان قال هذه الالف لفلان دفعها الي فلان فهو للمقر له الاول ولا يكون للدافع منه شيء فان ادعاه الدافع
وحلف الدافع ما هو لفلان ضمن المستودع الالف الآخر وذلك لانه اذا ابتدا فقال هذه الالف دفعها الي فلان
فقد اقر بوجوب الرد عليه لان التسليم يقتضي وجوب الرد فاذا قال هي لفلان فقد اقر بها بعد ثبوت حق الاول
فلا يقبل في ابطال حق الاول واذا قال هذه الالف لفلان دفعها الي فلان فقد اقر بها للاول ثم اعترف للدافع
بوجوب الرد بعد ثبوت حق الاول لغيره فلا يقبل قوله في حق الاول فان دفع الى الاول بقضا فلا ضمان عليه
للثاني عند ابي يوسف ومعا وعند محمد يضمن لان قوله دفعها الي فلان اقرار بالوديعة وهو يوجب فيها على
وجه الغصب واما ازال الحاكم يده والمودع اذا زالت يده عن الوديعة بغير فعله لم يضمن وجه قول محمد
ان الحاكم انما زال اليد بحكم اعترافه فصار هو الموجب لازالة اليد فكانه دفعها على الوديعة من الملك
ولانه ضيع الحفظ في الوديعة حين اقر بها لغير المودع فيلزمه ضمانها واما اذا سلم الى الاول بغير قضا
ضمن للثاني في قولهم لانه لما سلمها فقد زالت يده عن الوديعة بفعله والمودع اذا سلم الوديعة الى غير
المودع ضمن قال واذا قال هذا الالف لفلان اخذتها من فلان آخر فادعاه كل واحد منهما فانه
الذي اقر له اولا ويضمن مثلها للآخر وذلك لانه اقر للاول بالالف وافر للثاني بعقد يتعلق به
وجوب الضمان فيلزمه اي المال لكل واحد منهما ولو قال هذا الالف لفلان ارسل بها الي مع فلان وادعيه
وادعاه كل واحد منهما فانه للاول فان قال الاول لم ابعث بها ولم ارسل به وادعاه الرسول فهو للرسول
ولانه بدا بالاقرار لفلان ثم اقر باليد للرسول فلا يقبل قوله في حق المقر له فان كان المقر له
غائبا فاراد الرسول ان ياخذه فادعاه لنفسه لم ياخذه واي قال انه لفلان وانه كان رسولا فيه فذلك
لا يعدلان الرسالة قد انقطعت وهذا قول ابي يوسف وذلك لانه لما اقر للغائب بالالف استحقها
ثم اقر للرسول باليد فلا يقبل قوله فان ادعاها الرسول لنفسه لم يقبل قوله بعد استحقاق الغائب
لها فان زعم انه رسول فقد انقطعت الرسالة بالتسليم فلا يثبت له حق المطالبة قال وقال ابو يوسف
لو قال هذه الالف لفلان دفعها الي فلان كان مثل ذلك ولو قال هذه الالف لفلان احدهما فلانا

فادعياه جميعا فالالف للمقر له ويضمن للذي اقر انه اخذه منه الفا مثله ولا يشبه هذا الاول وقال محمد ارسل به ودفعه الي واخذه كله سوا اذا ادعياه جميعا دفع الالف الي الاول وضمن للثاني وهذه ثلث مسايل اولها اذا قال
هذه الالف لفلان بل لفلان فانه دفع الي الاول بقضا فلا يضمن للثاني لان الاول استحق الالف فلما اقر بها للثاني
لم يقبل اقراره في حق الاول ولم يلزمه الضمان للثاني لانه انما اقر في ملكه والحاكم الزمه التسليم ومجرد الاقرار
في ملك الغير لا يتعلق به الضمان فاما اذا دفع الي الاول بغير قضا ضمن للثاني لانه اقر بها للثاني وقد الزمها
بالتسليم الي الاول فيضمن بالتسليم لا بالاقرار والمسله الثانيه اذا قال اودعني فلان لا بل فلان او هذه الالف
لفلان دفعها الي فهو مثل الاول عند ابي يوسف وقال محمد يضمن للثاني سوا اسلم الي الاول بقضا او بغير قضا وقد
بيناه والمسله الثالثه اذا قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان وادعى كل واحد منهما العبد سلمه الي
الاول وضمن للثاني سوا اسلم بقضا او بغير قضا لان الغصب يجب ضمانه على الغاصب وان زالت يده عنه
بغير فعله اذا ثبت هذا قلنا اذا قال هذا الالف لفلان اخذته من فلان ضمن للثاني لان الاخذ فعل مضمون فيجب عليه
الرد سوا اسلم الي الاول بقضا او بغير قضا كالغصب قال واذا اقر الخياط ان هذا الثوب الذي في يده لفلان
سلمه اليه فلان وكل واحد منهما يدعيه فانه للذي اقر به اولا وكذلك القصار والصباغ والصانع وكل
عامل من العمال فلا يضمن للثاني شيا في قياس قول ابي حنيفه ويضمن قيمة الثوب للثاني في قول ابي يوسف
ومحمد وهذا اذا كان سلمه الي الاول بقضا وذلك لان من اصل ابي حنيفه ان اجير المشترك مؤتمن لا
يتعلق بقبضه الضمان فهو كالمودع واذا اقر للاول استحق الثوب فلما اقر للثاني ودفع الي الاول بقضا
فقد زالت يده عن العين بغير فعله فكانها هلكت فاما على قولهما فقبض الاجير مضمون كقبض الغاصب
واذا استحق الاول العين بالاقرار صار كالهلاك فيضمن قيمتها للثاني قال وان اقر ان هذا الثوب اسلمه
اليه فلان ليقطعه قميصا وهو لفلان فادعاه كل واحد منهما فانه للذي اسلمه وليس للثاني شي لان قوله اسلمه
الي اعتراف له بالثوب وقوله وهو لفلان اقرار في ملك المقر فلا يقبل قوله قال واذا اقر ان هذا الثوب
استعاره من فلان فبعث به اليه مع فلان فهو للذي اعاره اياه في قول ابي يوسف فان قال ان فلانا اتاه بهذا
الثوب عارية من قبل فلان فادعاه كل واحد منهما فهو للرسول لان الذي اسند اليه قد استحق الثوب
باقراره بعد ذلك لغيره لا يقبل قال ابن سماعه عن ابي يوسف في نوادره في رجل قال لفلان علي الف درهم
ارسل بها الي مع فلان فانه يغرم لكل واحد منهما لانه اقر للاول بحق في الذمه واقر للثاني بالتسليم وما
في الذمه لا يتصادق فلم يكن مقرا للثاني بنفس ما اقر به للاول فيلزمه المالان ولو قال الجاني فلان بالف
وهو لفلان فانه يضمنه للذي دفعه اليه ولا يضمن للاخر شيا لانه اقر للثاني بنفس ما اقر به للاول فقد استحق
الاول الالف فلا يقبل اقراره للثاني قال في رجل قال هذا الالف لفلان دفعه الي فلان فجا المقر له يريد
اخذه وجا الدافع يريد اخذه وينكر ان يكون لفلان الذي اقر به هذا قال فعلى المقر ان يدفعه الي الذي اقر
له هذا اذا كان المقر له ان يدفعه الي هذا المقر فلو اقر بذلك لم يكن له ان يضمنه هذا المقر ويغرم هذا
المقر الفا للذي زعم انه دفعه اليه وذلك لانه اقر بالالف للاولي وزعم انه قبضها من الثاني فاذا انكر الاول
ان يكون للثاني ان كان سلم الي الاول بغير قضا فاما اذا كان الاول صدقه ان الثاني دفعها اليه فانه يردها على
الثاني ولا ضمان عليه للاول لانه قد برئ منها حين سلمها قال ولو بدا المقر الذي في يده الدراهم فقال هذه
الالف دفعها الي فلان وهي لفلان فانه يدفعها الي الذي دفعها اليه ولا يضمن للمقر له شيا من قبل انه بدا
فاقر به للذي دفعه اليه وذلك لانه لما اقر بالدفع استحق حين سلمها الي الدافع وان كان كاذبا فلم يجب
ان لا يجب عليه الضمان قال ولو قال اعرت فلانا دابتي هذه ثم ردها علي او قال اعرته عبدي هذا ثم
رده علي او اجرته داري هذه شهرا ثم ردها علي فان ابا حنيفه قال هو مصدق وقال ابو يوسف هذا
كله اخذه بقوله فان رد هذا الشي على الذي اقر انه كان في يده وفيها الخلاف وهذه المسله قال ابن سماعه
عن ابي يوسف اذا قال الرجل كان لي على فلان الف فقضانيها او قال اقرضت فلانا الفا فدفع الي فاني لا
اصدقه واقول له رد الالف وهات البينه على انه كان لك عليه هذا اذا انكر فلان ان يكون استقرض
فلان هذا المقر شيا وجابه عن الالف على المقر وكذلك قال ابو حنيفه وقال ابن ابي ليلى اقبل قوله ولا
ضمان عليه وجه قولهما انه اقر بالاقتضا وهو قبض مضمون ثم ادعى سقوط الضمان بادعايه القرض فلا
يقبل قوله ووجه قول ابن ابي ليلى انه استحق لنفسه ثم اقر انه قبض ما هو حقه فلا يلزمه رده

باب اختلاف المولى والعبد فيما اخذه

المولى من العبد او جنا عليه وقد عتق العبد فيقول المولى
فعلته وانت عبدي ويقول العبد فعلته وانا حر

قال ابو الحسن الاصل في هذا الباب ان ينظر فما اقر به المولى انه فعله بالعبد او اخذه منه فان كان لا يجوز ان
يكون في حال الرق الا للمولى وهو مع ذلك مباح له فالقول قول المولى في قول ابي حنيفه وابي يوسف

وماكان

وما كان من ذلك يجوز ان يكون لغير المولى في حال الرق او هو محظور على المولى في حال الرق فالقول قول العبد فيه
وهذا كله قول ابي حنيفه وابي يوسف وقال زفر ومحمد القول قول العبد في ذلك كله الا ان يكون شيا قايما
بعينه في يد المولى فلا يصدق المولى ويومر برده على العبد وما جعل فيه القول قول المولى انه فعله في حال
الرق فلا ضمان على المولى فيه وما كان القول فيه قول العبد ان المولى فعله في حال العتق ضمنه المولى كما
يضمن مال الحر والجنايه عليه والذي يحصل في هذا ان المولى اذا قال اخذت من عندي في حال الرق جزيه
وذلك الشي قايم في يديه وقال العبد اخذته مني بعد العتق فالقول قول العبد وذلك لان المولى يدعي تملك
العين وانتقالها من العبد اليه فلا يقبل قوله في ذلك واما اذا قال اتلفت عليك مالا وانت عبدي وقال
العبد اتلفه بعد الحريه فالقول في ذلك قول المولى في قولهما لان اكساب العبد للمولى لا حق لغيره فيها
فاذا زعم انه اخذها في حال الرق واما اذا قال وطيت امتي في حال الرق لا يجب به ضمان ووطيها بعد العتق
قد يجب به ضمان وقد لا يجب لانه ان وطيها على وجه الزنا فلا غرم عليه وان وطيها بشبهه ضمن فيغلب
سقوط الضمان فلم يضمن وهذا قولهم واما اذا قال قطعت يدك قبل العتق وقال العبد قطعتها بعد العتق فالقول
قول العبد عند ابي حنيفه وابي يوسف لان المولى اقر بفعل هو جنايه الا ترى انه لا يحل له قطع يد عبده ثم ادعى
سقوط الضمان باضافة الجنايه الى حال الرق فلا يقبل قوله ولانه لا يملك قطع يد عبده فقد اقر بفعل لا
يملكه وادعى سقوط الضمان فيه لكونه مالكا لحقوق العبد فهو كما لو اعترف بجنايه وادعى العفو
وقال زفر ومحمد القول قول المولى لانه اضاف الاقرار الى حال منعقده لا يجب فيها منفعته عليه
الضمان فصار كما لو قال وطيت قبل العتق او استهلكت نسيجه قال واذا اقر المولى بعد العتق انه
كان ياخذ من العبد ضريبه في كل شهر عشره دراهم وهي ضريبه مثله او كانت امه فاقر انه كان يطاها
في حال الرق قبل العتق فالقول قول المولى ولا ضمان عليه فيما اخذ من الغله ولا عقر عليه في الوطي وذلك
لان الضريبه لا يملك اخذها من العبد الا المولى فقد اعترف بفعل ليس بجنايه واضافها الى حال معلومه
فالقول قوله فيها قال واذا اسلم الحربي او صار ذميا او دخل الينا بامان فقال له رجل مسلم قطعت
يدك وانت حربي في دار الحرب او اخذت منك الفا فاستهلكتها او اخذت منك هذه الالف وانت حربي
او سبيت ابنك هذا او اخذته منك في دار الحرب وقال المسلم او الذمي بل فعلت ذلك بعد ما اسلمت
او صرت ذميا في دار الاسلام فان ابا حنيفه قال في ذلك كله القول قول الحربي ولا يضمن شيا ووجه قولهما ان
المقر اعترف بالاخذ وادعى التملك في حاله لا يملك التمليك فيها فلا يقبل قوله الا ببينه ووجه قول زفر
ومحمد انه اضاف الاقرار الى حاله منتفيه لا يلزمه فيها الضمان فصار كمن قال اقرضتك وانا صبي انه لا يلزمه
شي من الضمان

باب الاقرار بالدين في الصحة

واذا اقر الرجل بدين في صحته لرجل او لرجال اقرارا متفرقا في مواطن او في موطن واحد فذلك كله
لازم واذا كان المقر له او غير وارث فمن قضاه منهم دينه الذي اقر به فهو جايز لا يشركه فيه باقي
الغرما الا ان يكون اقرار الرجلين بدين هما فيه شريكان فيشترك كل واحد من الشريكين صاحبه فيما قبض
من دينهما والدليل على ذلك قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيره يعني شاهدا وكان المقر غير
متهم على نفسه فيما يقربه فيلزمه ذلك كما يلزمه الشهاده ولا فرق بين ان يكون لوارث او اجنبي
لان الصحيح غير محجور عليه الا ترى انه لو وهب لوارثه جاز فاذا اقر له جاز وانما قال اذا اقضى احدهم
لم يشركه الباقون لان حق كل واحد منهم في الذمه غير متعلق بالمال فاذا اقضاه ما لم يتعلق به حق
غيره لم يشركه فيه قال وما استقر دين في الصحه فهو في جميع المال قبل الوصايا والميراث يتضاربون
بالدين في التركه فيكون لكل واحد منهم ان يقسط دينه من التركه لا يقدم بعضه على بعض ولا يكون
بعضهم اولى به من بعض وانما قدم الدين على الوصايا والميراث فيقدم الدين عليه ولان الوصيه
تبرع بعد الدين حق الموصي بحق الوارث لانه تركه والدين مستحق فيقدم الواجب على التبرع وانما
تضاربوا في التركه بديونهم لان كل واحد منهم يستحق بسبب مثل السبب الذي يستحق به الاخر
فصاروا كالورثه وانما لم يقدم بعضهم على بعض وان تقدم في المداينه لان ديون الصحه
ثابته في ذمته وانما انتقل الى التركه بالموت واذا تساوت الديون في الانتقال صار المتقدم منها كالمتاخر
سوا قال فان توى من التركه شي قبل ان يقسم الدين اقتسموا ما بقي من التركه على قدر ديونهم ولا يبطل من
دينهم بهلاك ما هلك من التركه شي وذلك لان الدين متعلق بالتركه وكل جزء منها لا اختصاص ان تثبت
الميراث قبل قضا الدين فالهالك يكون من حق الورثه ويبقى الدين بحاله قال وما كان من ديه وجبت
للميت في نفسه او ارش وجب له عن شي من جوارحه بجنايه خطا او عمد لحق العذر ما فيه يقتسمونه بديونهم
وذلك لان الدين حق للمقتول فصار له فهي كساير اكسابه ولانه لو عفا عنها ولا دين عليه صح عفوه فلو لم
يكن على ملكه لم يسقط باسقاطه وما كان على ملك الميت من الاموال فديونه متعلقه به قال وان كان

القاتل عمداً فيه قصاص او قصاص فيما دون النفس فلا حق للغرما في ذلك ولا قصاص لان القصاص حق ليس بمال فلا يتعلق به حقوق الغرما لان المنافع وليس لهم ان يعفوا لانه حق لهم في القصاص فلا يصح عفوهم فيما لا يملكونه ولان الديون التي يتعلق حقهم بها ان ابروا منها لم يصح فالقصاص الذي لا حق لهم فيه اولى ان لا يصح ابراوهم فيه ٥ قال وان عفا بعض الورثة عن الدم تحول حق الباقين من الورثة ما لا فكان ذلك بين الغرما على قدر ديونهم وذلك لان بعضهم اذا عفا تعذر القصاص في حق الباقين ودم العمد اذا تعذر فيه القصاص وجب الارش وقد بينا ان الارش حق للميت فيتعلق به ديونهم ٥ قال وان كانت الميتة امراة فمهرها بمنزلة تركتها تقسم بين غرمائها فذلك لان المهر مال لها وان كان عوضا عما ليس بمال كالاجرة في الاجارة ٥

باب الاقرار بالدين في المرض

قال واذا اقر المريض في مرضه الذي مات فيه بدين لغير وارث فهو جائز لقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق ولم يفصل ولان المريض غير متهم فيما يقر به للاجنبي فينفذ اقراره وقد قال اصحابنا ان القياس يقتضي ان لا يجوز اقراره الا في الثلث لانه لا يملك ثلث ماله ولا يملك ما زاد عليه بدلالة انه لو وهب ما زاد على الثلث لم يجز فيما لا يملكه لا ينفذ فيه اقراره وانما تركوا القياس لما روي عن ابن عمر انه قال في المريض اذا اقر بدين جاز ذلك عليه في جميع التركة ولا نعرف له مخالف ٥ ولانه غير متهم في اقراره كالصحيح ٥ قال واذا اقر في مرضه بدين بعد دين فذلك جائز المتقدم فيه والمتاخر سوا وهو جائز في جميع ماله يتحاصون في التركة وذلك لان حال المرض حالة واحدة فالدين المتقدم فيها والمتاخر سوا كحالة الصحة ٥ ولا يقال ان دين المريض يتعلق بتركته فليس الدين الاول الى التركة فيكون اولى من الثاني وذلك لان ديون المريض لا يتعلق بتركته لجواز ان يكون عليه دين في الصحة فلم يبق الا ان يتعلق بذمته فيستوي المتقدم والمتاخر ٥ قال فان كان على المقر في مرضه دين في صحته فغرما الصحة اولى بتركته من غرما المرض بدا به حتى يستوفوا ديونهم فان فضل من التركة شي بعد قضا دين الصحة كان بين غرما المرض وان لم يبق شي فلا شي لغرما المرض على الورثة ودينهم باق في ذمة الميت ٥ وانما يقدم دين الصحة على دين المرض خلاف ما قال الشافعي انهما سوا لان دين الصحة ثابت في حال الاطلاق ودين المرض ثابت في حال الحجر الا انه لا يجوز هبته في اكثر من ثلث ماله ٥ قال ودين الاطلاق مقدم على دين الحجر كالعبد اذا اقر في حال الحجر بدين وفي حال الاذن بدين ٥ ولان حق غرما الصحة يتعلق بالمال في المرض بدلالة ان المريض ممنوع من التبرع في ثلث ماله بعد ان كان جائز التصرف لولا الدين فلولا تعلق حقهم بالمال لم يمنع واذا تعلق حقهم بالمال كان اسبق من دين المرض فصار كالدين الذي رهن به فيقدم على ما رهن به لان حق المرتهن اسبق الى الرهن فاما اذا استوفى غرما الصحة فقد سقط فكانه لم يكن للمريض الا الباقي من التركة فيستحقه غرما الصحة فان لم يبق شي فلا حق للغرما على الورثة لان الورثة انما يلزمهم القضا من تركة الميت ولا تركة للميت ٥ وقوله ان دينهم باق في ذمة الميت يعني في احكام الاخرة فاما في حكم الدنيا اذا لم يكن تركة فقد سقط الدين ٥ قال فان تطوع الورثة بقضا به من اموالهم التي هي لهم فهو جائز ويبرا الميت من الدين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك لان الدين باق في حكم الاخرة فاذا قضى الورثة فكانهم تبرعوا بالقضا في حال الحياة فيسقط الدين ٥ ولان ابا قتادة لما قضى عن الميت دينارين قال عليه السلام الان بردت عليه جلدته فدل على ان من تبرع بقضا دين الميت سقط عنه الدين ٥ قال فان اقر المريض في مرضه الذي مات فيه بعين في يده او بالف في يده ان ذلك لرجل عليه دين في الصحة لم يجز ذلك على غرما الصحة وكانوا احق به من المقر له يباع في دينهم فيستوفون في ثمنه ولا يجوز على غرما الصحة اقرار المريض بدين ولا بعين امانة اقر بها في المرض او مضمونة حتى يستوفي الغرما ديونهم وذلك لما قدمنا ان دين الصحة يتعلق بالتركة فاذا اقر المريض بعين فقد تعلق بها حق الغير لم يقبل اقراره كما لو اقر بالعبد المرهون فاذا قضيت ديون الصحة فلم يبق الا حق الورثة واقرار المريض مقدم على حق ورثته ٥ قال وكل دين وجب على المريض بدلا عن مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره هو بمنزلة دين الصحة يستوون جميعا في تركة الميت فيكون بينهم على قدر ديونهم وذلك لان هذا الدين لما علم سبب سببه لم تلحقه فيه التهمة فصار كدين الصحة الذي لا تهمة فيه ٥ ولان المريض يحتاج الى ان يبتاع فلو لم يجعل الاثمان مما يبتاع كدين الصحة امتنع الناس من معاملته واضر به ذلك وهذا لا يجوز ٥ قال ولا يجوز للمريض في مرضه ان يقضي غرماءه دون غرماء كان الدين عليه في الصحة او في المرض لا يقضي غرما الصحة بعضهم دون بعض في مرضه ولا غرما المرض بعضهم دون بعض الا ان يكون استقرض في مرضه القا ونقدها او اشترى عبدا بالف قيمته الف فقضى القرض ونقد ثمن العبد في مرضه فان ذلك يجوز على غرما الصحة وغرما المرض اذا علم ذلك ببينة وانما لم يجز ان يقدم بعض غرمائه بالقضا لان ديونهم متعلقة بالتركة على وجه واحد فاذا قضى بعضهم فقد دفع اليه ما تعلق به حق غيره فلا يجوز كما لو قضى الورثة من تركته اثبت بعض غرمائه ٥ وكذلك ان كانت الديون في المرض لا يجوز ان يقضي احدهم دون الباقين

لان ديون المرض لا تخلو اما ان يكون معها دين في الصحة او لا يكون فان كان هناك دين في الصحة لم يجز قضا دين المرض وان لم يكن دين في الصحة فحق الغرما في المرض تعلق بالمال فاذا قضى بعضهم ما تعلق به حق الباقين لم يجز كما لو قضاهم من عين الرهن ٥ فاما اذا استقرض شيئا بمعاينة الشهود او ابتاع شيئا من غيره بمعاينة الشهود فقضاه ذلك جاز لان المريض انما يمنع من قضا بعض الغرما لما فيه من اسقاط حق الباقين فاذا حصل للباقين مثل ما قضى فلم يسقط حقهم عن شي فجاز القضا ٥ ولان حقوق الغرما في معنى التركة لا في عينها ولهذا يجوز تصرف المريض فيها فاذا اشترى عبدا بالف او اعطى من التركة الفا فمعنى التركة حاصل لهم لم يسقط شي منه فجاز تصرفه فيه ٥ قال وان تزوج امراة في مرضه بالف ومهر مثلها الف فذلك جائز على غرما الصحة بشاركهم في التركة فيكون كاحدهم وذلك لان التزويج يحتاج اليه المريض لمنفعة يختص بها لطعامه وكسوته فاذا عقد لم يتهم في سبب المال فصار كدين الصحة الذي لا تهمة فيه ٥ ولانه يحول البضع في ملك الزوج متقوم فصار كالاعيان ٥ قال فان نقدها المهر لم يسلم لها وكان لغرما الصحة ان يتبعوها بذلك فياخذوا حصصهم وذلك لان المهر ليس بذلك تعلق به حقوق الغرما فلا يجوز له ان يفردها بالقضا كما لا يجوز له ان يفرد من اقر له ٥ قال ولو اقر في مرضه ولا دين عليه في الصحة لرجل بدين الف درهم ثم اقر بعد ذلك لاخر بالف في يده انها وديعة فهما دينان جميعا فلا يجوز اقراره بالوديعة بعد الدين في ان يستحقها المقر له ولكنها دين في تركته وذلك لانه لما بدا بالاقرار بالدين تعلق حق الغريم بالالف التي في يده فاذا اقر انها وديعة فقد اراد ان يسقط حق الغريم عنها فلا يصدق الا انه قد اقر بوديعة تعذر تسليمها بفعله فصارت كالمستهلكة فيكون دينا عليه ويتساوى الغريمان في العين ٥ قال وان اقر بوديعة ثم بدين فصاحب الوديعة اولى بها لانه لما بدا بالوديعة ملكها المقر له بعينها فاذا اقر بدين لم يجز ان يتعلق بمال الغير ٥ قال وكذلك اقرار المريض بالف في يديه انها بضاعة او مضاربة لما بينا في حكم الوديعة والبضاعة والمضاربة امانة فهي كالوديعة ٥ قال واذا اقر المريض لرجل بوديعة الف درهم ثم مات ولم تعرف بعينها فهي في تركته كدين المريض وذلك لانه ضيع الحفظ فيها حين لم يبين عنها والمودع اذا ضيع الحفظ ضمن ولان الظاهر انها باقية في يده الى ان مات وقد جعلنا ما في يده لورثته فلا يجوز ان نقضي لهم بملك الوديعة الا ويقضي عليهم بعوضها ٥

باب اقرار المريض باستيفا دين في مرضه ٥

قال واذا مرض الرجل وله على رجل دين وجب له عليه في صحته او كاتب عبدا في صحته على الف درهم ثم مرض فاقر باستيفائه او باستيفا الكتابة فهو مصدق على ذلك والغريم والمكاتب بريان كان عليه دين في المرض او في الصحة او لم يكن وذلك لان جواز الاقرار بقبض ديون الصحة حق ثبت لمن عليه الدين بعقد المداينة فلا يسقط ذلك لحق مرض المريض كما لا يسقط سائر الحقوق التي لزمته ٥ قال فان مرض وعليه دين في الصحة فقطع رجل يد المريض عمدا فصالح من ذلك على الف درهم ثم اقر باستيفائها وليس له مال غيرها فهو مصدق على قبضها ان كانت انما وجبت له في المرض وكذلك لو ان رجلا اقر انه جرح خطا فاقر المريض انه استوفى ارشه والجراحة كانت في المرض فانه مصدق على ذلك ٥ اما ما وجب بجناية العمد فهو بدل عما لم يتعلق به حقوق الغرما فيقبل اقرار المريض باستيفائه كما يقبل في حال الصحة فاما ما وجب لجناية خطا فالسبب الموجب له لا يتعلق حقوق الغرما به فهو كجناية العمد ولان المريض لم يثبت له هذا الحق الا وهو دين في الذمة فيتعلق حق الاستيفا وهو دين فيقبل قول المريض في استيفائه كدين الصحة ٥ قال وان اقر رجل للمريض انه قتل عبدا له في مرضه خطا او قطع يده فيلزمه نصف القيمة فاقر المريض انه استوفى ذلك وعليه دين في الصحة فهو مصدق وذلك لان الجناية على العبد وان وجب لها بدل عما تعلق به حق الغرما فان السبب ليس هو مما يتعلق حقوق الغرما به فصار كالجناية على الحر وليس هذا كاستهلاك العبد لان الاستهلاك سبب للتمليك عندنا فيصير كالبيع واما الجناية فليست من اسباب التمليك فيصير كالجناية على الحر ٥ قال ولو كان الجاني قتل العبد متعمدا فصالحه المريض على اقل من قيمته فصلحه جائز فان اقر المريض باستيفا ذلك فهو مصدق ٥ اما الصلح على اقل من القيمة فلان دم العمد ليس بمال فاذا صالح منه على اقل من القيمة فلم يسقط حق الغرما عن شي تعلق حقهم به فيجوز ويقبل قوله في الاستيفا لان حق الغرما لم يتعلق بالارش الا وهو دين ٥ قال ولو تزوج امراة فاقرت في مرضها انها استوفت مهرها ثم طلقها قبل ان يدخل بها ثم ماتت وعليها دين في صحتها ولم تدع غير الالف المهر الذي اقرت باستيفائه ولم يعلم ذلك الا بقولها فان الالف بين غرمائها ولا شي للزوج منها ولا شي على الزوج من المهر ٥ فان قال ابدا ان اضرب مع الغرما بنصف المهر لم يجز ٥ انما تصدق على الاستيفا فلا تصدق على ما في يدها وانما جاز اقرارها لانه لما طلقها قبل الدخول بها صارت اجنبية فاقرارها له كاقرارها باستيفا دين من اجنبي وذلك الدين ليس بدلا عن مال

فيقبل اقرارها باستيفائه كما في الجناية ولا يصدق على اثبات المحاصة للزوج مع الغرماء بنصف المهر لانه اقرار
له بدين ولا يعلم الا بقولها ودين الصحة مقدم عليه ٥ قال ولو كان دخل بها وقد تزوجها في مرضها فاقرت باستيفاء المهر
ثم طلقها فانقضت عدتها قبل ان تموت وذلك لان العدة لما انقضت صار اجنبيا فيقبل اقرارها له ٥ قال ولو لم تنقض
عدتها حتى ماتت وقد طلقها طلاقا بائنا فاقرت له باستيفاء المهر فاصحاب دين الصحة اولى بما لها حتى يستوفوا حقوقهم
فاذا استوفوا نظر الى ما بقي من مالها فجعل للزوج منه الاقل مما اقرت له بالاستيفاء مع بقية حقوق النكاح
وهما متهمان ان يكون تواطئا بالطلاق الى تصحيح الاقرار فوجب ان يثبت مع ذلك ما لا تهمة فيه ومعلوم انه لو لم
يطلقها لم يقبل اقرارها وورث فاذا طلقها استحق الاقل من الامرين لانه لا تهمة فيه فان كان الدين في الصحة يأتي
على جميع ما في يدها وعلى مهرها الذي اقرت باستيفائه رجع على الزوج بجميع المهر ولا يصدق على الاستيفاء وذلك
لانه لا ميراث له في هذه الحال لو لم يكن طلقها ونحن انما نجعل له الاقل من الميراث ومما اقرت به لانه لا تهمة فيه اذا
لم يكن له وارث لم تقبل لموضع التهمة ٥ قال محمد في الجامع الكبير في مريض عليه دين في الصحة يحيط بماله فاقر ان
هذا العبد لغيره لم يصدق ولو باعه بمثل قيمته وسلمه ثم اقر باستيفاء الثمن لم يصدق ٥ اما اقراره بالعبد
لا يجوز لان حق غرماء الصحة متعلق به واما اقراره باستيفاء ثمنه فلا يجوز لان حق غرماء الصحة تعلق بالمبدل وبه
اقراره بالاستيفاء اسقاط حقهم ٥ قال بشر عن ابي يوسف في مريض اقر باستيفاء دين كان له في الصحة او في
المرض فان اقراره بالاقتضاء جائز والغريم بريء وان لم يعاين ذلك الشهود وهذه رواية شاذة ووجهها ان
دين المرض لا يلحقه تهمة باستيفائه فصار كدين الصحة ولانه اسقاط حق وليس باقرار بدين فيستوي فيه حال
الصحة والمرض كالطلاق والعفو عن دم العمد ٥ قال ابن سماعة عن ابي يوسف في النوادر اذا باع المريض عبدا
بالف ثم اقر باستيفائها فانه يصدق ولا سبيل للورثة عليه فان اقر بدين في مرضه بعد اقراره بالاستيفاء
فلا شيء للمقر له بالدين وذلك لانه لما اقر بالاستيفاء ولا دين عليه صار كاقراره للمشتري بالدين فينفذ اقراره
ولانه اقر بالاستيفاء ولا حق يتعلق بماله فصار كالصحيح فاذا لزمه دين بعد ذلك لم يؤثر فيما صح الاقرار به
كما لو اقر بالالف انها وديعة ثم اقر بدين ٥ قال فان بدأ بالاقرار بالدين في المرض ثم اقر بالاستيفاء من المشتري
في المرض فانهما يتحاصان وذلك لان الاقرار بالاستيفاء يجري مجرى الاقرار بالدين فكانه اقر في المرض بدين ثم
بدين ٥ قال وان كان عليه دين في الصحة لم يصدق ويوخذ الالف من المشتري فيكون في الدين وذلك لان دين الصحة
متعلق بالعبد فاذا اقر باستيفاء ثمنه اسقط حق الغرماء عنه فلا يقبل قوله ٥ وقال ابن سماعة في نوادره عن محمد
فيمن اقر في مرضه انه باع عبده هذا من فلان بالف وذلك قيمته ولا مال له غيره وقبض الثمن منه فانكر
فلان ذلك واراد قبض الالف الذي اقر به الميت فله ذلك ويباع العبد له في الالف حتى يدفع اليه
وذلك لان المشتري لما انكر الشرى لم يصدق المريض عليه فبقي اقراره باستيفاء المال منه فيلزمه رده ٥
قال فان صدقه والعبد عنده فلا شيء عليه من الثمن لانه لا دين عليه في الصحة وهذا صحيح لان البيع ثبت
لتصادقهما واقراره مقبول في استيفاء الثمن اذا لم يكن عليه دين في الصحة واذا ثبت الاستيفاء استحق المشتري
العبد ولا شيء عليه ٥ قال ولو ان رجلا استهلك للمريض ثوبا في مرضه فقال المريض قد قبضت منه قيمته لم
يصدق على ذلك فان كان استهلك الثوب في صحة رب الثوب ثم اقر رب الثوب انه قبض منه جاز
فنزل له اقراره بقبض دين الصحة وهذا محمول على ان اقرار المريض باستيفاء دين الصحة مقبول وان
حصل الدين في حال المرض لم يقبل اقراره ٥ قال ولو ان مريضا قال في مرضه قد كنت ابرأت فلانا من
الدين الذي عليه في صحتي لم يجز وذلك لانه لا يملك البراءة في الحال فاذا اسندها الى زمان متقدم ولا يعلم ذلك
الا بقوله حكمنا بوجودها في الحال فكانت من الثلث وهذا كما قالوا في الزوج اذا اقر بطلاق متقدم انا نحكم
بوقوعه في الحال فلا يصدق في تقدم الطلاق وليس كاقراره بالقبض لان البراءة تبرع فاذا حكمنا بوقوعها
في ذلك المرض كانت من الثلث ٥ واما الاقرار بالقبض فاقرار بحق واجب فهو كالاقرار بالدين ٥

باب اقرار العبد المأذون في مرضه وبيعه وشرائه وقبضه الدين ٥

قال محمد في المأذون الكبير قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد
اذا اذن الرجل لعبده في التجارة ثم مرض العبد فاقر بدين في مرضه او وديعة او عارية او مضاربة
او اجارة او بغير ذلك من وجوه التجارات ثم مات من مرضه ذلك ولا دين عليه في الصحة فاقراره بذلك
جائز وهو بمنزلة الحر فان كان الاقرار بدين بيع ما كان في يده حتى يستوفي الغرماء الذي لهم فان بقي شيء
كان للمولى وان كان اقراره بوديعة بغير عينها او بغصب بغير عينه او بمضاربة بغير عينها فهو بمنزلة اقراره
بالدين وان كان اقر بشيء من ذلك بعينه فهو للمقر له دون المولى وذلك لان حكم المأذون في تجارته حكم الحر
فاقراره معتبر باقرار الحر ومعلوم ان الحر المريض اذا اقر بدين او بوديعة او غصب ولا دين عليه في حال الصحة
بعد اقراره فكان ذلك اولى من حق الورثة وكذلك المأذون ينفذ اقراره ويكون المقر له اولى من مولاه
قال واذا اذن الرجل لعبده في التجارة ثم مرض العبد وعليه دين في الصحة فاقر في مرضه بدين او بوديعة

بعينها او بغير عينها ثم مات العبد في مرضه ذلك فان القاضي يبيع ما في يده فيبدأ بدين الصحة فان بقي شيء كان
للمقر لهم في مرضه حتى يستوفوا حقهم وان بقي شيء كان للمولى وذلك لان حكم المأذون مأخوذ من حكم الحر ومعلوم
ان الحر اذا اقر في مرضه بدين قدم دين الصحة عليه فكذلك المأذون ٥ وقد قال زفر ان المأذون اذا
اقر في مرضه فذلك ودين الصحة سواء لانه لا يطرأ عليه حجر بمرضه بل تصرفه بعد المرض كتصرفه في حال الصحة
وهذا فاسد لان المرض لما اوجب الحجر في الجملة لم يعتبر تغير الحال الا ترى ان المريض الحر اذا لم يكن له وارث
لم يتغير حاله بالمرض لانه لا يجوز ان ينفذ في جميع ماله ثم الصحة يتقدم في حقه فكذلك حكم العبد وان لم
يتغير حاله من الوجه الذي ذكره ٥ قال فلو كان الغصب الذي اقر به العبد في مرضه او الوديعة قائمة في
يده يعرفه الشهود بعينه فصاحبه احق به من غرماء الصحة لان هذه العين لا يملكها العبد فلا يتعلق حق
غرمائه بها فان كان ذلك لا يعرف الا ان الشهود عاينوا قبض العبد لذلك فان القاضي يبيع ما في يد العبد فيقسمه
بين غرماء الصحة وبين اصحاب الغصب والوديعة بالحصص وذلك لان هذا دين يعلم سببه فهو كدين الصحة قال
وكذلك دين لحق في مرضه من بيع او قرض او شيء بمعاينة الشهود لما بينا ان سببه معلوم فلا يتهم فيه ٥
قال واذا اقر العبد المريض بدين الف درهم ثم اقر بوديعة الف درهم بعينها لرجل ثم مات العبد ولا مال في يده
غير الوديعة التي اقر بها قسمت الالف بين الغرماء وبين اصحاب الوديعة فلم يملك الاقرار بها بعينها وصار
مستهلكا لها باقراره الاول فكانه اقر بدين وان اقر بعد ذلك بدين الف درهم فكان اقراره بالوديعة بين
اقراره بالدين ثم مات العبد ولا مال في يديه غير الالف الوديعة فانها تقسم بين صاحب الدين وبين صاحب الوديعة
بالحصص لانه لما اقر بالدين قبل الوديعة صار مستهلكا للوديعة فكانه اقر بدين في مرض ثم بدين فيتساوون
فيها ٥ قال وان اقر بدين في صحته ثم مرض فاقر بدين ثم المأذون مات في مرضه ولا مال له الا الالف فان
القاضي يقسم هذا المال بين غرماء الصحة وبين البائع في المرض بالحصص ولا يكون للمقر له في المرض قليل ولا
كثير لان البائع سبب حقه معلوم فهو كغرماء الصحة فيتقدمان على دين المريض ٥ قال ولو لم يكن على
العبد دين في الصحة كان بائع العبد احق بالدين من المقر له في المرض لان سبب دينه معلوم فهو اولى من المقر
له في المرض الذي لا يعلم سبب دينه الا بقول المريض قال ولو كان العبد مريضا ولا دين عليه فاقر بوديعة
الف درهم بعينها ولا مال في يديه غيرها ثم اشترى عبدا يساوي الفا بالف فقبضه بمعاينة الشهود ثم مات
العبد الذي اشترى في يد العبد المأذون له ثم مات العبد المأذون له في مرضه ذلك فان الالف الذي
كانت في يد العبد المأذون له للبائع ولا شيء للذي اقر له العبد بالوديعة وذلك لان ثمن العبد بمنزلة دين
الصحة والوديعة مقر بها في حال المرض فدين الصحة اولى بها ٥ قال واذا مرض المأذون وعليه دين
في الصحة وله دين في الصحة فاقر في مرضه باستيفائه ثم مات فالقول قوله وذلك لما بينا في الحر انه يجوز اذا اقر
حق ثبت للغريم في حال الصحة فلا يسقط بمرض المقر وان كان الدين الذي لحق الغريم في مرض العبد من
بيع او شرى او غير ذلك فاقر العبد انه استوفاه ثم مات لم يصدق على غرماء الصحة لان هذا بدل عما تعلق
به حقهم فلا يملك اسقاطه باقراره فان كان الدين الذي على العبد لحقه في مرضه ثم ان العبد اقر باستيفاء
الدين من غريم العبد فان كان الدين على غريم العبد في صحته جاز اقرار العبد لما قدمنا وان كان الدين
لحق المريض في مرض العبد لم يصدق العبد على قبضه من الغريم ولكن الغريم يقسم ما كان عليه بين غرماء
العبد وغيره يضرب غرماء العبد في ذلك بدينهم ويضرب الغريم الذي اقر له بالدين اقر العبد بقبضه فما
اصاب الغريم بطل وما اصاب الغرماء اخذوه من الغريم وذلك لان اقراره بالقبض اقرار بدين وقد اقر
بدين في المرض وعليه دين في المرض تساوى الدينان فلذلك هذا ٥ قال واذا لحق المأذون دين في صحته
لقوم شتى ثم مرض فقضى بعض غرمائه دون بعض ثم مات من مرضه ذلك فان قضاءه باطل ويأخذ من الغريم
ما اقتضى ويقسم بين غرمائه وهذا المعنى قدمنا في الحر اذا مرض فقضى بعض غرمائه دون بعض الا ان المأذون اذا
قضى بعض غرمائه في صحته لم يجز لان دين الحر الصحيح يتعلق بذمته دون ماله ولا يمنع من التصرف بماله
وديون العبد متعلقة برقبته وما في يديه فصار العبد الصحيح كالحر المريض ٥ قال ولو كان المأذون
اشترى في مرضه جارية بالف تساوي الفا فقبض الجارية ولم ينقد الدراهم فماتت الجارية في يده ثم مات
العبد من مرضه ذلك وعليه دين كثير في الصحة كان البائع احق بما اقتضى من جميع الغرماء وكذلك
هذا في صحة العبد وذلك لما بينا في الحر لان حق الغرماء يتعلق بمعنى المال فاذا اشترى عينا فقد نقل
حقهم من عين الى عين فلم يمكن الاعتراض عليه لانه لم يبطل حقهم المتعلق بالمعنى ٥ قال محمد ولو استأجر
العبد اجيرا في صحته او في مرضه او زوجه مولاه امراة فقضى العبد الاجير واعطى المراة مهرها دون
غرمائه كان للغرماء ان يرجعوا على الاجير والمراة حتى يحاصوهم في جميع ما قبضوا وذلك لان هذا الدين
وان علم سببه فليس هو في مقابلة عين يتعلق حق الغرماء اليها فاكثر احواله ان يصير كدين الصحة ولا يملك
ان يفرده بالقضاء ٥ قال واذا اذن لعبده في التجارة ثم مرض العبد ولا دين عليه فباع واشترى واستأجر فحابى
ثم مات فان محاباته من جميع المال وذلك لان المولى قد اذن له في البيع المطلق والمال له وهو صحيح

فالمحاباة جايزة في جميعه وان كان العاقد مريضاً فما باع الوكيل المريض في صحة الموكل ۝ قال ولو كان على العبد
دين فمات في مرضه ذلك وفي يد العبد وفاء الدين اخذ الغرماء دينهم وجازت المحاباة فيما بقي من المال وان كان
على العبد دين محيط بما في يده قيل للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد البيع وذلك لان الدين اذا لم يحط بالفضل فالمحاباة
فيما بعد الدين جايزة فكانه لم يملك الا ذلك القدر واذا احاط الدين بما في يده فالمحاباة اسقاط لحق الغرماء فلا تعلق حقهم
بحق فلا علاقة لذلك ۝ واذا مرض العبد فادعى رجلا الفا من بيع او غيره اقر انه مستوفيه من الغريم ثم اقر العبد بعد
ذلك بدين الف درهم ثم مات ولا مال له غير الدين الذي اقر بقبضه فاقراره جايز وذلك لانه اقر بالاستيفاء ولا
دين عليه فصح اقراره ولم يقبل بعد اقراره في حق الغريم الاول ۝ قال ولو كان الدين الذي لحق العبد بعد
الاقرار بالاستيفاء من شرى او بيع او اجارة فعاينوا الشهود بطل اقرار العبد بالاستيفاء من غريمه واخذ
المال الذي كان للعبد على الغريم حتى يقضي غرماء العبد وذلك لان الدين سبب معلوم يجري مجرى دين الصحة
فيقدم على اقراره بالاستيفاء بحال المرض فكانه اقر بالاستيفاء بعد دين الصحة ۝

باب اقرار الرجل بوارث

الاصل في هذا الباب ان الرجل يقبل اقراره بالوالدين والولد والزوجة والمولى ولا يقبل اقراره بمن سواهم من الاقارب
ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى ولا يقبل بالولد ولا بغيره من الاقارب وقد بينا هذا في الدعوى وجملة
ان من اقر بنسب يلزمه نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه كساير الحقوق ومن
اقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره كساير الحقوق ۝ قال ابو الحسن واذا
اقر الرجل في مرضه باخ له من ابيه وامه وليس له وارث ولا مولى ولا عصبة الا عمه او خالة ثم هلك فان الميراث
للعمة والخالة ولا ميراث للاخ المقر به وذلك لان نسب الاخ لا يثبت باقرار اخيه الا ترى انه يحمله على ابيه
واذا لم يثبت النسب لم يتقدم على العمة والخالة مع ثبوت نسبهما فان اقر بولد فصدقه في حيوته او
بعد وفاته فهذا جايز وهو ابنه ثابت النسب منه لما بينا ان اقراره بالابن معنى يلزمه في نفسه لا يحمله
على غيره فصار كساير الحقوق واما اعتبار التصديق فلان الابن في يد نفسه فلا يصدق المقر عليه
الا بتصديقه كما لو اقر له بحق وقف على تصديقه واما قوله فصدقه في حيوته او بعد وفاته فان
الاقرار بالنسب يعتبر فيه تصديق المقر له ويستوي فيه حال الحيوة والموت لان النسب لا يبطل فصار
التصديق في الحالين سواء فاما الزوجة فان اقر الرجل ثم مات فصدقته جاز تصديقها وذلك لان
حقوق النكاح باقية بعد الموت وهي في العدة فجاز التصديق كما يجوز في حال الحيوة واما اذا
اقرت المراة بزوج ثم ماتت فصدقها بعد موتها لم يصح تصديقه عند ابي حنيفة وقالا تصديقه جايز ۝
لابي حنيفة ان النكاح زال بالموت وزالت حقوقه فلم يجز التصديق مع فوات المعنى المقر به
كما لو اقر بعين فهلكت ثم صدقه فيها ۝ وجه قولهما ان الميراث ثابت بعد الموت وهو من احكام النكاح
فجاز التصديق لبقاء هذا الحكم كما يجوز التصديق لبقاء العدة ۝ قال واذا احتضر الرجل الموت وليس له
وارث ولا مولى ولا عصبة واقر باخ ثم مات فان ماله لاخيه وهذا المقر له رجل اوصى بجميع ماله الرجل ثم هلك وكذلك
لو اقر بعم او بخال او بابن ابن او اقرت المراة بولد ولا وارث لها ولا عصبة ولا مولى فان جميع ماله للمقر به وذلك
لانه لما لم يكن هاهنا مستحق للارث فتصرف الميت في ماله جايز مع عدم الوارث الا ترى انه لو اوصى بجميعه
جاز واذا اقر بمن لا يثبت نسبه فقد اقر بانه جهة تصرف ماله فكانه اوصى به وليس هذا كمن لا وصية
لانهم قالوا لو اقر باخ ولا وارث له ثم اوصى لرجل بجميع ماله ان للموصى له الثلث وللاخ ما بقي ولو كان الاخ
يستحق بالوصية وجب قسمة المال بينهما فكانه اوصى لكل واحد منهما بجميع المال فلما اعطوا الموصى له الثلث
دل على انهم جعلوه في حكم الموصى له بمعنى انه يستحق المال بقول المريض وليس هناك سبب ثابت يستند
الاستحقاق اليه ۝ قال واذا اسلم الرجل من اهل الذمة ووالى رجلا وعاقده ثم حضره الموت فاقر باخ او بابن
ابن ثم مات فان ماله لمولاه ولا شيء للمقر به وذلك لان الولاء سبب ثابت يتعلق به الارث ولا يثبت
للمقر به حق مع وجوده وهذا يدل على انه ليس بوصية في الحقيقة اذ لو كان وصية لوجب ان يدفع الى المقر
له الثلث فلما لم يستحق الثلث دل على انهم جعلوه في حكم الموصى له من وجه دون وجه ۝ قال ولو
كان مع هؤلاء عمة معروفة مسلمة او خالة كان للموصى له بالمال ثلث المال وما بقي للعمة او للخالة ولا
شيء للاخ المقر به ولا للمولى لان ذوي الارحام يتقدمون على مولى الموالاة ويتقدمون على المقر به فلذلك
كانت العمة اولى ۝ قال فان حضر الرجل الموت ولا وارث له ولا عصبة ولا مولى واوصى بماله كله لرجل واقر
باخ من ابيه وامه ثم مات فان للموصى له بالمال الثلث وما بقي فللاخ وذلك لان الاستحقاق يتعلق
بقول الميت فوجب ان يثبت الاستحقاق بمقتضى ومعلوم انه لو صدق في الاقرار كان للموصى له
الثلث وللاخ ما بقي فلما تعلق الاستحقاق بقوله ترتب على حسب ما اقتضاه قوله ۝ قال واذا اسلم
رجل ووالاه رجل وعاقده ثم اوصى بماله كله لرجل واقر باخ له من ابيه وامه ثم مات ولا وارث له فان للموصى
له بالمال ثلث المال وما بقي للمولى ولا شيء للاخ وذلك لان الولاء سبب ثابت والاخ ليس له نسب
ثابت فسقط الاخ بالمولى وبقي الموصى له فكان له الثلث ۝ فان كان هناك عمة معروفة النسب او
خالة كان للموصى له بالمال الثلث وما بقي للعمة او للخالة وذلك لان الاخ ليس له نسب ثابت فسقط حكمه
بالعمة المعروفة وهي مقدمة على مولى الموالاة والموصى له مقدم في الثلث على الورثة فكان له الثلث وما بقي للعمة
قال ولو كان مكان مولى الموالاة مولى نعمة كان اولى من العمة لان المعتق عصبة والعمة ذات رحم والعصبة
مقدمة على ذوي الارحام ۝ قال واذا اقر في مرضه باخ من ابيه او بابن ابن او بابن عم او بعم وصدقه المقر
به ثم انكر المريض بعد ذلك وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصى بماله كله لرجل ثم مات ولا وارث له ولا
عصبة ولا مولى فان المال كله للموصى له بجميع المال ولا شيء للمقر به وذلك لان المقر به لما لم يثبت نسبه
صار استحقاقه متعلقا بقول المريض فهو كالموصى له فيملك المريض الرجوع في حقه واذا رجع بطل الاقرار
به ولم يبق الا الوصية فكان الموصى احق بالمال فاذا لم يكن اوصى بماله ومات وقد جحد ما اقر به
كان ماله لبيت المال وذلك لان الاقرار بطل بالرجوع على ما بينا فليس هنا مستحق للمال فوجب وضعه
في بيت المال ۝

باب اقرار الوارث بوارث اخر

الاصل في هذا الباب ان الوارث اذا اقر بوارث اخر للميت لم يصدق في اثبات نسبه ويشاركه فيما في
يده من الميراث وقال النخعي يثبت نسبه ويشاركه وقال الاصم لا يثبت نسبه ولا يشاركه والدليل على ان النسب
لا يثبت ان الابن اذا اقر باخ فانه يحمل نسبه على ابيه وقد بينا ان الانسان لا يصدق في حمل النسب على غيره
وقد بينا ايضا ان اقرار الانسان لا يقبل الا بالوالدين والولد فلا يجوز اقراره بالاخ وجه قول النخعي ان
الوارث قائم مقام الميت ولو اقر الميت بولد نفذ اقراره فكذلك اذا اقر به وارثه ۝ واما المشاركة
في الميراث فلان الابن اقر بامرين بالنسب واستحقاق المال فما كان من النسب يلزمه غيره فلا يقبل اقراره
به واما المشاركة فحق يعترف به على نفسه فيقبل اقراره وهذا غير ممتنع كالمشتري للعبد اذا زعم
ان البايع اعتقه جاز اقراره في العتق ولم ينفذ في الرجوع بالثمن ۝ ولا يقال انه احال بالمال على سبب لا يحكم
به فلم يحكم بالمال لان في النكاح اذا قال لامراته انت اختي صدقناها في التحريم وان كان قد احال به على نسب
لم يثبت ذلك النسب ۝ فصل واذا ثبتت المشاركة قال ابو حنيفة اذا اقر احد الابنين باخ وكذبه اخوه
المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده وجه قولهم ان ابن عم المقر
انه والمقر به يتساويان في الميراث وان الجاحد غاصب ظالم فيما زاد على حقه فصار ذلك كالهالك من المال والباقي
بينهما بالسوية ۝ واما ابن ابي ليلى فقال ان زعم المقر ان المقر به ثلث التركة في موضعين نصفه في يده ونصفه
في يد اخيه واقراره على اخيه لا يقبل فلم يبق الا اقراره فيما في يده فيعطيه ثلث ما في يده ۝ قال ابو الحسن
واذا اقر الابن المعروف باخ اخذ نصف ما في يده وان اقر باخت اخذت ثلث ما في يده وهذا على ما بينا انه
مصدق فيما في يده من المال وان لم يصدق على النسب ۝ قال فان اقر بامراة انها امراة الاب وهي زوجته اخذت
ثمن ما في يده وذلك لان اقراره بالزوجة لا ينفذ على الميت كما لا ينفذ اقراره بالنسب الا ان اقراره
جايز فيما في يده من المال فيدفع اليها الثمن ۝ وان اقر بجدة هي ام الميت اخذت سدس ما في يده
على ما بينا انه يعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت نسب المقر به ۝ قال وان ترك الميت ابنين معروفين
فاقر احدهما بزوجة للميت اخذت تسعي ما في يد المقر وذلك لان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر
سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة فلما اخذ اخوه اكثر من حقه صار ذلك كالهالك فيقسم ما في
يده على قدر حقهما في الاصل فيضرب لها بسهمين ولنفسه بسبعة اسهم فيحصل لها تسعا ما في يده
وعلى قول ابن ابي ليلى اقر لها بسهمين من ستة عشر سهما سهم مما في يده وسهم مما في يد شريكه فيدفع اليها
ثمن ما في يده ۝

باب الوارث يقر بوارث بعد وارث

الاصل في هذا الباب ان الوارث المعروف اذا اقر بوارث اخر فاقتسما ما في يده على موجب
اقراره وان لم يثبت النسب على ما قدمنا فان اقر به وقاسمه ثم اقر بوارث اخر فان صدقه المقر به الاول
اقتسموا ما في يدهما بحسب اقرارهما لان كل واحد منهما اقر للثالث بحق في يده وان كذب المقر به الاول في
الثاني فهو على وجهين ان كان المقر دفع الى المقر به الاول بقضاء القاضي فلا ضمان عليه ويصير ذلك
كالهالك من جملة المال فيقتسمون ما بقي في يد المقر على حقهما واما ان دفع الى الاول بغير قضاء
فكان ما دفع اليه يصير كالباقي في يده في حق المقر به الثالث فيدفع اليه حقه من الجميع بحسب
مقتضى اقراره لان تسليمه حصل بفعله وقد اعترف انه سلمه بغير حق فيكون مضمونا عليه ۝
قال محمد في الاملا قال ابو حنيفة لو ان رجلا مات فترك ابنا معروفا بالغا فاقر باخ له من ابيه وامه
فانه يعطيه نصف الميراث فان اعطاه نصف الميراث بقضاء قاض او لم يعطه حتى اقر باخ اخر وتكاذب

المقر بهما فيما بينهما فان المقر به الاول ياخذ نصف الميراث وياخذ المقر به الاخر ربع المال فيكون للابن
الاول ربع الميراث وذلك لان ما دفعه الى الاول بقضا غير مضمون عليه فهو كالهالك وقد اعترف
ان حقه وحق المقر به الثالث نساوي فوجب ان يدفع اليه نصف النصف الذي في يده وان كان لم يدفع الى
الاول شيا فقد استحق الاول نصف المال باقراره فلا يصدق في الرجوع عنه فيدفع الى الاول النصف
ويتقاسم الباقي بما في يده نصفين فان كان الابن عمرو فادفع الى المقر به الاول نصف المال بغير
قضا دفع الى الثاني جميع المال وبقي السدس لان ما دفعه بغير قضا مضمون عليه الا ترى انه اعترف
انه دفع بغير حق وان المقر له الثاني يستحق ثلث جميع المال بغير قضا قاض ثم اقر بابن ثالث وكذبه
الابن الثالث في الاولين فان الابن الثالث ياخذ من الابن المعروف ربع جميع المال ياخذ منه السدس
الذي في يده ويضمنه نصف سدس جميع المال من ماله وذلك لما بينا ان ما دفع بغير قضا مضمون عليه
وقد اقر للثالث بربع المال فيدفع اليه السدس الذي في يده ويغرم له تمام حقه لانه اتلف بتسليمه
وقال ابو حنيفه اذا مات الرجل وترك ابنا معروفا وترك الف درهم فادعى رجل على الميت الفا فصدقه الابن او ابى
اليمين عند القاضي فقضى القاضي على ابيه بالدين ولم يامره بدفع الدين ثم دفع الى الغريم بغير قضا ثم ادعى رجل اخر
على الميت دينا بالف درهم فصدقه في ذلك او ابى اليمين فقضى القاضي على ابيه بالدين فان القاضي يضمنه نصف
المال الذي دفع الى الاول للثاني لانه دفع اليه المال باختياره وقد زعم انه دفع ما تعلق به حق الغريم الثاني
فكان متعديا في الدفع وغرم نصف المال وكذلك لو كان اقر لهما ثم دفع الى احدهما قال ولو كان دفع الى الاول
بقضا ثم اقر للثاني لم يضمن له شيا لان يده زالت عن التركه بغير فعله فكانها هلكت ثم اقر بدين على الميت فلا
يلزمه ولا يقال ان القاضي امره بالدفع بسبب اقراره فصار هو المتلف لان بمجرد القول لا يتعلق به
ضمان بحق الغريم ولم يوجد الا مجرد الاقرار فلا يضمن به ٥ وقال ابو حنيفه لو ان رجلا مات وترك
ابنا والف درهم فاقر الابن باخ له ثم رجع فقال لست باخ لي وانما اخي هذا الرجل الاخر فصدقه
الرجل الاخر بذلك وكذبه بالاقرار في الاول ولم يدفع شيا حتى اقر بالاخ ثم رجع لم يقبل رجوعه
بعد صحه الاقرار به فاستحق الاول النصف واخذه بقضا فسقط ضمانه عن المقر ثم اقر
طلبنا ذكر الثاني فيقبل اقراره في حق نفسه ٥ قال ولو كان الابن المعروف دفع نصف المال
بغير قضا قاض ثم اقر بما وصفت لك دفع جميع ما في يده وهو نصف جميع المال الى المقر به الاخر لما
قدمنا ان ما دفعه بغير قضا كالباقي في يده وقد اعترف انه دفع بغير حق فكان مضمونا عليه فيدفع الى الثاني
جميع النصف ٥ وقال ابو حنيفه لو ان رجلا مات وترك ابنا والفا فادعى غريم ان له على الميت دينا
وهو الف درهم فصدقه بذلك الوارث ثم رجع عن تصديقه فقال لم يكن لك على ابي شي فاقر بالف
لرجل اخر وصدقه ذلك الرجل بما اقر له به وكذبه في الاقرار الاول فان كان الوارث لم يدفع
الى الاول شيا او كان دفع بقضا فلا ضمان على الوارث للثاني وان كان دفع الى الاول دينه بغير قضا
قاض ضمن للثاني الف درهم في ماله وهذا على ما قدمنا انه لما اعترف بالدين لم يصدق في الرجوع فان
دفع الى الاول بقضا لم يضمن للثاني لان يده زالت بغير فعله وان دفع بغير قضا ضمن لانه اعترف انه
اتلف المال بغير حق ٥ قال ولو ان رجلا مات وترك ابنا وترك الف درهم فادعى رجل على الميت
دين الف درهم فصدقه الوارث بذلك ودفع اليه دينه بقضا او بغير قضا وادعى رجل اخر على
الميت دين الف درهم وكذبه الوارث بذلك وصدقه الغريم الاول فقال الغريم الثاني للغريم الاول
لا دين لك وانا احق بالمال الذي قبضت منك فقال الغريم الاول لي دين الف درهم ولك الف درهم فانه
لا يلتفت الى قول الغريم الثاني فيقتسمان الالف التي في يد الغريم الاول نصفين وذلك لان الغريم الاول لم
يعترف للغريم الثاني الا بنصف ما في يده ونحن انما اثبتنا الحق للغريم الثاني باعتراف الاول فلم يجز ان يستحق
اكثر مما اعترف له به ٥ قال وكذلك ان اقر الغريم الثاني لغريم ثالث بالف درهم فصدقه الغريم الثالث
فيما اقر له به وكذبه فيما ادعاه بدينه فانما ياخذ نصف ما صار اليه من المال وذلك لانا انما نستحق الثالث
باقرار الثاني فلم يستحق اكثر مما تضمنه اقراره ٥ ولو ان رجلا في يده الف درهم قال لرجل اخر مات ابي
وهو ابوك وترك هذه الالف ميراثا فقال المقر له كان ابي ولم يكن اباك وقال المقر كان ابي وابا لك
فالقول قول المقر الذي في يده المال والمال بينهما نصفان وذلك لان المقر له انما يستحق باقرار صاحب
اليد الا ترى ان النسب لا يثبت فلم يجز ان يستحق اكثر من مقتضى الاقرار ٥ قال وكذلك لو كان المال
في يد رجل فقال لامراه مات فلان وكان اخي لابي وامي وترك اباك وانت ابنته لا وارث له غيرنا فقالت
المراه انا ابنته ولست انت باخ والمال في يد الرجل فالقول قول الرجل في ذلك لانها تستحق باقراره
لا بالنسب فلم يجز ان تستحق اكثر مما اقر لها وعلى هذا كل من في يده مال يزعم انه حقه عن ميت بنسب
واقر بوارث غير معروف وكذبه الوارث فقال انا وارث ولست بوارث فعلى هذا واما اذا كان
صاحب اليد يدعي زوجيه الميت واقر بنسب لغيره لا يعرف الا بقوله وكذبه المقر به في الزوجيه فالميراث

للمقر به ولا شي للمقر الا ان تقيم بينه على الزوجيه ٥ مساله رجل في يده مال قال لرجل اخر
هذا المال كان لفلانه وكنت زوجها وانت اخوها لا وارث لها غيرنا فقال اخوها انا اخوها وانت لا
وارث لها غيري ولست لها بزوج فالقول قول الاخ ياخذ الميراث دون الزوج ولا يصدق الزوج على
الميراث الا ببينه وكذلك امراه في يدها مال قالت لرجل مات فلان وهو زوجي ولي عليه من الصداق كذا
وانت اخوه لابيه وامه ووارثه لا وارث له معي غيرك وفي يدها مال لكثير الميت فقال الاخ انا اخوه كما ذكرت
ووارثه ولست له بزوجه وحلف على عليه فالقول قول الاخ وياخذ الميراث كله ولا شي للمراه من صداق
ولا ميراث والفرق بين النسب والزوجيه ان المقر اذا زعم انه ابن الميت او اخوه ثم اقر باخ فقد اقر ان احق
كل واحد منهما ليس الا مع ثبوت حق الاخر فلم يقبل قول المقر به في اسقاط حق المقر واما الزوج والزوجه
والاخ فحق الاخ سابق في الاخوه لحقهما وانما يطرا حقهما بالعقد فاذا اعترفا بالاخوه فقد اعترفا بحق اصلي
وادعيا طريان حقهما عليه فلا يقبل الا بتصديق او بينه ولان الاخ المقر به في سبب ثابت والمقر به في حكمه
فلنا واما الزوج يدلي بسبب منقطع فلا يساوي من كان سببه ثابتا بتابع الحال فلذلك لم يثبت حقه الا
ببينه او تصديق ٥ قال ولو ان رجلا في يده الف درهم قال لرجل مات فلان وهو اخي لابي وامي
وانت اخوه لابيه وانا احق بالمال وللميت مال كثير في يد المقر فقال المقر له انا اخوه لابيه ولست له باخ
او قال انت اخوه لامه فمثلي فالمال للاخ من الاب والام وذلك لان سببهما ثابت في الحال والمقر به انما
يستحقه بقول المقر فلم يجز ان يستحق ما لم يتضمنه الاقرار ٥ قال ولو قال المقر انا اخوه لابيه وامه
ولي عليه الف درهم وانت ايضا اخوه لابيه وامه ونحن وارثاه جميعا بعد قضا ديني لا وارث له غيرنا فقال
المقر له انا اخوه لابيه وامه ولست له باخ ولا دين لك عليه فالمال بينهما نصفان وذلك لما بينا ان
نسبهما ثابت واستحقاق المقر به بقول المقر يوجب ان يرجع الى حكمه واما الدين فهو معنى حادث
على النسب فلا يصدق فيه بعد ما اعترف بالنسب الا ببينه او تصديق كالزوجيه ٥ قال ولو ان رجلا
مات وترك ابنا وترك الفا فادعى رجل ان له على الميت الف درهم فصدقه الوارث بذلك ودفع اليه
دينه بغير قضا قاض ثم ان رجلا اخر ادعى ان الميت اوصى له بثلث ماله وادعى اخر انه ابو الميت فصدقهما
بذلك الابن المعروف وكذباه فيما اقر به من الدين واراد الميراث والوصيه لا شي الا بعد قضا الدين فاقراره
لم يتضمن ثبوت حق لهما اتلفه بالتسليم فلم يقبل قولهما في ايجاب الضمان عليه ولو كان اقر لهما اولا ثم قبل
ان يقر للغريم ثم دفع اليهما ما اقر به بغير قضا قاض ثم اقر للغريم بعد ذلك وكذبه الغريم فيما اقر به
للاولين فان الغريم يضمن ما دفع الى الاولين وذلك لان حق الغريم سابق لحق الوارث والموصى له
وفي زعم المقر انه دفع اليهما بغير حق فيضمن ذلك للغريم المقر له ٥ ولو كان دفع اليهما بقضا لم يضمن
للغريم شيا ولم ياخذ منه الا ما في يده وذلك لان يده زالت عن المال بغير فعله فصار كالهلاك
قال ولو كان الوارث دفع اليهما بغير قضا قاض وصدقه الغريم فيما اقر به للاولين فاراد تضمينه ما
دفع اليهما لانه غريمه وهو احق منهما فالوارث ضامن لما دفع اليهما وذلك لان حق الدين ان
يتقدم على الميراث والوصيه فالتصديق بالوارث لا يمنع ان يكون الدفع اليه بغير حق فيتعلق به
الضمان ٥ قال ولو كانت الوصيه والميراث واخ معروف نسبه وثبتت الوصيه بالبينه وصار الاخ
وارثا بالبينه الا ان القاضي لم يامره بدفع ميراث ولا وصيه ثم اقر للغريم بدينه وكذبه او صدقه
او لم يصدقه ولم يكذبه فلا ضمان عليه فيما دفع وذلك لان الوارث المعروف والوصيه المعروفه
لا تسقط باقرار الوارث فلو كان المال لم يدفع اليهما وهو في يد المقر لم يجز له دفعه الى الغريم والزمه
الحاكم دفعه الى الموصى له والوارث فاذا دفع بغير قضا فلم يسقط حقا للمقر له فلا يستند ذلك لولا
الدفع فلا يضمنه ٥ قال ولو ان رجلا مات وترك اخا معروفا وترك الفا ولا يعلم له وارث غير اخيه
فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الاخ بذلك واعطاه المال من غير قضا ثم ان رجلا ادعى
انه ابن الميت فصدقه بذلك الاخ وكذبه الغريم فالمال للذي قبضه للغريم سالم ولا ضمان على
الاخ فيما دفع لان نسب الابن لا يثبت بقول الاخ فلو كان المال باقيا في يد الاخ الزمه القاضي
تسليمه الى الغريم ولم يقبل قوله في الاقرار للابن فلا يلزمه ضمان بالتسليم ٥ ٥ ٥

آخر كتاب الإقرار

والحمد لله رب العالمين والصلوه على نبيه المختار وآله الطيبين الابرار

يتلوه كتاب السير

كتاب السير

قال الجهاد واجب عندنا وقال الثوري لا يجب الا ان يبدأنا الكفار بالقتال ٥ والاصل في وجوبه قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقال فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم لعلهم ينتهون وقال عليه السلام بني الاسلام على خمسة وعد الجهاد ٥ ولان قتالهم لو وقف على ابتدائهم صار على وجه الدفع وهذا المعنى يوجد في المسلمين وقتال المشركين مخالف لقتال المسلمين فصل وقد كان النبي صلى الله عليه امر في ابتداء الشريعة باحتمال اذيتهم والصبر عليه لقوله تعالى خذ العفو وامر بالعرف واعرض عن الجاهلين ثم امر بمخالفتهم ومجادلتهم ودعائهم بالقول فقال تعالى وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بقتالهم اذا بدروا بالقتال وبالكف عنهم اذا كفوا فقال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقال فان قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين وقال وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ثم امر بالقتال بشرط مضي المدة فقال تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ٥ وقد قال اصحابنا ان القتال في الاشهر الحرم جائز وقال عطا لا يجوز لنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ٥ وروي ان النبي صلى الله عليه حاصر اهل الطايف لعشر بقين من المحرم والحصار نوع من القتال ولان القتال امر بالمعروف ونهي عن المنكر وذلك يجوز في الاشهر كما يجوز في غيرها ٥ واما قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين وقد قيل انها نسخت بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقيل ان الامان كان بين النبي صلى الله عليه وبينهم الى هذه المدة فامرهم الوفاء لهم عند انقضائها لنقض الامان لا لاجل الاشهر

فصل والجهاد من فروض الكفاية اذا قام به بعض الناس سقط عن الباقين وان لم يقم احد وجب على جميع الناس ويلحقهم الماثم بتركه والدليل على ذلك ان النبي عليه السلام كان يخرج في السرايا ولا يخرج جميع اهل المدينة ولو كان الفرض على الاعيان لم يتركهم ٥ ولان الجهاد امر بمعروف ونهي عن منكر فكان على الكفاية ٥ ولانه لو وجب على جميع الناس لتعطلت مصالح دار الاسلام وبطلت الزراعة والمنافع فلا يقدر المجاهدون على الجهاد فيودي ذلك الى ابطاله ٥ قال ابو الحسن رحمه الله فرض الله تعالى الجهاد على الناس فرضا مجملا فاذا قام به فريق منهم فيهم جزاه واغناه ومكافاة العدو ومقاومة له سقط فرض الجهاد عن الباقين وليس فرض الجهاد لازما لكل احد بنفسه وهذا ما قدمناه ٥ قال ولا ينبغي ان تخلى ثغور المسلمين من ذلك وعن ان يكون فيها من يفي بالعدو وقتالهم ولا تسلطهم عليهم قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر وقال يا ايها الذين امنوا ما لكم اذا قيل لكم انفروا في سبيل الله اثاقلتم الى الارض وقال الا تنفروا يعذبكم عذابا اليما ويستبدل قوما غيركم وقال انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله وقال اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد وقوله وقاتلوا المشركين كافة اراد به القتال لا المقاتلين لانه يجب قتال جميع الكفار وهذه الاية تدل على وجوب الجهاد وقد بينا ذلك ٥ قال فان ضعف من بالثغور بازاء العدو وخيف من العدو امر يخاف عليهم منه من قتل او سبي او ظهور عليهم فضعفوا عن دفعهم عن ذلك فعلى من وراءهم من المسلمين ان ينفروا اليهم الاقرب فالاقرب منهم حتى يزول ما يخاف عليهم من ذلك وان يمدوهم بالسلاح والرجال والكراع حتى يكون الجهاد ابدا قائما والدين لله تعالى والحمد لله متصلا وهذا ما بينا ان الجهاد فرض على الكفاية فاذا قام به فريق سقط عن الباقين فاذا ضعف اهل الثغور ولم يكن هناك من يقوم به فيتعلق الفرض على جميع الناس والاقرب فالاقرب اخص به فيجب عليهم جميعا ان يشدوا الثغور بانفسهم واموالهم اذا احتيج الى السلاح والكراع وجب على الناس ذلك لتحصل المقاومة فيسقط عنهم الفرض ٥ قال وكذلك لو احتيج الى من يقرب من الثغور ومن يليها في سد الثغور والقيام بمجاهدة العدو لم يسع احدا ممن فيه غناء ودفاع ان يتاخروا عن ذلك لان الفرض انما يسقط بحصول الكفاية فاذا لم يحصل تعلق الفرض على كل الناس فلزمهم القيام به وانما اشترط من فيه غناء ودفاع لان من لا ينتفع به في الحرب بنفسه ولا ماله ولا رايه لا يتوجه عليه القيام به للعجز عنه كما لا يخاطب بسائر العبادات من يعجز عنها ٥ قال فان كان من احتيج اليه عبدا جاز ان يخرج بغير اذن سيده وجملة هذا ان العبد لا يجوز له الجهاد ما دام بالمسلمين غنى عنه الا باذن مولاه لان الفرض لا يجب عليه اذا كان هناك من يقوم به وما لا يتعين وجوبه على العبد فحق المولى مقدم عليه كصوم التطوع وصلاة التطوع ٥ فاما اذا وقع النفير واحتاج الناس اليه فالفرض قد تعين والفروض المتعينة تقدم على حق المولى كصلاة الفرض ولهذا قالوا انه يقاتل بغير اذن مولاه قال وكذلك النساء اذا اضطروا الى قتالهن فليخرجن بغير اذن ازواجهن وهذا على ما قدمناه في العبد لان المراة لا يجب عليها القتال اذا كان هناك من يقوم به وما لا يجب عليها القتال لا يجوز لها قطع حق الزوج بفعلها كما لا يجوز لها التطوع كالصوم ٥ فاما اذا تعين الفرض واحتاج الناس اليها صار القتال من فروض الاعيان فلم يقف على اذن الزوج كالصلاة والصيام والدليل على ان المراة يجوز ان تقاتل اذا كانت تقدر على ذلك وان ام سليم بنت ملحان كانت مع النبي صلى الله عليه يوم حنين حين انهزم الناس عنه وقالت ام عطية غزوت مع النبي صلى الله عليه سبع غزوات كنت اصلح لهم الطعام واداوي الجرحى واقوم على المرضى ٥ قال وكذلك الولد اذا احتيج الى خروجه وسعه ان يخرج بغير اذن ابويه او احدهما اذا كان الاخر حيا والاصل في هذا ان فرض الجهاد اذا لم يتعين لم يجز للولد ان يخرج الا باذن والديه او باذن احدهما ان كان الاخر ميتا وذلك لان الجهاد اذا قام به بعض الناس سقط فرضه عن الباقين وطاعة الوالدين فرض فلا يجوز ان يتركها لما ليس بفرض ٥ وقد روي انه عليه السلام سيل عن افضل الاعمال فقال الصلوة لوقتها ثم بر الوالدين ثم الجهاد في سبيل الله فقدم بر الوالدين على الجهاد وروي ان العباس بن مرداس جا الى النبي صلى الله عليه فقال اني اريد الجهاد معك فقال الك ام فقال نعم فقال الزم امك فان الجنة عند رجل امك وروي ان رجلا قال للنبي عليه السلام اني كنت اجاهد معك وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع فاضحكهما كما ابكيتهما ٥ قال اصحابنا ان كل سفر لا يومن فيه الهلاك ويشتد فيه الخطر لا يحل للانسان ان يخرج اليه الا باذنهما لان الاشفاق عليه يضرهما وقد امر بصحبتهما بالمعروف وترك اذيتهما فاما السفر الذي لا خطر فيه فيجوز ان يخرج اليه بغير اذنهما اذا لم يضيعهما لانه لا يلحقهما بالخوف عليه ضرر له ٥ ومن اصحابنا المتاخرين من قال يجوز السفر في طلب العلم بغير اذن الوالدين لانه لا خطر على النفس منه وهو فرض فلم يقف على اذنهما فاما اذا وقع النفير واحتاج الناس جاز الخروج بغير اذن الوالدين لان الخروج في هذه الحال فرض معين لا يستدرك وبر الوالدين والقيام عليه يستدرك ٥ قال وينبغي للمسلمين اذا استفرغوا جهدهم ولم يبق لهم امر يمكنهم استعماله في جهاد العدو واظهار حكم الله ودينه الا وقد استعملوه وان يثقوا بوعد الله تعالى لهم بالنصر فان الله تعالى قال يا ايها الذين امنوا ان تنصروا الله ينصركم ويثبت اقدامكم وقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الى قوله وان تولوا فاعلموا ان الله مولاكم نعم المولى ونعم النصير وهذا اخبار من الله تعالى انه ناصرهم وقال يريدون ان يطفئوا نور الله بافواههم ويابى الله الا ان يتم نوره ولو كره الكافرون وقد وعد الله نبيه عليه السلام والمومنين باتمام نوره وانه خاذل عدوهم وما يقصد اليه من اطفا نوره وكفى بالله وليا وكفى بالله نصيرا وهذا صحيح لان الله تعالى قد وعد بالنصر وهو صادق في وعده فان علينا بذل الجهاد لتحصل ما وعد الله به ويسقط عنا التكليف ويزول التفريط ٥

باب ما جاء في فضل الجهاد

ذكر عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم الراكع الساجد الخاشع فجعل فضيلة الجهاد كفضيلة الصوم والصلوة باجتماعهما لان الجهاد فيه خطر بالنفس وليس في الصوم والصلوة خطر فلذلك ساوى الجهاد جميع العبادتين ٥ وعن ابي سعيد قال سيل رسول الله صلى الله عليه اي الناس خير قال مومن مجاهد بنفسه وماله في سبيل الله قال ثم من قال المومن في شعب من الشعاب يتقي ربه ويدع الناس من شره وهذا يدل على فضيلة الجهاد لانه جعل المجاهد خير الناس لانه يبذل نفسه وماله في طاعة الله ٥ وعن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه قال غدوة او روحة في سبيل الله خير من الدنيا وما فيها وهذا حث على الجهاد لان ما وعد الله المجاهد من جنته ونعيمه خير من الدنيا وما فيها وعن الحسن ان رسول الله صلى الله عليه قال والذي نفسي بيده لغدوة او روحة في سبيل الله خير من الدنيا وما فيها ٥ وذكر عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه لولا ان اشق على الناس ما احببت ان لا اتخلف خلف سرية تخرج في سبيل الله ولكن لا اجد ما احملهم ويشق عليهم ان يتخلفوا بعدي فلوددت اني اقاتل في سبيل الله فاقتل ثم احيا فاقتل ثم احيا فاقتل وهذا يبين فضل الجهاد وانه عليه السلام ترك الخروج في سرية لئلا يشق على الناس وتمنى القتل على فضيلة الشهادة حتى تكرر ذلك له فيها من المشقة ٥

باب وصايا الامراء

ذكر حديث سليمان بن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله عليه اذا بعث اميرا او صاحب سرية اوصاه في خاصة نفسه ومن معه من المسلمين خيرا وقال اغزوا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا فاذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلث خصال او ثلث خلال فايتهن ما اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين فان فعلوا فاخبرهم ان لهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين فان ابوا فاخبرهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المسلمين ليس لهم في الفي ولا في الغنيمة شي الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ٥ واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله فانكم لا تدرون ما حكم الله فيهم ولكن انزلوهم على حكمكم ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم واذا ارادوك ان تجعل لهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ولكن اعطوهم ذممكم وذمم ابائكم

اما وصيته عليه السلم للامرا فانهم يتقدمون على الناس بصلاحهم فصلاحهم صلاح العامه وفسادهم فسادها فالواجب
ان يوصوا بما يتبع عملهم عليه وتخصيص الامرا بالوصيه يدل على ان الجيش يجب عليهم طاعته فلذلك وصاه بهم ولم
يوصهم به ٥ واما قوله ووصاه في خاصه نفسه ومن معه من المسلمين خيرا فلان الانسان يجب ان يبتدي باصلاح
نفسه ثم بغيره ولهذا قال النبي عليه السلم ابدا بنفسك ثم باهلك ثم بمن يليك ثم بمن تعول ثم الاقرب فالاقرب ٥
واما قوله اغزوا بسم الله فافتتح الكلام بذكر الله تبركا به ٥ وقوله وفي سبيل الله يقاتلون من كفر بالله لما خرجوا
فيه من طاعه الله تعالى في قتال اعدايه ٥ واما قوله لا تغلوا فالغلول الخيانه في المغنم وهي محرمه وقال الله تعالى وما
كان لنبي ان يغل ومن يغلل يات بما غل يوم القيامه قيل في التفسير ان الغلول يجعل في قعر جهنم ثم يقال للغال احمله
فاذا احمله وبلغ الى بابها عاد فيه الى قعرها وقال صلى الله عليه ردوا الخيط والمخيط فانه عار ونار وشنار الى يوم القيامه
واما قوله ولا تغدروا فالغدر هو الخفر بالامان ونقض العهد وذلك محرم قال الله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم
وقال عليه السلم يبعث الغادر يوم القيامه لواوه عند استه يقال هذا لواء غدر فلان ٥ واما قوله ولا تمثلوا فلما روي عمران بن الحصين
قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه بعد العيدين خطبه الا نهانا فيها عن المثله ٥ وقوله ولا تقتلوا وليدا فقتل الصبيان
لا يجوز الا ان يقاتلوا لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون فدل على ان القتل يكون لمن يقاتل والصبي لا يقاتل وروي
ان النبي صلى الله عليه قال اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم يعني شبانهم وفي حديث عطيه القرظي ان
النبي عليه السلم امر في بني قريظه بقتل من احضر ميزره ٥ وبعث ابو بكر رضي الله عنه يزيد بن ابي سفيان الى الشام فقال
له لا تقتل شيخا كبيرا ولا صبيا صغيرا وهذا بحضره الصحابه من غير نكير ولان القتل عقوبه على الكفر والصبي لا يعاقب ٥
واما قوله واذا لقيت عدوا من المشركين فادعهم الى ثلث خصال وهذا عندنا على وجهين ان كان الكفار لم يبلغهم
دعوه النبي صلى الله عليه لم يجز قتالهم حتى يدعوا الى الاسلام لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وقال ابن عباس
ما قاتل النبي عليه السلم قوما حتى دعاهم الى الاسلام ٥ فاما اذا بلغتهم الدعوه فالافضل ان يكرر عليهم الدعوه لجواز ان
يسلموا عند الدعا فيكفي المسلمين القتال وان قوتلوا من غير تجديد الدعوه جاز لما روي ان النبي عليه السلم اغار على بني
المصطلق وهم غارون ونعمهم تسقى على الما وهذا يدل على جواز القتال من غير تجديد الدعوه وعن اسامه بن زيد
قال عهد الي رسول الله صلى الله عليه ان اغير على ابنى صباحا واحرق ٥ واما قوله فان اجابوا الى الاسلام فكف
عنهم لقوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوه واتوا الزكوه فخلوا سبيلهم وقال تعالى فان انتهوا فلا عدوان الا على
الظالمين ٥ وقال صلى الله عليه امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماهم واموالهم
الا بحقها ٥ واما قوله ثم ادعهم الى التحول من دارهم فلان الهجره كانت فرضا على كل مسلم حتى فتحت مكه فقال
عليه السلم لا هجره بعد الفتح ٥ وقوله فان فعلوا فاخبرهم ان لهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين لان المهاجرين
يثبت لهم حق في الخمس والغنيمه ولا يثبت لغيرهم ٥ ثم قال فان ابوا فاخبرهم انهم كاعراب المسلمين ليس لهم
في الفي ولا في الغنيمه شي الا ان يجاهدوا مع المسلمين وذلك لان من لم يهاجر لم يحصل للمسلمين به قوه فلا
يثبت له حق في الخمس كالاعراب الذين لم يثبتوا في الديوان لا يستحقون من خمس المسلمين شيا لانهم لا يدافعون عنهم ٥
واما قوله وان ابوا فادعهم الى اعطا الجزيه فهذا عندنا على وجهين ان كانوا من اهل الكتاب او المجوس وعبده
الاوثان من العجم دعوا الى الجزيه وان كانوا عبده الاوثان من العرب لم يقبل الجزيه منهم فلا معنى لدعايهم اليها
فيجوز ان يكون النبي صلى الله عليه ذكر هذه الوصيه حين بعث الى من يجوز قبول الجزيه منه وقد دل على سقوط
القتال ببذل الجزيه قوله تعالى حتى يعطوا الجزيه ٥ وقوله فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم فلانهم اذا بذلوا
الجزيه قام ذلك في حقن الدم والمال مقام الاسلام ٥ اما قوله وان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم فلانه
اعذر اليهم فاقاموا على عداوته فوجب مناجزتهم والاستعانه بالله ٥ واما قوله فان ارادوكم ان تنزلوهم
على حكم الله فلا تنزلوهم فقد اختلف ابو يوسف ومحمد في هذه المسله فقال ابو يوسف يجوز انزالهم على حكم الله
لان الاحكام قد استقرت وعرفت وانما كان لا يجوز ذلك في زمن رسول الله صلى الله عليه لان الاحكام لم تستقر فيجوز
ان ينسخ الحكم بعد فراقهم فاذا انزلوهم على حكم الله وهم لا يعرفونه كان حكما مما قد نسخ فلذلك منع النبي عليه السلم
منه ٥ فاما الان فقد استقرت الاحكام وعرف حكم الله فيجوز ان ينزلوا عليه وقال محمد لا يجوز ان ينزلوا على
حكمه لان من احكامه الاجتهاد وهم لا يعرفون ذلك وانما يعرفون النص ولو علموا ان الامير يجتهد فيهم لم ينزلوا
وقد قيل ان حكم الله ظاهر في المشركين اذا غلبناهم وظهرنا عليهم عنوه فاذا اسلموا وصاروا اذمه وحكمه فيمن
نزل الينا بغير غلبه او امان شبيه فلذلك لم يجز ان يشترط لهم ثم قال واذا سالوكم ذمه الله وذمه رسوله
فلا تعطوهم ذمه الله ولا ذمه رسوله ولكن اعطوهم ذممكم فالغدر حرام لكن الغدر بذمه الانسان ايسر من الغدر
بذمه الله فامرهم صلى الله عليه بالوفا ثم امرهم ان لا يعطوا ذمه احترازا من الغدر بذمته ٥ وذكر بعد هذا
حديث زيد بن علي عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم قال كان نبي الله صلى الله عليه اذا بعث جيشا من المسلمين قال
انطلقوا باسم الله وعلى مله رسول الله لا تقاتلوا القوم حتى تحتجوا عليهم وادعوا القوم الى شهاده ان لا اله الا الله

وان

وان محمدا رسول الله واقروا بما جا به من عند الله فان اجابوكم فاخوانكم وان ابوا فناصبوهم حربا واستعينوا بالله ولا تقتلوا
وليدا طفلا ولا امراه ولا شيخا كبيرا ولا تغوروا عينا ولا تعضدوا شجرا الا شجرا يضركم ولا تمثلوا بادمي ولا ببهيمه ولا تغلوا
ولا تغدروا واي رجل من اقصاكم وادناكم اشار الى رجل من المشركين فاقبل اليه باشارته فله الامان حتى يسمع كلام الله
فان قبل فاخوانكم وان ابى فردوه الى مامنه ٥ واستعينوا بالله ولا تعطوا ذمه الله ولا ذمتي فان ذمتي ذمه الله
والمخفر لذمه الله لاقي الله وهو عليه ساخط اعطوا الغوره منكم وفوا لهم ٥ وهذا الخبر في معنى حديث سليمان
بن بريده ٥ وقوله لا تقتلوا طفلا ولا وليدا فقد بيناه وقوله ولا امراه فلا يجوز قتل النسا الا ان يقاتلن او تكون المراه ملكه فتقتل
ليتفرق المشركون بقتلها والدليل على تحريم قتل النسا انه عليه السلم مر بامراه مقتوله فوقف عليها وقال ما هذه
تقاتل وهذا تنبيه على انه لا يقتل الا من كان من اهل القتال وروي انه عليه السلم نهى عن قتل النسا والولدان ٥
واما الشيخ فانما يراد به الشيخ الهرم الذي لا يقدر على القتال ولا له راي في الحرب فلا يقتل لانه ليس من اهل
القتال فصار كالصبي والذي روي ان النبي عليه السلم قتل دريد بن الصمه وقد اتت عليه مايه وعشرون سنه فلانه اخرج يوم
حنين يستعان برايه في الحرب واشار عليهم بتاخير النسا والولدان فابوا عليه فقتله عليه السلم لانه ممن يستعان
برايه ٥ واما قوله ولا تغوروا عينا ولا تعضدوا شجرا الا شجرا يضركم فانما يعني بذلك الشجر الذي يكون بينهم وبين
عدوهم فيمنعهم من القتال فاما ما سوى ذلك فان المسلمين بالخيار ان شاوا قطعوه وان شاوا تركوه لان الله
قال ما قطعتم من لينه او تركتموها قايمه على اصولها فباذن الله وروي ان النبي صلى الله عليه لما حاصر بني النضير امر
بقطع نخلهم وحاصر الطايف وامر بقطع كرومهم وانما نهى في هذا الخبر عن قطع الشجر وتعوير العيون لانه علم
ان المسلمين يغنمون ذلك فاراد ان يبقيه على عمارته ٥ قال محمد في السير الكبير في ذكر وصيه ابي بكر رضي الله عنه
انا ناخذ بهذا وله بعض الناس فسر شيا منها على غير ما وضع ابو بكر له لان المسلمين [illegible] هدم البيوت وقطع النخل
المثمر وتغريق النخل وتحريقه وذبح البقر والشاه لانه راى ذلك مكروها لاهل الشام كانت مما اخبرهم رسول
الله صلى الله عليه انهم سيظهرون به الا ترى الى قوله في وصيته انكم ستاتون الشام وان الله تعالى ناصركم وممكن لكم
حتى تتخذوا فيها مساجد فلا يعلم الله انكم اتيتموها تلهيا ٥ قال محمد ولم يكن ابو بكر رضي الله عنه ليقول ان الله ناصركم
وممكن لكم الا بخبر اخبره رسول الله صلى الله عليه وبلغت [illegible] رسول الله صلى الله عليه حديث معروف فانه عليه السلم قال
لاصحابه انكم ستظهرون على كنوز كسرى وقيصر وانما ذهب ابو بكر لهم ان يفسدوا لما علموا انهم سيصيرونه
ويكون لهم دون اصحابه ولم يتخذه لانه لا ينبغي في الدين ٥ قال محمد قد جا في غير هذا احاديث ولا حديث ولا ثلثه
ان رسول الله صلى الله عليه احرق وقطع النخل وخرب البيوت وخرب على بني النضير وقول الله تعالى اصدق وقال الله تعالى
ما قطعتم من لينه او تركتموها قايمه على اصولها فباذن الله وليخزي الفاسقين قال محمد اللينه النخله
[illegible]
[illegible] وعن الزهري ان رسول الله صلى الله عليه [illegible] اوطاس [illegible] الطايف
[illegible] قال الزهري
وقطع رسول الله صلى الله عليه نخيل بني النضير وخرب البيوت [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
يحرق البويره وفي ذلك يقول حسان بن ثابت وهان على سراه بني لوي حريق بالبويره مستطير ٥ فاما البهايم والمواشي
اذا قدر المسلمون على اخراجها [illegible]
والدليل على [illegible]
[illegible]
[illegible]

الذبح فالمباح اولى ۞ والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان الا لماكله فبين ان الذبح يجوز لغرض وهو
الاكل فتنبه بذلك على جواز الذبح لكل غرض هو مثل الاكل في المنفعة اذا كثر وقد بينا ان الانتفاع بهم لـ[illegible]
وضعفهم اعظم فالذبح لاجله اولى ۞ واما تحريقها بعد الذبح فلانها لو لم تحرق انتفعوا بلحومها وجلودها
فوجب على الامام ان يحرقها ليبطل عليهم الانتفاع بها ۞

باب كيفية القتال

قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة اذا خرج من المسلمين جيش او سرية غازين فلقوا العدو فلا باس ان يغيروا عليهم
ليلا او نهارا او يبيتوهم وان لم يدعوهم الى الاسلام لان الدعوة قد بلغتهم وهذا على ما قدمنا ان تجديد الدعوة مستحب
وليس بواجب فلذلك جاز ان يغيروا عليهم من غير دعوة وقد بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاسامة اغز على ابنا صباحا وحرق
ولان المقصود تفريق جمعهم وازالة الكفر فاذا اعلمهم تاهبوا للقتال واذا اغار عليهم كان ذلك امكن منهم ۞ قال ولا يقتلوا
صبيا ولا امراة ولا شيخا كبيرا ولا زمنا ولا اعمى ولا مقعدا ولا معتوها فان فعلوا فقد اساوا ولا شي عليهم في ذلك
وهذا على ما قدمنا ان القتل انما يكون فيمن هو من اهل القتال قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة والمقاتلة تكون بين
اثنين والمراة والمقعد والاعمى لا يقاتل ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النسا وعلل ذلك حين راى امراة مقتولة فقال
ما كانت هذه لتقاتل فصار ذلك تنبيها على كل من لا يعمل القتال واما قوله انهم ان قتلوا هولا فلا شي عليهم وقد
اساوا فلان النبي صلى الله عليه وسلم مر بامراة مقتولة فانكر قتلها ولم يوجب الضمان على قاتلها ولان دماهم غير متقومة لانها
لم تحرز بدار الاسلام ولم يحصل لها امان فالنهي عن القتل لا يوجب الضمان كما لو قتل الرجال على وجه المثلة كان
منهيا عنه ولم يوجب تقويم الدم ۞ قال ولا باس بان يحرقوا حصونهم بالنار ويغرقوها بالما وينصبوا
المجانيق على حصونهم ويهدموها عليهم لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم احرق البويرة وامر اسامة ان يغير ويحرق
ولان في ذلك تفريق جمعهم وكسر شوكتهم فجاز كما يجوز انواع القتال ۞ وقد قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد
لا باس بتحريق حصونهم وهدمها عليهم وان علمنا ان فيهم اسيرا او تاجرا ۞ وقال الحسن بن زياد لا يجوز ذلك وليس
هذا بصحيح لان قتالهم واجب ولا يمنع من ذلك اذا كان فيهم من لا يجوز قتله كما لا يمنع لاجل صبيانهم ونسائهم
ولانا لو توقفنا على حصونهم لاجل المسلم او الاسير لم يمكن ان نقدم على تحريق حصونهم ابدا لانا نجوز ان يكون بها
مسلم ۞ ولان حظر قتل المسلم كحظر قتل صبيانهم فاذا جاز ان نرميهم وان كان فيهم الصبيان جاز ان نرميهم وان
كان فيهم مسلم ۞ وجه قول الحسن ان قتل الكافر يجوز تركه وقتل المسلم لا يجوز الاقدام عليه واجتمع الحظر والجواز
فكان الحكم للحظر ۞ وقال ابو حنيفة اذا حاصر المسلمون مدينة من مداين المشركين فقام المشركون على سور مدينتهم
ومعهم اطفال من اطفال المسلمين يترسون بهم كان للمسلمين ان يرموهم بالمنجنيق والنشاب والنبل متعمدون
بذلك المشركين ولا يتعمدون بذلك الاطفال وكذلك القوم على قرار الارض ومعهم اطفال من اطفال المسلمين يترسون
بهم كان للمسلمين ان يرموهم بالمنجنيق والنشاب والنبل يتعمدون بذلك المشركين ولا يتعمدون بذلك الاطفال ۞
وكذلك القوم على قرار الارض ومعهم اطفال يترسون بهم وهم يتضاربون بالسيوف ويطعنون بالرماح فانهم
يتعمدون بذلك المشركين ولا يتعمدون به اطفال المسلمين فما اصابوا من جميع الذين امروا ان لا يتعمدوه فلا دية عليهم
ولا كفارة وكذلك ما اصابوا من المسلمين المستامنين وممن اسلم في دار الحرب فلا دية عليهم ولا كفارة وهذا
قول ابي يوسف قال الحسن وفيها قول اخر ان ما اصابوا من اطفال المسلمين او ممن اسلم هناك او من الاسرى فعلى
الذي اصابه الكفارة وعليه الدية ان كان اسيرا او تاجرا وان كان اسلم هناك فلا دية له ۞ وجه قولهم انا لو امتنعنا
من الرمي لتترس المشركين بمن لا يجوز قتله فلم نتوصل الى قتلهم ابدا لانهم اذا علموا ذلك تترسوا باطفالهم وما ادى
الى اسقاط القتل لم يجز فعله ۞ ولانا قد دللنا على جواز رمي الحصن بالمنجنيق وتحريقه وان كان فيه اسير
فكذلك يجوز ان نرميهم وان تترسوا بالاطفال واذا ثبت ان الرمي جايز مع العلم بحال المرمي لم يجب بالرمي كفارة
ولا ضمان كرمي الحربي والمرتد وانما قال انهم يقصدون بالرمي الكافر دون المسلم لان المسلم لا يجوز اعتماد
قتله وانما يجوز رمي الكافر وان ادى ذلك الى اصابة المسلم فوجب ان ينوي الرامي رمي من يجوز قصده دون غيره
وجه قول الحسن ان قتل الكافر يجوز تركه وقتل المسلم لا يجوز الاقدام عليه واجتمع الحظر والاباحة فكان الحظر
اولى واذا ثبت ان الرمي ممنوع منه صار كقتل المسلم التاجر في دار الحرب فتجب الكفارة اسيرا كان او تاجرا او مسلما
اسلم منهم ۞ فاما الدية فلا تجب فيمن اسلم منهم هناك لانه لم يحرز دمه بدار الاسلام فلا يتقوم واما الكفارة فواجبة
في الجميع ۞ وقال ابو حنيفة ان كان مع المشركين امراة تقاتل او مجنون او زمن او شيخ كبير فلا باس ان يقتله المسلمون
وذلك لانا نقتل الرجال وان لم يقاتلوا لانهم من اهل القتال فمن قاتل اولى بالقتل ولانا لا نقاتل النسا والصبيان لانهم
من غير اهل القتال فاذا قاتلوا صاروا كغيرهم ۞ قال ابو حنيفة وان طعن بعض المسلمين برمح وانفذه في جوفه
فلا باس بان يمشي فيه المسلم الى من طعنه بالرمح حتى يقتل طاعنه وذلك لان فيه اعزازا للاسلام ونكاية
للمشركين فلا يمنع وان كان فيه تلف النفس كما لا يمنع المسلم من الحمل على الجماعة الكثيرة وان علم انه يقتل اذا
كان في ذلك نكاية في العدو ۞ وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم راى كتيبة من اليهود فقال من لي بهذه الكتيبة فقال

وهب بن قابوس انا لها فحمل عليهم حتى فرقهم ثم راى النبي صلى الله عليه وسلم كتيبة اخرى فقال من لي بهذه فقال وهب انا فحمل عليهم ففرقهم
ثم راى عليه السلم كتيبة اخرى فقال مثل ذلك فحمل عليهم وهب فقتلوه رحمه الله ۞ وروي ان عاصم بن ثابت راى [illegible] الدبر
لما هرب عنه اصحابه وقف فقاتل حتى قتل فهذا يدل على ان الخطر بالنفس والتعرض للقتل غير محظور اذا كان في ذلك
اعزاز الدين ۞ وقال ابو حنيفة وان غزا المسلمون في البحر والسفن فاحرق العدو السفينة والمسلمون فيها
فلا باس ان يطرح المسلمون انفسهم في البحر اذا خافوا ان يحترقوا بالنار ولا باس بان يثبتوا في السفينة اذا لم يمكنهم
ان يتخلصوا من النار فان امكنهم مع القا انفسهم ان يسبحوا حتى يخرجوا الى الجد فلا ينبغي لهم حينيذ ان يثبتوا
في السفينة وهذا قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف ومحمد والحسن ۞ اما اذا غلب على ظنهم انهم اذا سبحوا سلموا
او غلب على ظنهم انهم ان القوا انفسهم الما سلموا وجب عليهم ذلك لان احيا النفس واجب اذا علم ذلك او
غلب في ظنه فمتى دفع الى احد امرين كان اختياره ما فيه السلامة واجبا واما اذا كانوا ان اقاموا في السفينة
احترقوا وان وقعوا في الما غرقوا فهم بالخيار عند ابي حنيفة وابي يوسف ان شاوا اقاموا في السفينة وان
شاوا وقعوا في الما وقال محمد لا يجوز لهم ان يلقوا انفسهم في الما ۞ وجه قولهم انهم قد دفعوا الى
التلف باحد وجهين فكان لهم اختيار الاسهل كما لو قال لهم العدو ان شيتم قتلناكم بالسيف وان شيتم
بالنار كان لهم اختيار الاسهل ولانهم يضطرون من جهة العدو الى القا انفسهم في الما من خوف النار فكان
العدو اكرههم على ذلك ۞ وجه قول محمد انهم اذا بقوا في السفينة تلفوا بفعل الكافرين واذا وقعوا في
الما تلفوا بفعل انفسهم فلم يجز ان يفعلوا ما يودي الى التلف ويتركوا السبب الحاصل من جهة الكفار ۞
قال محمد في السير الكبير اذا ظهر المسلمون على اهل الحرب في قرية او مدينة فلا ينبغي ان يقتلوا امراة ولا
صبيا ولا شيخا فانيا ولا معتوها ولا راهبا في صومعة ولا سايحا في جبال ياويها لا يخالط الناس ولا قوما في
دير او كنيسة قد طينوا عليهم الباب وترهبوا فيه ولا اعمى ولا مقعدا ولا يابس الشق ولا مقطوع
اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى وقد بينا الكلام على الصبي والمراة فكذلك الباقون لانهم
ليسوا من اهل القتال ۞ فاما الراهب السايح اذا لم يخالط الناس لم يكن فيه ضرر على المسلمين لانه لا
يقاتل ولا يجتمع مع النسا فيلقح فلذلك لم يقتل ۞ قال وان قتل رجل من المسلمين منهم احدا فلا شي عليه
من دية ولا قيمة ولا كفارة وعليه الاستغفار وذلك لما قدمنا ان حظر القتل لا يوجب تقويم الدم
كالحربي اذا قتل على وجه محظور ۞ فاما الاستغفار فلانه فعل معصية فليستغفر منها كساير المعاصي ۞
قال وللمسلم ان يقتل الرجل الذي يجن ويفيق والاخرس والاقطع اليد اليسرى والاقطع احدى الرجلين لان له
يقاتل منها احد وذلك لانه من اهل القتال الا ترى ان قطع يده اليسرى لا يمنع من القتال باليمنى وقطع
احدى الرجلين لا يمنع من الركوب والقتال وكذلك الاصم والاخرس واذا كانوا من اهل القتال قتلوا ۞ ولا
باس بان يقتل القسيسين والشمامسة والسياحين الذين يخالطون الناس وذلك لانهم اذا خالطوا
الناس فهم من اهل القتال والحربي اذا كان من اهل القتال قتل وان لم يقاتل ۞ قال ولا ينبغي للمسلمين ان
كانت بهم قوة على اسرهم وحملهم ان يدعوا النسا حتى يخرجوهن الى دار الاسلام وكذلك الصبيان لان النسا
اذا تركوا في دار الحرب كان فيهن تقوية للكفار وكذلك الصبيان يبلغون فيقاتلون وفي حملهم منفعة للمسلمين
ففعله واجب قال والشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ولا هو ممن يلقح ولا ممن له منفعة الا ان يفادي به
فان شاوا اسروه واخرجوه الى دار الاسلام وان شاوا تركوه وذلك انه لا منفعة فيه للعدو [illegible]
ولا برايه ولا يلقح [illegible] قتله [illegible]
المفادات بالاسرى [illegible]
النسل [illegible]
البدو الرجل من خلاف ولا قطع اليد اليمنى [illegible]
لا ينتفع [illegible]
[illegible]
لان النبي عليه السلم [illegible]
المسلمين [illegible]
بفعل معصية ۞ قال والعجايز اللاتي لا يرجى [illegible] ان شاوا اسروهن وان شاوا تركوهن [illegible]
لا ينتفع [illegible]
قال [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] قال وان قاتلت امراة او [illegible]
[illegible]
او مقعد او حرض على القتال وكان ممن يطاع فلا باس بقتلهم وقد بينا انهم اذا قاتلوا فهم اهل حرب

او كانوا ممن يطاع فقد حصلوا من اهل القتال وليس يستنصر به المسلمون فلذلك قتلوا ٥ قال ولو ان راهبا في صومعة او سياحا دل المشركين على عورة المسلمين فلا باس بقتله او اسره لان الراهب انما لا يقتل لانه لا يستنصر به لانقطاعه عن الناس فاذا دل على العورة صار القتل به كالمقاتل فلذلك يقتل ٥ قال وان كان ملك القوم غلاما صغيرا وحاربوا الناس وكان في قتله كسر لهم او هزيمة فلا باس بقتله وكذلك لو كانت المراة ملكة فلا باس بقتلها وذلك لان في قتل الملك تفريقا لجمعهم فالمنفعة بقتله اكثر من المنفعة بقتل الرجال منهم فلذلك جاز ولانا نجوز قتلهم اذا تترسوا بصبيان المسلمين لما في ذلك من التوصل الى قتل الكفار فلان يجوز قتل الصبي الكافر ليتوصل بقتله الى غلبة الكفار اولى ٥ قال وان قتل من لا ينبغي قتله من نحو الشيخ الكبير والصبيان والنساء والرهبان وغيرهم خطا او عمدا لم يكن عليهم في قتلهم ضمان ولا كفارة ولكن اكره ما صنع ان كان صنع عمدا وان راى الامام ان يؤدبه فعل ٥ اما سقوط الضمان والكراهة فقد بيناها واما الادب اذا راه الامام فلان ذلك مما يسوغ فيه الاجتهاد الا ترى انه يجوز لقائل ان يقول ان القتل المحظور يتعلق به الضمان كقتل المسلم ومتى راى الامام رايا يسوغ فيه الاجتهاد فعله ٥ قال واذا قاتلت المراة من اهل الحرب مع المشركين فاخذها المسلمون وهم يقدرون على اخراجها وسبيها فلا باس بقتلها لانها لما فعلت القتال صارت من اهله فهي كالرجل فان شاوا قتلوها وان شاوا اسروها وكذلك الشيخ الفاني اذا ظفر به المسلمون وقد كان شهد القتال وحرض وكذلك الاعمى والمقعد والرهبان اذا قاتلوا او دلوا على عورة المسلمين فلا باس بقتلهم واسرهم لانهم صاروا من اهل القتال فاما الصبي والمعتوه الذي لا يعقل فلا باس بقتلهما ما داما يقاتلان ويحرضان فاذا صاروا في ايدي المسلمين اسرى فقدر المسلمون على اخراجهما وسبيهما لم يجز قتلهما وان كانا قتلا جماعة من المسلمين وذلك لان الصبي والمجنون لا تكليف عليهما ولا يستحقان العقوبة بجنايتهما وانما نقتلهما اذا قاتلا او حرضا على طريق الدفع فاذا اخذناهما فقد زال القتال فلو قتلا كان القتل عقوبة وهما لا يستحقان ذلك فان لم يقدر المسلمون على اخراجهما وغلب في ظنهم انهم ان تركوهما عادا الى القتال والتحريض جاز قتلهما لانه يخاف الضرر بتركهما فصارا كالرجال العقلاء ٥

باب ما امر به من الثبات عند القتال

قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا الى قوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين فامرهم بالثبات عند لقاء عدوهم والصبر على مجاهدتهم ونهاهم ان لا يتنازعوا فيضعفوا عن القتال واخبرانه مع الصابرين ترغيبا في الصبر ووعدا لهم اذا اصبروا بالنصر لان الله تعالى اذا كان مع الصابرين لم يغلبوا ٥ وقال في موضع اخر ان ينصركم الله فلا غالب لكم وقال ان تنصروا الله ينصركم ويثبت اقدامكم وقال تعالى يعلمهم القتال ان الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفا كانهم بنيان مرصوص يعني متصلا لا خلل فيه وقال اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله الاية فشدد في هذه على المسلمين في ترك الثبوت لعدوهم والفرار عنهم الا في تحرف القتال او انحياز الى فئة وهذا عندنا في يوم بدر خاصة ٥ قال محمد في السير الكبير لا باس بالفرار من الزحف اليوم اذا جاءهم من العدو ما لا يطيقون لا باس بان يفروا منهم حتى يلحقوا بالمسلمين انما قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة في يوم بدر خاصة ٥ وذكر محمد في باب من ابواب قسمة الغنائم هذا كله ببدر وكانت المدينة لم تنصر دار منعة المسلمين كانوا يخافون فيها والشرك ظاهر عليها من اليهود وغيرهم وهذا اراد النبي صلى الله عليه وسلم ما لبابة بن عبد المنذر من الروحا ليستعمله على المدينة لم تصر دار منعة ٥ قال الحسن بن زياد عن ابي بكر الهذلي عن الحسن في قوله ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الاية في اهل بدر خاصة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان معهم وجماعة المسلمين ولم يكن فئة لهم يتحازون اليها والناس اليوم لهم فئة امراؤهم وانصارهم قال الحسن قال ابو حنيفة لا باس اذا خاف المسلمون ان يقتلهم المشركون ان ينحازوا حتى يلجؤوا الى بعض امصار المسلمين او الى بعض جيوشهم فان ذلك ليس بفرار من الزحف ٥ وذكر عن سعيد بن جبير ان الاية في يوم بدر خاصة وعن الحسن في قوله ومن يولهم يومئذ دبره يوم بدر خاصة ٥ قال وليس الفرار من الزحف من الكبائر وذكر عن الضحاك انها في يوم بدر خاصة ٥ وعن ابن سيرين قال لما بلغ عمر قتل ابي عبيدة بن مسعود قال لو كنت له فئة لو انحاز الي ٥ وعن ابي سعيد في قوله ومن يولهم يومئذ دبره انما كان هذا يوم بدر ٥ والنبي عليه السلام فئة المسلمين فلما كان بعد ذلك كان المسلمون بعضهم فئة لبعض ٥ وعن ابن عمر قال ارسلنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سرية فحاص الناس حيصة فاتينا المدينة فجئنا فاتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا نحن الفرارون فقال بل انتم العكارون وانا فئتكم ٥ وقد روي عن ابن عباس وابن عمر وقتادة ان الاية في يوم بدر خاصة لانه لم يكن للمسلمين فئة الا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجز لهم مجاوزة الصفوف فاما الان فلا باس ان يفر المسلمون اذا كانوا من الكفار ما لا طاقة لهم به ٥ وقد كان الله تعالى فرض على الواحد ان يثبت لقتال العشرة ثم نسخ ذلك بقوله الان خفف الله عنكم وعلم ان فيكم ضعفا فان تكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين فقوله وعلم ان فيكم ضعفا يعني ان نفوسكم

تضعف عن مقاومة عشرة امثالهم فخفف ذلك عنهم واوجب عليهم ان يثبتوا لضعفهم فقال عليه السلام من فر من اثنين فقد فر ومن فر من ثلاثة لم يفر ٥ وقد قال محمد في السير اني اكره لرجل من المسلمين به قوة ان يفر من رجلين كافرين ولا يقدر ما خفف عنهم ٥ ولا باس ان يفر الواحد من الثلاثة والمائة من الثلثمائة فلا ينبغي ان يفروا من مائتين ولا الالف ان يفروا من الفين ولا باس ان يفر الواحد من الثلاثة ولا ينبغي ان يفروا من المشركين وان كانوا اكثر اذا كانوا اثني عشر الفا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم خير السرايا اربعمائة وخير الجيوش اربعة الاف ولن يغلب اثنا عشر الفا من قلة اذا كانت كلمتهم واحدة وجملة هذا ان الامر على ما يغلب في ظن المقاتل وان غلب في ظنه انه يغلب ويقتل فلا باس ان ينحاز الى المسلمين ليستعين بهم ويتقوى على عدوهم ثم يرجع اليه وليس في ذلك عدد محصور وانما المعتبر بغالب الظن وقد قالوا في الواحد اذا لم يكن معه سلاح لا باس ان يفر من اثنين معهما السلاح فدل على ان المعتبر بما ذكرناه ٥

باب من يستحق الامارة

قال ابو الحسن ينبغي ان يولى على الجيش الرجل البصير بوجوه الحرب المتاني في تدبيرها ليقدم على القتال في الحالة التي يصلح فيها التقدم ويكف عن القتال في الحالة التي يرى فيها ان التاخر والكف اصلح ويكون ممن يعدل بينهم في القسمة ٥ قال محمد يولي الرفيق العالم بامر الحرب العادل بينهم في القسمة وغيره فاذا كان هكذا فهو موضع الامارة عربيا كان او مولى وانما وجب ان يولى البصير بالحرب المتاني حتى لا يقدم بالمسلمين على المهالك فيهلكهم ولا يتوقف فيجبنهم ٥ وروي عن عمر بن الخطاب انه كتب الى بعض عماله بالعراق لا تولي البراء بن مالك جيشا من المسلمين فانه هلكة من الهلك يقدم بهم ٥ واما اعتبار العدل في القسمة فلانها ولاية فلا بد من اعتبار العدالة فيها كسائر الولايات وانما استوى العربي وغير العربي لقوله عليه السلام اطيعوا ولو ولي عليكم عبد حبشي ما حكم فيكم بكتاب الله ٥ قال محمد واذا امر عليهم امير جيش من اهل الحرب امرا لا يدرون اينتفعون به ام لا ينتفعون فينبغي لهم ان يطيعوه وان كانوا يرون خلاف ما امرهم يامرهم بامر يخافون فيه الهلاك وعلى ذلك اكثرهم لا يشكون فيه فلا طاعة له عليهم وان اختلف الناس فمنهم من يقول فيه الهلكة ومنهم من يقول فيه النجاة فليطيعوا الامير فيما امرهم به ٥ وجملة هذا ان الامير له عليهم حق الولاية فيجب عليهم طاعته وان خالف رايهم كما يجب اتباع الحاكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد وان خالف ذلك راي المحكوم عليه واذا ثبت هذا قلنا اذا اختلف العسكر فيما امر به الامام والخطا ليس بظاهر فيه وانما هو مجتهد فيه فالواجب اتباع الامير كما يتبع القاضي فيما يختلف الناس فيه ٥ فاما اذا امرهم الامير بما فيه معصية الله تعالى فلا يحل لهم اتباعه لانه لا طاعة لمخلوق في معصية الله وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث خالد بن الوليد بعد فتح مكة الى بني جذيمة ومعه بنو سليم وطائفة من المهاجرين والانصار فامر بقتلهم فامتنعت المهاجرون والانصار واطاعته بنو سليم فقتلوهم فانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم قتلهم ولم ينكر على من امتنع من طاعته من المهاجرين والانصار ٥ واما اذا امرهم بامر لا يامنون فيه الهلاك لا محالة وذلك ظاهر لا يختلفون فيه فلا يجوز لهم ان يطيعوه لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انفذ سرية فخالفوا اميرهم وغضب واوقد لهم نارا وامرهم ان يلقوا انفسهم فيها فمنهم من قال نفوسنا فان الطاعة واجبة ومنهم من قال انا لا نفعل فلما قدموا على النبي صلى الله عليه وسلم انهم ذكروا ذلك فقال ابو القاسم لو وقعتم فيها لم تخرجوا منها يعني ان الله يعذبهم بالنار ٥

باب من يجوز امانه

قال ابو الحسن قال اصحابنا امان الحر المسلم رجلا كان او امراة جائز اذا كان في منعة من المسلمين امنهم وسموا امن جماعة كثيرة او قليلة او اهل قرية او مصر فامانه جائز على جماعة المسلمين لا يحل لاحد من المسلمين ان يعرض لاحد منهم بقتل ولا سبي ولا اخذ مال ولا عزة ٥ والاصل في جواز امان الواحد قوله عليه السلام المسلمون تتكافا دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهذا يدل على ان الواحد من المسلمين يسعى بذمة جميعهم فاما المراة فقد روي ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم امنت زوجها فاجاز النبي عليه السلام امانها وروي ان ام هانئ اجارت رجلين من المشركين فطلب علي رضي الله عنه عليهما ليقتلهما وقال لها اتجيرين المشركين على رسول الله فقالت والله لا تقتلهما حتى تقتلني قبلهما ثم اغلقت الباب دونه وجاءت الى النبي عليه السلام فقالت يا رسول الله ما لقيت من ابن امي وذكرت له القصة فقال ما كان له ذلك قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت واذا ثبت ان امان الواحد جائز لم يجز لاحد من المسلمين ان يعرض لهم بعد الامان كما لا يجوز ان يتعرض له بعد الامان وكما لا يجوز ان يتعرض له لو امنه الامام ٥ قال وينبغي للامام اذا اجاره بالامان ان يدعوهم الى الاسلام او الى اعطاء الجزية فان اجابوه الى الاسلام فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وان ابوا الاسلام واجابوا الى اعطاء الجزية قبل ذلك منهم وكانوا اهل ذمة وعليهم ما لاهل الذمة وعليهم ما عليهم وان ابوا الامرين ردهم الى مامنهم ثم قاتلهم وذلك لانه لا يجوز ان يتعرض لهم مع الامان ولا يجوز ان يتركوا امنين مع الكفر من غير جزية فلا بد من ان يعرض عليهم الاسلام

او الجزية التي يجوز ان يتم معها الامان فان ابوا ذلك لم يجز ان يتركوا ووجب ردهم الى مامنهم ثم يقاتلهم كما لو خرجوا الى الامام بامان ٥ قال ابو حنيفة لا يجوز امان العبد الا ان يكون يقاتل مع مولاه فان كان انما يخدمه لم يجز امانه وقال ابو يوسف ومحمد امان العبد جائز قاتل او لم يقاتل وجه قول ابي حنيفة ان العبد لا يملك القتال بنفسه وهم امنوا منه فلم يصح امانه كالاسير في ايديهم ولان الامان عقد من العقود فلا يملكه بغير اذن المولى كساير العقود لما فيها من اسقاط حق المولى وعقد الامان اسقاط لحق المولى ولحق جميع المسلمين فهو اولى ان لا يملكه ٥ واما اذا كان ماذونا له في القتال صار من اهله بالاذن فهو كالحر ولانه لما اذن له في القتال وهو من جملة المسلمين فقد جعل اليه الراي فيه وقد يكون الراي القتال مرة والكف اخرى فلذلك جاز امانه كما فيه من الكف عن القتال وجه قولهما قوله عليه السلام ويسعى بذمتهم ادناهم ولان العبد يملك الامان اذا قاتل فيملكه وان لم يقاتل كالمراة وعكسه الذمي فصل واما المراهق اذا كان يعقل الاسلام فلا يجوز امانه عند ابي حنيفة حتى يبلغ وقال محمد في السير الكبير امان المراهق والمختلط العقل اذا كانا يعقلان الاسلام ويصفانه جائز وجه قول ابي حنيفة ان الغلام لا يملك العقود والامان عقد من العقود ولانه لا يملك ان يعقد في حق نفسه ففي حق غيره اولى وجه قول محمد ان الغلام المراهق من اهل القتال كالبالغ وانما اعتبر ان يعقل الاسلام ويصفه حتى يصير مسلما بنفسه فاما اذا لم يعقل ذلك فانما يحكم له بالاسلام تبعا لغيره ولا يعتد بذلك ٥ قال ولا يجوز امان التاجر في دار الحرب ولا الاسير فيها ولا من اسلم هناك لان هولاء يضطرون الى ما يريده الكفار ليتخلصوا بذلك من الضرر فصار عقدهم كعقد المكره ولان اهل الحرب في امان منهم لانهم لا يقدرون على قتالهم فلا معنى للامان واما الذمي فلا يجوز امانه وان اذن له في القتال لان الذمي متهم على المسلمين الا ترى انه يقصد تقوية الكفار واظهار كلمتهم ولم ينفذ عقده مع التهمة ٥ قال محمد ويجوز امان المسلم الاعمى والزمن والمريض والشيخ الكبير وذلك لانهم من اهل الولاية على المسلمين فصار كمن يقاتل ولانهم من اهل الراي في الحرب وان لم يكونوا من اهل مباشرتها ٥ وذكر ابو الحسن عن بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن عبد الله بن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه المسلمون يد على من سواهم تتكافا دماوهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويعقد عليهم اولاهم ويرد عليهم اقصاهم ويرد سراياهم على قعدهم ٥ قال ابو يوسف اما قوله يسعى بذمتهم فاي رجل امن رجلا جاز عليهم امانه واما قوله ويعقد عليهم اولاهم فهذا في الصلح اذا صالح رجل من المسلمين قوما من اهل الحرب وعقد لهم عقدا فهو جائز على المسلمين ولكنهم لا يتركون الا على ما وصفت لك من عرض الاسلام عليهم او الجزية ولا يلحقوا بمامنهم حتى لا يقيموا في دار الاسلام بغير خراج على رؤوسهم الا ان يسلموا وقال ابو يوسف في تمام الحديث واما قوله يرد عليهم اقصاهم فهذا في المتاع او الرقيق تصيبه العدو ثم تصيبه المسلمون فهذا يرد الى اهله ان اصابوه قبل القسمة ٥ واما قوله يرد سراياهم على قعدهم فهو الجيش يجرد على من فرض الله تعالى في كتابه على الفقراء وغيرهم من المسلمين ٥ واما قوله تتكافا دماوهم فالشريف والوضيع واحد في القصاص والدية وهم يد على من سواهم يقاتلون من كان على غير دينهم حتى يدخلوا في الاسلام واروا ان يلحقوا بمامنهم وقد امر والدليل فان الامام يقول لمن امن منهم قد اجلتك الى كذا وكذا فان لحقت بمامنك والا فانت لنا ذمة نضع عليك الخراج الى ان ترجع الى مامنك ويكون الاجل بقدر ذلك على ما يرى الامام او الامير فان لحق بمامنه والا صار ذمة ولا يترك ان يرجع الى مامنه لان الكافر لا يجوز ان يقر على كفره الا بجزية فاذا اقام في دارنا وامتنع من الرجوع تقوم اليه الامام وضرب له اجلا فان اقام الى الاجل صار مقامه التزاما للجزية ورضا بها فلا يمكن بعد ذلك من الرجوع ونقض العهد كما لا يمكن ساير اهل الذمة ٥

باب النزول على الحكم

قال واذا حاصر المسلمون مدينة من مداين اهل الحرب او حصنا من حصونهم فدعوا المسلمين ان ينزلوهم على ان يحكموا فيهم بحكم الله تعالى فلا ينبغي لهم ان يجيبوهم الى ذلك لنهي رسول الله صلى الله عليه عن ذلك وفسرنا هذه المسئلة واختلاف ابي يوسف ومحمد فيها فان اجابوهم الى ذلك وانزلوهم ابوب ويشتر بن الوليد وروا عن ابي يوسف ان الحكم فيهم الى الامام يتخير افضل ذلك للدين والاسلام فان راى قتلهم وسبي الذراري افضل امضى ذلك كما جرى على حكم سعد بن معاذ وان راى ان يجعلهم ذمة يودون الخراج وراى ذلك افضل للدين والاسلام واحسن توفيرا للغني الذي يتقوى به المسلمون عليهم وعلى غيرهم فذلك اليه وهذا جائز فان اسلموا قبل ان يمضي الحكم فيهم فهم مسلمون احرار وان دعاهم الى الاسلام قبل الحكم بواحد من الوجوه فاجابوا الى الاسلام واسلموا فهم احرار والارض لهم وكذلك ان صيرهم ذمة فالارض لهم ووضع عليهم الخراج ٥ فاما اذا اسلموا قبل ان يحكم فيهم فهم مسلمون احرار وارضهم لهم وهي ارض عشر ٥ فان امضى الحكم بقتلهم وسبي الذراري فلم يقتلوا حتى اسلموا فهم في سبي ذراريهم لا يقتلون وان لم يسلموا حتى قتلوا وسبيت الذراري فالارض في ان شا الامام قسمها وخمسها وان شا تركها على حالها او دعا اليها من يعمرها ويودي خراجها كما يفعل في

معطل ارض الذمة مما لا رب له والاصل في هذا ان انزالهم على حكم الله جائز عند ابي يوسف والحكم في الكفار القتل والاسترقاق او وضع الجزية فكان الامام مخيرا فيه يحكم فيه بما هو انفع للمسلمين واصلح فاذا اسلموا قبل ان يحكم فيهم احرار وارضهم ارض عشر لانهم اسلموا قبل القهر الا ترى انه لو لم يقع على الحكم اصلح ولبس بغلبة فصاروا كمن اسلم قبل القدرة عليه فارضه ارض عشر ٥ واما اذا امضى الامام الحكم بالقتل وسبي الذراري فاسلموا فهم في الاسلام حصل بعد ثبوت الاسترقاق ولا يسقط الاسترقاق وانما يسقط القتل كما لو اسلموا بعد الغلبة واما اذا قتلهم الامام فهو مخير في الارض كما يخير في الارض المغنومة ان شا قسمها وان شا وضع عليها الخراج ٥ قال محمد في السير الكبير اذا انزلوهم على حكم الله تعالى فصاروا في ايدي المسلمين فينبغي للامام ان يعرض عليهم الاسلام فان اجابوا كانوا احرار المسلمين لا سبيل عليهم وسلم لا امير لهم اموالهم وذراريهم ونساؤهم وتصير دارهم دار الاسلام ويكون في ارضهم العشر وهذا على ما قدمنا لانهم اسلموا قبل القهر والغلبة ٥ قال وان ابوا الاسلام جعلوا ذمة واجرى عليهم وعلى ارضهم الخراج ولا ينبغي ان يسترقوا ولا يقسموا ولا يقتلوا وذلك لانه ليس في الاصل الا انزال على حكم لا يجوز واذا فعله الامام ولم يسلموا احكم فيهم بالاسير والاسهل لانه متيقن ان لم يحكم بالقتل ولا بالرق لانه لا يغلظ ولا يصعب ٥ قال فان قالوا الحقونا بمامننا فلا حاجة لنا ان تكون ذمة فلا ينبغي للمسلمين ان يفعلوا ذلك بهم لانهم صاروا في ايدينا وتحت حكمنا فلا يجوز ان نردهم حربا اذا لم يكن في ذلك خيرا اما لانه هذا حكمنا قال فان انزلهم على حكم الله رجل مسلم عدل عند ذلك جائز وما حكم فيهم من سبي او قتل او اخذ جزية فهو جائز في قولهم جميعا لان بني قريظة نزلوا على حكم رسول الله صلى الله عليه فقال لهم الا ترضون ان يحكم فيكم رجل منكم فقالوا بلى فحكم سعد بن معاذ فرضوا بحكمه فدل على ان تحكيم المسلم العدل جائز ٥ قال فان نزلوا على حكم عبد او صبي او امراة او على حكم ذمي فان ذلك لا يجوز عند ابي يوسف حتى يحكم العبد والمراة بانهم ذمة فيقتلوا ذلك احدثه ليقتلوهم لبس من قبل حكم المراة والعبد ٥ ولذلك اذا حكم الذمي وقال محمد اذا حكموا اعمى او صبيا احتبس حكمه وصيروا ذمة ٥ وجه هذا ان عند ابي يوسف لا يجوز ان يحكم الا ذكر من اهل الشهادة لان الفاسق والعبد والمحدود والصبي لا يجوز تحكيمهم في حق المتخاصمين ففي حق جميع المسلمين اولى ٥ واما المراة فلان التحكيم ولاية في حراسة المسلمين والظفر بهم في امر الحرب فلا تتولاه امراة كما لا يتولى الامارة ولان الحكم فيهم تارة يقع بالقتل وتارة بغيره وقول المراة في القتل لا يقبل كما لا يجوز حكمها ولا شهادتها ٥ فاما الذمي فلا يجوز ان يكون حاكما في حقوق المسلمين ٥ اما محمد فقال في حكم الصبي والعبد مثل ذلك لانه لا قول لهما في انفسهما فلا ينفذ قولهما على غيرهما وجوز حكم الفاسق والمحدود في القذف وذلك لانهما من اهل الشهادة فصار كالعدل ولان هذا ليس بحكم محض وانما يجري مجرى الصلح فاعطاه شبه الحكم وشبه العقد فلم يجوزه من الصبي والعبد وجوزه من الفاسق والمحدود في القذف ٥ واما الذمي اذا حكموه فحكم عليهم بالقتل او السبي او الجزية جاز حكمه لانهم كفار وشهادته عليهم مقبولة فلذلك يقبل حكمه عليهم فان اسلموا قبل ان يحكم عليهم لم ينفذ حكمه لان التحكيم سقط بالاسلام ٥ قال ابو يوسف لو نزلوا على حكم رجل لم يسموه فذلك الى الامام يحكم فيهم بعض ما هو افضل للاسلام والدين لان التحكيم لما وقع من غير معين جاز للامام ان يعينه فيمن شاء فيجوز ان يعينه في نفسه ٥ قال ابو يوسف ولا ينبغي للوالي ان يقبل في الحكم صبيا ولا امراة ولا عبدا ولا ذميا ولا اعمى ولا محدودا في قذف ولا فاسقا ولا صاحب ريبة لان الاختيار في هذا الى الامام فليختر العدل المامون اولى ٥ قال ابو يوسف وان نزلوا على حكم رجل يختارونه فاختاروا رجلا ليس بموضع للحكم لم يقبل ذلك منهم حتى يختاروا رجلا موضعا للحكم لان من ليس موضعا للحكم لم يتعلق باختياره حكم فان لم يختاروا ردهم الى حصنهم لانهم حصلوا في ايدينا بامان فاذا لم يتم الحكم ردوا الى ما كانوا عليه ٥ قال والا يردهم الى حصن احصن من ذلك ولا الى حصن يمتنعون منه لان الرد يجب ان يكون الى ما كانوا عليه حتى لا تخفر امانهم وفي ردهم الى حصن احصن من ذلك اضرار بالمسلمين ٥

باب الانفال

قال ابو الحسن قال اصحابنا جميعا ابو حنيفة وابو يوسف وزفر ومحمد بن الحسن رحمة الله عليهم الانفال قبل احراز الغنيمة فاذا احرزت الغنيمة وحصلت في ايدي الغانمين فلا نفل ٥ قال محمد في السير وهذا اجماع اهل العراق واهل الحجاز وقال غيرهم يجوز النفل بعد احراز الغنيمة وانما يعني بهذا اهل الشام ٥ والاصل في جواز النفل قوله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال والتحريض قد يكون بالنفل وروي ان النبي عليه السلام نفل يوم بدر وقال من قتل قتيلا فله سلبه ومن اخذ اسيرا فهو له ولان في ذلك مصلحة للمسلمين لان الشجعان يرغبون في النفل فيخاطرون بانفسهم ويقدموا على القتال فلذلك جاز ولهذا قلنا انه يجوز قبل الاحراز ولا يجوز بعد الاحراز لانها ما لم تحرز ففي النفل حث على القتال فاذا احرزت زال هذا المعنى فلم يجز النفل ٥ ولان الغانمين ما لم يحرزوا الغنيمة لم يستقر حقهم فيها فجاز للامام ان ينفل منها فاذا احرزوها تعلق حق جماعتهم بها فلم يجز ان يسقط حق بعضهم عنها

قال محمد والذي روي ان النبي صلى الله عليه نفل بعد احراز الغنيمة فانما كان ذلك من الخمس او من الصفي او مما افا
الله به عليه فغلط قوم فظنوا ان النفل يجوز بعد احراز الغنيمة من جملتها وقد روي عن سعيد بن المسيب انه قال
لا نفل بعد رسول الله الا من الخمس وهذا صحيح لان بعد احراز الغنيمة لا يجوز تصرف الامام الا في الخمس فيجوز
ان ينفل المحتاج منه لانه حق للمحتاجين فاما النبي صلى الله عليه فكان له بعد احراز الغنيمة الصفي وكان ينفل منه
وقد روي عن الزهري قال كانت بنو النضير خاصة النبي عليه السلم فقسمها بين المهاجرين ولم يعط احدا من الانصار
شيا منها الا سهل بن حنيف وسماك بن حرب ابو دجانة فانهما كانا محتاجين فاعطاهما وروي ان النبي صلى الله عليه
اعطى يومئذ سعد بن معاذ سيف ابن ابي الحقيق نفله اياه وذكر هشام بن عروة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه اقطع
الزبير عامرا ومواتا من اموال بني النضير وقال الزهري اقطع النبي عليه السلم ابا بكر وعمر وعبد الرحمن اموال بني
النضير عامره وقد كانت بنو النضير للنبي صلى الله عليه خاصة فيما ينفل منها وليس ذلك لغيره لانه حق لهم وقد قال
اصحابنا ان النفل يجوز في ساير الاموال وقال مكحول واهل الشام لا يجوز النفل في ذهب ولا فضة وهذا
غلط لقوله تعالى يسلونك عن الانفال قل الانفال لله وللرسول ولم يفصل وروي ان البرا بن مالك بارز
مرزبان فقتله واخذ سلبه وكانت عليه منطقة ذهب فيها جوهر فقوم سلبه فبلغ ثلثين الفا فقال عمر بن الخطاب
انا كنا لا نخمس الاسلاب وان هذا بلغ مالا عظيما وانا اخذ خمسه فدل على ان النفل يجوز في الذهب والفضة
وروي ان النبي عليه السلم نفل ابن مسعود يوم بدر سيف ابي جهل وكان عليه فضة ولان الذهب والفضة من جملة
الغنيمة فجاز النفل فيها كما يجوز في ساير ما فيها قال ابو الحسن والنفل ان يقول الامام او امير الجيش من قتل قتيلا
فله سلبه او من اصاب شيا او غلب عليه فهو له او يبعث بالسرية فيقول لهم ما اصبتم فلكم منه الربع او
الخمس او الثلث او النصف ويكون ذلك جايزا او ما اصابت من شيء فلها ما سمي لها ولا خمس عليهم فيما
سمي لهم وما بقي مما لم يسم لهم ففيه الخمس واربعة اخماسه لساير اهل العسكر ويشترك المنفلون معهم
ايضا وهذا على ما قدمنا ان النفل يجوز للتحريض فاذا فعل قبل الاحراز وقع موقعه فجاز فقد ذكر اقسام النفل
فمنها استحقاق القاتل السلب ومنها انفراد السرية بجزء مما يصيبون به من جملة الخمس ومعنى قوله لكم الربع
بعد الخمس اي انتم منفردون بالربع من جملة العسكر يوخذ منهم خمس ذلك واذا قال لهم الربع ولم يقل بعد الخمس
لم يخمس الربع وصار النفل لهم بخمسه وعلى هذا قال اصحابنا في المسلمين ان قال الامام من قتل قتيلا فله
سلبه بعد الخمس خمست الاسلاب فاما قوله اذا قال لكم نصف ما اصبتم او جميعه جاز وقد قال اصحابنا
ان الامام لا ينبغي له ان ينفل جميع المأخوذ لان الغنيمة حق لقوي العسكر وضعيفهم فاذا انفل الجميع قطع حق
الضعفا عنها وابطل السهمان التي جعلها الله في الغنيمة فلا ينبغي ان يفعل ذلك وهذا على طريق الاولى فان
فعله مع السرية جاز وان كان غيره اولى منه قال ابو حنيفة وان لم ينفل الامام شيا من ذلك فقتل
رجل قتيلا او اصاب شيا فهو غنيمة لجماعة الجيش وقال الشافعي السلب للقاتل اذا قتل كافرا مقبلا
غير مدبر والدليل على ما قلناه قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول فاضاف
الاربعة الاخماس الى الغانمين والسلب من جملتها ولانه مال المقتول فلا يستحقه القاتل بغير اذن الامام
كغير السلب فاما ما روي ان النبي عليه السلم قال من قتل قتيلا فله سلبه فانما ذلك على وجه التحريض والحث
على القتال الا ترى ان مخالفنا يقول فيه اذا قتله مقبلا وذلك غير الظاهر ونحن نحمله على حال دون حال وذلك
غير الظاهر قال مالك ان النبي عليه السلم لم ينفل من قتل قتيلا فله سلبه الا يوم حنين وقد ذكر محمد ان النبي عليه السلم قال
ذلك يوم بدر فاما اشتراط الشافعي ان يقتل مقبلا فليس بصحيح لان قول الامام من قتل قتيلا فله سلبه
عام في الوجهين ولان الغرض بدفع السلب التحريض على القتال والمقصود قتل المشرك المقبل والمدبر
وقد قال اصحابنا ان السلب اذا اشترط فهو دابة المقتول وسرجها وما عليها من الآلة وثياب المقتول وسلاحه
وما معه على الدابة من مال في حقيبته او على وسطه فاما غير ذلك من ماله فليس بسلب وما كان مع
غلامه على دابة اخرى فليس بسلب وقالوا في المشتركين في القتل انهما شريكان في السلب فان
بدر احدهما فضرب ثم اجهز الاخر فهو على وجهين ان كان الضرب الاول جعل المضروب بحيث لا يمكنه ان يقاتل
ولا يعين بقول فالسلب للاول لانه من حكم المقتول وان كان الضرب الاول لم يصيره الى هذه الحالة فالسلب
للثاني وقد روي ان محمد بن مسلمة ضرب مرحب اليهودي فقطع رجليه وضرب علي عنقه فقال محمد بن مسلمة
والله يا رسول الله لو اردت قتله قتلته ولكني اردت ان اعذبه كما عذب اخي محمد بن مسلمة فاعطى النبي عليه السلم
محمد بن مسلمة قال محمد وهو عندنا محمول على ان الضرب الاول جعله بحيث لا يقاتل ولا يعين على القتال
قال محمد وقد روي ان النبي عليه السلم اعطى سلب ابي جهل بن هشام عبد الله بن مسعود وقد كان غيره ضربه ثم اجهز عليه
ابن مسعود وقد روي ان النبي عليه السلم اعطى سلبه الضارب ولكل واحدة من هذه الروايتين ان صحت وجه
ان كان اعطاه للضارب فيجوز ان يكون الضرب اخرجه من حيز المقاتلين وجعله كالميت وان كان اعطى سلبه
ابن مسعود فلان الضرب الاول لم يخرجه من حد المقاتلين واما قوله في النفل اذا اشترط السرية الربع
ان لها ذلك وما بقي بينهم وبين الغانمين فلان المأخوذ غنيمة ومن حكم الغانمين ان يشترك فيها السرية

والعسكر فاذا احضر الامام السرية بالنفل استثنى ذلك وبقي الباقي على حكم الاصل يشترك فيه الجميع
قال ولو خرجت سرية بغير اذن الامام او خرجوا في طلب العلف باذنه او بغير اذنه غير ان الامام لم ينفلهم
شيا مما اصابوا فهو اسوة بين الناس يخمسه الامام ويقسم اربعة الاخماس بين الجند على ما يقسم عليه
الغنيمة وذلك لان المأخوذ بظهر العسكر يشترك فيه الآخذ والعسكر كما ياخذه من يسرع الى دار الحرب
قال واذا بعث الامام سرية الى دار الحرب فقال ما اصبتم من شيء فلكم الربع بعد الخمس او قبل الخمس فجاوا
بغنيمة فيها رجال ونسا وصبيان وغير ذلك من الاموال فقد يستحق السرية فيما نفلوا منه ذلك قبل ان يخرجوا
الى دار الاسلام ولم يملكوا شيا منه وسبيل ما ثبت لهم بالنفل سبيل الغانمين فيما ثبت له اذا اخرجوا الغنيمة
الى دار الاسلام وللامام ان يفعل فيما اصاب السرية ما له ان يفعل في الغنيمة اذا اخرجت الى دار الاسلام
فيكون له ان يقتل الرجال ويسبي النسا والصبيان وله ان يبيع الغنيمة كلها ويعطي السرية حقها الذي
نفلها بالنفل من الثمن فليس يمنع حق المنفلين من شيء من ذلك كما لا يمنع حق الغانمين شيا في
الغنيمة بالاخذ ويستقر بالحيازة الى دار الاسلام ويملك الغنيمة وانما لم يستقر قبل الحيازة لان
المدد لو لحقهم شاركهم وهذا يمنع من استقرار حقهم فاذا اخرجوا الى دار الاسلام انقطع حق المدد
فاستقر حقهم ولم يملكوا وذلك لان الامام له تدبير في الغنيمة يجوز ان يقتل المقاتلة ويجوز ان يقرهم
على الكفر بالجزية وان يسترقهم بحسب ما يرى من المصلحة وجواز التصرف يمنع من ملكهم ولهذا قال
اصحابنا ان من مات قبل الحيازة لم ينتقل حقه من الغنيمة الى ورثته لانه حق لم يستقر فلم يورث فاذا
خرجوا الى الدار فقد استقر الحق وان لم يملك فمن مات منهم انتقل حقه الى ورثته فاذا حصلت القسمة
زال تدبير الامام ولم يجز له التصرف في شيء من المقسوم فملك كل واحد منهم ما صار له فاما النفل فحكمه في دار الحرب
حكم الغنيمة في دار الاسلام فقد استقر حق المنفلين فيه بدلالة ان المدد لو لحق لم يشتركوا في النفل فصار حكم النفل
في دار الحرب حكم الغنيمة في دار الاسلام فمن مات من المنفلين في دار الحرب انتقل حقه الى ورثته وليس يمتنع
ان لا يملك الغنيمة ويورث لان الحقوق الثابتة تنتقل الى الورثة وان لم تكن ملكا كالجناية المتعلقة برقبة العبد
الجاني تنتقل الى ورثة المجني عليه وان لم يملك رقبة العبد واذا ثبت هذا قلنا ان انفراد المنفلين بمقدار النفل
من الغنيمة كاستحقاق العسكر للغنيمة بعد الحيازة فاذا جاز للامام في احد الموضعين ان يقتل الاسرى وجاز
ان يسترقهم وجاز ان يقرهم على كفرهم بالجزية فكذلك له ان يفعل في النفل وكما يجوز ان يبيع النفل ويقسم
الثمن بين المنفلين قال وان اعتق من السرية عبدا او جارية لم يعتق بعتقه وكذلك اذا كان له فيها [illegible]
[illegible] لم يعتق وكذلك ان اعتق احد من الغانمين بعد خروج الغنيمة الى دار الاسلام لم يعتق وكذلك
ان كان فيهم ذو رحم محرم منهم لم يعتق عليهم [illegible] وذلك لانا بينا ان الحق مستقر في دار الحرب وفي
الغنيمة بعد الاحراز الا انه لم يملك [illegible] لم ينفذ عتقه ولان الامام له ان يسقط حقهم عن هذه الرقاب
بالقتل او الاسترقاق او على الجزية [illegible] ولا ينفذ عتقهم ولا يعتق عليهم ذوو ارحامهم ولهذا
قال اصحابنا [illegible] جارية [illegible] لانه شبهة [illegible]
[illegible] قال ولو ان العدو استنقذوا [illegible] من ايدي السرية ما اخذوا وعادوا [illegible]
[illegible] ثم ظهر المسلمون عليه واهل السرية احق بما كانوا يستحقونه بالنفل [illegible] من جماعة الناس
[illegible] الغنيمة بعد خروجها الى دار الاسلام ثم استنقذ [illegible] المسلمين [illegible]
غنيمة [illegible] فاذا عادت الى ايدي العدو [illegible] على
[illegible]
ان حق الغانمين [illegible] فاذا غلبهم العدو عليها ثم استنقذها طائفة من المسلمين وجب عليهم ردها الى
الاولين لانه لو غلب العدو على عبد مرهون ثم غلب المسلمون عليه وجب رده الى المرتهن فاما النفل
اذا اخذ من المسلمين في دار الحرب ثم غلب المسلمون عليه فالواجب رده الى السرية [illegible]
فيه [illegible] وهذا كله اذا وجد قبل القسمة فاما اذا وجد بعد القسمة
فقد اختلفت الرواية فيه فقال في السير [illegible] الطائفة الاولى اولى به [illegible]
والطائفة الثانية [illegible] بالقسمة والملك [illegible] في الحق الثابت السابق [illegible] ملك المشتري [illegible]
الشفيع ولان الطائفة الثانية [illegible] والطائفة الاولى [illegible]
اولى وقال في الزيادات ان وجدوه قبل القسمة كانوا اولى به وان وجدوه بعد القسمة فلا
حق لهم ووجه ذلك ان الاولين كان لهم حق عام والاخرين ملك خاص فلم يجز ان يفسخ اقوى الامرين
باضعفهما وليس كذلك اذا وجد قبل القسمة لان الاولين كان لهم حق عام [illegible]
والاصل [illegible] لو كان الامام نفل [illegible] فقال من اصاب شيا فهو له فاصاب رجل من المسلمين جارية واستبراها

بحيضة وهي في دار الحرب لم يكن لها أن يطأها في قول أبي حنيفة حتى يخرجها إلى دار الإسلام وكذلك لا يبيعها وقال محمد له أن يطأها ويبيعها إذا أحب ٥ وجه قول أبي حنيفة أنها مملوكة على وجه الغنيمة فلم يجز وطؤها في دار الحرب كجواري الغنيمة ٥ ولأن في دار الحرب يد الملك فوجود الاستيلاء حكم يدهم لوجوده في المبيع في يد البائع فلا يعتد به ٥ وجه قول محمد ما قدمنا أن النفل يختص بملكه ولا يدا لأن غيره لا شركة فيه فحل له الوطي كما يحل في المرهونة وقوله لا يحل وطيها يعني بعد الاستبراء وليس هذا عندنا كالسارق إذا دخل دار الحرب فأخذ جارية لم يحل له وطيها حتى يخرجها إلى دار الإسلام لأن حقه غير مستقر فيها ألا ترى أن غيره لو لحقه شاركه فيها وذكر بعد هذا معنى السلب وقد قدمناه ٥

باب ما جاء في التغليظ في الغنيمة

ذكر عن عبد الله بن شقيق عن رجل من بلقين قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بوادي القرى وهو يعرض فرساً فقلت يا رسول الله بم أمرت قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأني رسول الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله قلت يا رسول الله فمن هؤلاء الذين تقاتل قال هؤلاء اليهود المغضوب عليهم وهؤلاء النصارى الضالون قال قلت فما تقول في الغنيمة قال لله خمسها وأربعة أخماسها للجيش قلت فما أحد أولى به من أحد قال لا ولا السهم يستخرجه من جنبك لست أنت أحق به من أخيك المسلم ٥ وهذا الخبر يشتمل على فوائد أولها وجوب الجهاد والثاني أن إظهار الشهادتين يجب عنده الكف عن القتل وقوله إلا بحقها حتى لا يظن أن الدم إذا حقن بالشهادتين لم يجز استباحته لمعنى آخر ٥ وقوله وحسابهم على الله معناه أني متعبد بحكم الظاهر والله أعلم أخذهم على الباطن ٥ وأما قوله أمرت بقتال اليهود والنصارى وهو عليه السلام مأمور بقتال جميع الكفار وإنما ذكرهم لا لينبه على عزمهم ألا ترى أنه وصف اليهود بالغضب والنصارى بالضلال وهذا موجود في حكم الكفار ٥ وأما قوله لله خمس الغنيمة فمعناه أنه يصرف في وجوه القرب المتقرب بها إلى الله تعالى وقوله وأربعة أخماسه للجيش يدل على أن ما سوى الخمس للغانمين ٥ وأما قوله ما أحد أولى به من أحد حتى السهم يخرجه من جنبك تغليظ في باب الغلول في أخبار كثيرة وذكر عمرو بن عنبسة قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى جنب بعير من الغنيمة فلما سلم أخذ وبرة من جنب البعير ثم قال لا يحل لي من غنائمكم مثل هذا إلا الخمس والخمس مردود فيكم وهذا يدل على أن النبي عليه السلام له سهم في الغنيمة وهو خمس الخمس وما سوى ذلك لا حق له فيه وقوله هو مردود فيكم لأن النبي عليه السلام كان يصرفه في المصالح ٥ وذكر عن عبادة بن الصامت قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين إلى جنب بعير من المقاسم ثم تناول سنام البعير فأخذ قردة منها فجعلها بين إصبعيه ثم قال يا أيها الناس إن هذه من غنائمكم فأدوا الخيط والمخيط وما دون ذلك وما فوق ذلك فإن الغلول عار على أهله يوم القيامة وشنار وهذا تغليظ في الغلول ومنع من الانفراد بشيء من المغنم دون الغانمين قل أو كثر ٥

باب قسمة الغنائم

قال الله تعالى واعلموا أن ما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى الآية وأما ذكر اسم الله تعالى فهو على طريق التبرك باسمه وقال أبو العالية يقسم الخمس على ستة أسهم منها لله تعالى سهم يصرف إلى عمارة الكعبة وهذا غلط والدليل عليه ما روي عن الحسن بن محمد قال هذا من مفاتح الكلام ليس لله سهم لله الدنيا والآخرة ويجوز أن يكون ذكر اسم الله تعالى ليبين أن الخمس مصروف إلى وجوه القرب دون غيرها كما قال في مال الزكاة أنه لله ولأن الأمة بعد النبي صلى الله عليه وسلم لم يفردوا هذا السهم ولو أفردوه لنقل من طريق الاستفاضة فلما لم ينقل دل على أنه لا سهم لله تعالى ٥ فأما النبي صلى الله عليه فقد كان له سهم وهو خمس الخمس وقال عمر بن عبد العزيز لم يكن له سهم ومعنى قوله وللرسول أي أن التدبير في الخمس للنبي عليه السلام وهذا ليس بصحيح لأن النبي عليه السلام قال ما لي فيما أفاء الله عليكم إلا الخمس وهذه الإضافة تدل على الاستحقاق إلا أن يمنع منه مانع ثم اختلفوا في هذا السهم بعد النبي عليه السلام فقال أصحابنا سقط بموته وقال الشافعي لا يسقط هو للإمام بعده ومنهم من قال يجعل في الكراع والسلاح والدليل على ما قلنا قوله عليه السلام والخمس مردود فيكم وهذا يدل على أنه رجع إلى الجماعة وذلك لا يكون إلا على قولنا ولأنه عليه السلام كان يستحق من الغنيمة الصفي والخمس فإذا سقط الصفي بموته فكذلك الخمس ٥ ولأن سهم النبي عليه السلام لو كان باقياً لأفرده الأئمة بعده وصرفوه في استحقاقه ولو فعلوا ذلك لنقل من طريق الاستفاضة فأما سهم ذوي القربى فهو عندنا لفقرائهم يستحق بالفقر وكان أبو بكر الرازي يقول إنهم استحقوه في زمن النبي صلى الله عليه بالنصرة وبعده بالفقر وقال الشافعي يستحقونه بالاسم لنا أن النبي صلى الله عليه أعطى بني المطلب وحرم بني أمية وهم إليه أقرب لأن أمية كان أخا هاشم لأبيه وأمه والمطلب أخوه لأبيه فلو كان الاستحقاق بالقرابة لكان بنو أمية أولى ٥ وقد روي أن جبير بن مطعم وعثمان بن عفان مشيا إلى النبي عليه السلام فقالا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله فيهم أرأيت بني المطلب أعطيتهم وحرمتنا ومنعتنا وإنما نحن وهم منزلة فقال إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد وشبك بين أصابعه فهذا

يدل

يدل على أن الاستحقاق بغير القرابة ولهذا الخبر قال أبو بكر الرازي إنهم كانوا يستحقون في زمن النبي عليه السلام بالنصرة ٥ وقد روي أن نجدة الحروري كتب إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذوي القربى لمن هو فكتب إليه هو لنا أهل البيت وقد كان عمر دعانا أن ينكح منه أيمنا ويخدم منه عائلنا ويقضي منه عن غارمنا فأبينا عليه إلا أن يسلمه لنا وأبى ذلك علينا فتركناه وهذا يدل على أنهم لا يستحقونه بالاسم لأن عمر فعل هذا بحضرة الصحابة من غير خلاف ٥ وروي أن أبا جعفر محمد بن علي سئل أن ابن علي بن أبي طالب حين ولي العراق وما ولي من أمر الناس كيف صنع في أمر ذوي القربى قال سلك بهم سبيل أبي بكر وعمر قال قلت وأنتم تقولون ما يقولون قال والله ما كان أهله يصدرون إلا عن رأيه قلت فما منعه قال كره أن يدعى عليه خلاف أبي بكر وعمر وهذا يدل على أن علياً سلك سبيلهما ولو كان حقاً للأغنياء والفقراء لم يسقط حق المستحق وإن خالف ذلك رأيهما ٥ ويدل على ذلك ما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى قال سمعت علياً يقول اجتمعت أنا والعباس وفاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه فقال العباس يا رسول الله كبرت سني ودق عظمي وركبتني مؤنة فإن رأيت أن تأمر لي بكذا وكذا وسقاً من طعام فافعل قال قد فعلت ذلك ثم قالت فاطمة يا رسول الله أنا منك بالمنزلة التي علمت فإن رأيت أن تأمر لي كما أمرت لعمك فافعل قال فعل ذلك ثم قال تريد بن حارثة يا رسول الله كنت أعطيتني أرضاً أعيش منها ثم قبضتها مني فإن رأيت أن تردها علي فافعل قال فعل ذلك فقلت يعني علي بن أبي طالب يا رسول الله إن رأيت أن توليني حقنا من الخمس في كتاب الله تعالى فأقسمه حياتك حتى لا ينازعنيه أحد بعدك فافعل قال فعل ذلك قال فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه ثم ولانيه أبو بكر فقسمته حياة أبي بكر ثم ولانيه عمر فقسمته حياة عمر حتى كان آخر سنة من سني عمر فأتاه مال كثير فعزل حقنا ثم أرسله إلي فقال هذا حقكم فخذه فاقسمه كما كنت تقسم فقلت يا أمير المؤمنين بنا عنه العام غنى وبالمسلمين إليه حاجة فرده عليهم تلك السنة ثم لم يدعنا إليه أحد بعد عمر حتى قمت مقامي هذا فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال يا علي لقد حرمتنا شيئاً لا يرد علينا إلى يوم القيامة وكان رجلاً داهياً وهذا يدل على استحقاقهم بالحاجة ألا ترى أنهم لو استحقوه بالاسم لم يجز لعلي إسقاط حقهم بغير رضاهم ولم يفعل ذلك عمر ٥ وروي عن مجاهد قال كان بآل محمد صلى الله عليه لا تحل لهم الصدقة فجعل لهم سهم ذوي القربى ٥ وعن عبد الله بن الحسن قال لما منعنا الصدقة جعل بدلها سهم ذوي القربى خمس الخمس ومعلوم أن الصدقة حرمت على فقرائهم فدل على أن خمس الخمس لمن حرم الصدقة ٥ ولأن الخمس محرم على أغنياء غير بني هاشم وكان محرماً على أغنيائهم كالزكوة ٥ فإذا ثبت أن الله تعالى لا سهم له وأن سهم النبي عليه السلام سقط وأن سهم ذوي القربى يستحقونه بالفقر وجب قسمة الخمس على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ويدخل ذوو القربى فيهم ٥

باب ما ذهب إليه أصحابنا في ذلك

قال علي بن الجعد وبشر بن الوليد في قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء قال هذا فيما يغنمه عسكر أهل الشرك من الغنائم فالخمس فيها على ما سمى الله تعالى في كتابه وأربعة أخماس منها بين الجند الذين أصابوا ذلك والخمس يقسم على خمسة أسهم خمس الله والرسول واحد وخمس ذوي القربى لكل صنف سمى الله تعالى خمس الخمس وهذا إنما كان يقسم عليه في زمن النبي صلى الله عليه قال أبو يوسف فأما الفيء فهو الخراج عندنا والله أعلم وهذا أصح لأن الفيء ما رده الله علينا من أموال الكفار من غير قتال ٥ قال في الأصل يقسم الإمام الخمس على ما سمى الله تعالى في كتابه وقد بلغنا عن أبي بكر وعمر وعلي أنهم كانوا يقسمون الخمس على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ٥ وقال الحسن عن أبي حنيفة يقسم الخمس على ثلاثة أسهم وقال ابن شجاع في المجرد عن أبي حنيفة كان أبو حنيفة رحمه الله يقسم الخمس ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ثم قال عقيب هذا واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه إنما هو مفتاح الكلام وقوله وللرسول ولذي القربى فقد رفع سهم رسول الله صلى الله عليه حين قبض وسهم قرابته الذين كانوا معه يومئذ فقد رفع حيث ماتوا وتقسم الأربعة الأخماس بين العسكر قال أبو الحسن إن سهم ذوي القربى سقط بموتهم لا أعلمه من تفسير ابن شجاع أو رواية عن أبي حنيفة وقد أجمع أصحابنا على أن سهم ذوي القربى يستحقونه بالفقر ٥ وقال أبو حنيفة الخمس يقسم على ثلاثة أسهم فاستغنى بذكر المساكين عن ذكرهم ٥ وأما قوله إن الأربعة الأخماس للغانمين فلأن الله تعالى أضاف جملة الغنيمة إليهم بقوله واعلموا أنما غنمتم من شيء ثم استثنى منه الخمس بقي الباقي على الإضافة ٥

باب ما للإمام أن يفعله في الغنيمة أو غير ذلك

قال ابن سماعة عن أبي يوسف سألت أبا حنيفة عن الغنيمة يغنمها المسلمون في دار الحرب من المشركين كيف يقسم وهل تقسم في دار الحرب أو بعد ما

تخرجوها إلى دار الإسلام. قال: وإذا أصاب المسلمون غنيمة فلا ينبغي أن تقسم في دار الحرب لأن المسلمين لم يحرزوها
وقال أبو يوسف: إن قسمت في دار الحرب جاز، وأحب إلي أن تخرج إلى دار الإسلام فتقسم. وقال الشافعي: يجوز قسمة
الغنائم في دار الحرب. لنا أن النبي عليه السلام قسم غنائم بدر بالمدينة، ولو جاز قسمتها قبل ذلك لم يؤخرها إلا
برضا الغانمين، لأن الحق لا يجوز تأخيره عن مستحقه مع حاجته إليه إلا بإذنه. ولأن دار الحرب في حكم
يدهم، والمملوك إذا كان في حكم يد من ملك عليه لا يقسم، كالمبيع في يد البائع والمبيع المقبوض بغير إذن البائع.
ولأن الملك غير مستقر فيها بدلالة جواز إسقاط الحق عما شاء منها، وبدليل أنه يجوز الانتفاع بالعلف
والطعام، والقسمة لا تجوز إلا في ملك مستقر. ولأن القسمة في دار الحرب تضر بالمسلمين لأن المدد تنقطع طمعهم
عن المشاركة فلا يلحقوهم فلا يؤمن عليهم كثرة الكفار. وفيه ضرر من وجه آخر وهو أن يجدون في دار الحرب ما
لا ينقسم على جماعتهم كالفرس الواحد والرمح والسيف، فما لم تقسم الغنيمة ضم إليها، وإن قسمت وضع في بيت
المال فلا ينقسم. وإذا كان في ذلك ضرر من هذين الوجهين لم يجز للإمام القسمة. والذي روي عن النبي عليه السلام
أنه قسم غنائم حنين فيها وقسم غنائم بني المصطلق فيها، فإن تلك البقعة فتحت وصارت من دار الإسلام
فالقسمة فيها وفي المدينة سواء. وأما قوله إن الإمام إذا قسم جاز، فلأن هذا موضع يسوغ فيه الاجتهاد
فإذا حكم فيه الإمام بأحد وجهي الاجتهاد نفذ حكمه كسائر مسائل الاجتهاد. قال: فإن لم يجد الإمام
لها حمولة قسمها في دار الحرب. وقد قال أصحابنا إن الإمام يفرقها على الغانمين ليحملوها ثم يجمعها في
دار الإسلام فيقسمها، فتكون هذه القسمة قسمة حمل وليست قسمة تمليك. فإن قال أبو يوسف
بهذا فهو قولهم، وإن أراد قسمة التمليك فلأنه يقول الأولى أن يقسم في دار الإسلام، فإذا تعذر الحمل
جاز ترك الأولى للعذر. قال: وإذا ظهر الإمام على بلاد أهل الشرك فهو بالخيار، يفعل الذي يرى أنه
أفضل وخير للمسلمين: إن رأى أن يخمس الأرض والمتاع ويقسم أربعة أخماسه بين الجند الذين فتحوها
فعل، وقسم الخمس على ثلاثة أسهم. وإن رأى أن يترك الأرض ويترك أهلها فيها ويجعلهم ذمة
ويضع عليهم وعلى أرضهم الخراج فعل، كما صنع عمر بن الخطاب في السواد. قال أبو الحسن: وهذا إجماع
من أصحابنا في الأرض، والأصل في جواز قسمتها أن النبي صلى الله عليه قسم خيبر بين الغانمين، ولأن الأرض
مال مغنوم فيجوز قسمتها كسائر الأموال، وكذلك الرقاب لأن الحق الذي تعلق بهم فصاروا في معنى
الأموال فجاز قسمتهم. وأما جواز تركهم وإقرارهم على أرضهم بالجزية والخراج فلأن النبي عليه السلام
فتح مكة وترك ما فيها من رباعها وأموالها على [illegible] مكة تجاور الحرم وفيه أموال كثيرة من النخل والشجر
والمياه، وافتتح النبي عليه السلام بني قريظة والنضير فلم يقسم شيئاً منها، وافتتح المسلمون أرض العراق والشام
ومصر فلم يقسمها أصحاب رسول الله صلى الله عليه ووضعوا عليها الخراج وعلى أهلها الجزية. فإن رأى الإمام
أن ذلك أصلح جاز أن يفعله اقتداء بالأئمة الراشدين، ولأن أهل الأرض قد يكونوا أعلم بعمارتها، فإذا
قسمت بين المسلمين خربت ولم ينتفع بها، وإذا أقر أهلها انتفع بخراجها فكان ذلك أولى. قال محمد
في السير: فإن أسلم أهلها قبل القسمة فإن رأى الإمام قسمتهم فهم عبيد لأنهم أسلموا بعد القهر، وإن
رأى أن يتركهم في أرضهم يؤدون الخراج فهم أحرار، وذلك لأن الإمام ثبت له فيهم ثلاث خيارات: إن
شاء قتلهم، وإن شاء استرقهم، وإن شاء أقرهم. والدليل على جواز قتل الأسرى بعد تقضي الحرب خلاف
ما قال مجاهد أن النبي عليه السلام قتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن شميل بعد ما حصلا في يديه، وقتل بني قريظة
بعد ثبوت اليد عليهم، ولأنه قد لا يؤمن منهم الغدر والعود إلى دار الحرب، ففي قتلهم احتياط للمسلمين. وإذا
ثبت هذا فمتى أسلموا سقط القتل كما لو أسلموا قبل الأخذ، وإذا سقط القتل بقي الخيار في الاسترقاق
والإقرار. ولا يجوز أن يقال إن الاسترقاق لا يجوز أن يبتدأ مع الإسلام لأنه عقوبة كالقتل، وذلك
لأن الاسترقاق يبتدأ مع الإسلام بدلالة ولد المملوك يثبت الرق فيه ابتداء وهو مسلم، ولأن حق
الاسترقاق تعلق برقابهم بالأخذ، فإذا أراد الإمام استرقهم بالسبب السابق وكأنه استرقهم قبل
الإسلام. وقال ابن سماعة في موضع آخر من النوادر: سمعت أبا يوسف قال في غنيمة العسكر من
أهل الشرك: أربعة أخماسها للذين غنموها يقسم ذلك الإمام بينهم، وأما الخمس فيقسم بين الذين سمى
الله لهم. وما افتتح عنوة من القرى والمدائن بدأ الإمام في ذلك بالخيار: إن شاء خمسها وقسم أربعة
أخماسها بين الذين افتتحوها على قسمة الغنيمة، وكان الخمس على خمس الغنيمة من سهامها الله. ولو أن
وضع الخمس في صنف واحد فرأى ذلك فإنه مستقيم، ألا ترى أن الصدقة مجزأة على ثمانية أجزاء
في كتاب الله فإن وضعها في صنف واحد فهو مستقيم، وهذا كله قد بيناه. لأن قولنا أن الخمس يجوز
وضعه في صنف واحد، والدليل عليه أن الأصناف جهة للصرف والمقصود، فجاز أن يدفع إلى صنف
واحد كالزكاة. وإنما احتج أبو يوسف بالزكاة على الخمس لأن المسألة كانت إجماعاً في عصره، وإنما حدث
خلاف الشافعي من بعده ولم ينقل بقوله أحد ممن تقدمه فلذلك لم يعتد بخلافه. قال أبو يوسف:
هذه الأرضون المفتتحة إذا قسمت فهي أرض عشر، وذلك لأنه إذا قسمها ملكها المسلمون، فالحق الموضوع

حق يبتدأ به المسلم، والمسلم يبتدأ بالعشر ولا يبتدأ بالخراج. وأما إذا أقر أهلها عليها فهو على وجهين: إن
كانت من أرض العرب وضع عليها العشر، لأن النبي صلى الله عليه والأئمة من بعده لم يضعوا على أرض العرب
خراجاً، فدل على أنها عشرية. ولا يقال أليس قد كان يجوز إقرار أهل الكتاب من العرب على أرضهم فلا جاز
أخذ الخراج منهم؟ قيل له: لم يقر أحداً من أهل على المقام في أرض العرب على التأبيد، وإنما أقرهم عليه السلام إلى مدة
ولذلك أجلاهم عمر، فصار ذلك الإقرار غير مستقر فلذلك لم يجز وضع الخراج. وأما إذا كانت الأرض من غير
العرب وضع عليها الخراج لإجماع الصحابة على وضع الخراج على العراق والشام. قال أبو يوسف محتجاً على
جواز ترك القسمة: وقد أنزل الله تعالى في كتابه ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول﴾ ثم
قال ﴿للفقراء المهاجرين﴾ ثم قال ﴿والذين تبوءوا الدار والإيمان من قبلهم﴾ فهم الأنصار، ثم قال ﴿والذين جاءوا
من بعدهم﴾ فهذا إلى يوم القيامة. بلغنا أن عمر تأول هذه الآية فيما ترك من ذلك، وهذا صحيح لأن عمر
احتج على من طالبه بقسمة السواد بقوله ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾، قال: ولو قسمته بينكم لم يبق لمن بعدكم
حق، فرجعوا إلى قوله وأجمعوا عليه. قال أبو الحسن: وليس في الجزية خمس، وكذلك القرى إذا تركت
في أيدي أهلها. واستدل على ذلك بأن رسول الله صلى الله عليه أخذ الجزية من أهل نجران والجزية من مجوس
هجر فلم يأمر في ذلك بخمس، وكان ذلك بين جماعة المسلمين، وفرض على أهل اليمن على كل حالم ديناراً لم يكن
في ذلك خمس. وهذا الاستدلال صحيح، وهو إجماع الأمة، حتى قال الشافعي فخرج به عن الإجماع: أن الجزية
فيها خمس. وهذا خلاف غير معتد به لما ذكرنا من الخبر والإجماع. قال أبو الحسن: وهذا قول لم يقل به أحد
من أهل العلم ولا أفتى به إلا بعض المتأخرين بعد سنة مائتين. قال: أقوال إلا خالف فيها الأمة، منها
أن مكة افتتحت صلحاً، وهو غير صحيح لأن المرجع في الفتوح وصفتها إلى أهل السير، وقد أجمعوا على
أن مكة فتحت عنوة، فلم يجز القول بما خالف النقل المستفيض. ولأن الله تعالى منّ على نبيه بالفتح والتمكين
من قريش والغلبة، فلو كان دخلها لم يكن ذلك فتحاً ولا غلبة. ولأنه عليه السلام دخلها مقاتلاً وعليه مغفر وعبأ
العسكر، وقاتل خالد بن الوليد الناس في أسفل مكة، فقيل للنبي عليه السلام إن قريشاً أوبشت أوباشها،
فقال: احصدوهم حصداً حتى يلقوني على الصفا. فقال شاعرهم: إنك لو شهدتنا بالخندمة، إذ فر
صفوان وفر عكرمة، وأبو يزيد كالعجوز المؤتمة، وجلدتنا بالسيوف المسلمة، لم تنطقي في
اللوم أدنى كلمة. وقال النبي عليه السلام بعد ما دخل مكة: من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن
تعلق بأستار الكعبة فهو آمن، ومن ألقى سلاحه فهو آمن. فلو كان الصلح قد سبق وتم الأمان
للقوم ودخل عليه السلام على ذلك لم يكن لهذا القول معنى. وروي أنه وقف على باب البيت وقال:
ما تظنون أني صانع بكم؟ فقالوا: أخ كريم وابن أخ كريم، ملكت فاصنع ما شئت. فقال لهم: أقول لكم ما قال أخي
يوسف: لا تثريب عليكم اليوم. ولو كان دخل صلحاً لم يجز أن يقولوا اصنع ما شئت. وتعلق الشافعي
في هذه المسألة بما نقل أن النبي عليه السلام أمن سفيان، ولا حجة فيه لأنه لم ينقل أن القوم قبلوا ذلك، ولو
قبلوه لم يمتنع الحكم به بعد الدخول، فصار وجود ذلك وعدمه سواء. ولا يقال إن النساء خرجن
يلطمن وجوه الخيل بالخمر، فاستشهد النبي عليه السلام بأبيات حسان رضي الله عنه:
تأذنها الأعنة مسرعات ... يلطمهن بالخمر النساء. وهذا هو الحجة عليهم، لأن النساء يفعلن ذلك
تعييراً للرجال بترك القتال وتخويفاً لهم من وجوه الخيل، فلم يكن [illegible] لأن الرجال يضربونها بالسيوف،
وليس في ذلك دلالة على الصلح بل هو يدل على ضده.

باب قسمة الغنيمة

قال أبو الحسن: قد ذكرنا قسمة الخمس فيما تقدم، وتقسم الأربعة الأخماس على الجيش، يعطى الفارس سهمين:
سهماً له وسهماً لفرسه، وهذا قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد، وهو قول أهل العراق من أهل
الكوفة والبصرة. وقال أبو يوسف ومحمد: يعطى الفارس ثلاثة أسهم، سهماً له وسهمين لفرسه،
وهو قول أهل الحجاز وأهل الشام. وجه قول أبي حنيفة أن [illegible] الفارس
لأنه آلة الحرب كالسلاح، ولما لم يفاضل بالسلاح [illegible] وقد اختلفت الأخبار، فروي في بعضها أن
النبي عليه السلام أعطى الفارس سهمين سهماً له وسهماً لفرسه، وروي أنه أعطاه ثلاثة أسهم، فلما اختلفت
الأخبار أسقط ما اختلف فيه وأثبت ما اتفق عليه وجعل الزيادة على الفارس. ولأن الانتفاع بالفارس
أعظم من الانتفاع بالفرس، لأن الفرس لا ينفرد بالقتال والفارس ينفرد فيقاتل، فلم يجز
أن يستحق بالفرس أكثر مما يستحق صاحبه. وقد روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه
قسم للفارس سهمين وللراجل سهماً. وروى محمد بن يعقوب عن مجمع بن جارية قال: شهدت
خيبر مع رسول الله صلى الله عليه فكانت سهامها على ثمانية عشر سهماً، وكانت الخيل ثلاثمائة فرس
والرجالة ألف ومائتين، فأعطى النبي عليه السلام الفارس سهماً وفرسه سهماً. وعن المقداد أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم له يوم بدر سهما ولفرسه سهما وجه قولهما ما روي نافع عن ابن عمر ان النبي عليه السلام
اسهم للرجل وفرسه ثلثه اسهم سهما له وسهمين لفرسه والجواب ان الرواية قد تعارضت عن ابن عمر
وروي عن غيره من غير تعارض فكان ما وافق من روايته رواية غيره اولى ۞ فصل والعتيق من الخيل والمقرف
والبرذون سواء لا نفضل بعض الخيل على بعض وهو قول اهل العراق واهل الحجاز وقال اهل الشام لا يسهم للبراذين
والمقرف الذي احد ابويه برذون والاخر عتيق وكذلك الهجين والدليل على ما قلناه ان اسم الخيل يشتمل العراب
والبراذين ولهذا قال النبي عليه السلام الخيل في نواصيها الخير الى يوم القيامة يعني الجهاد واذا ثبت ان لها اسم الخيل
صارت كالعراب ۞ ولان البرذون قد ينتفع به من وجه لا ينتفع بالعتيق والعتيق ينتفع به من وجه لا ينتفع
بالبرذون لان العتيق يصلح للطلب والهرب والبرذون اثبت على حمل السلاح واكثر انعطافا في القتال واذا كان
في كل واحد منهما منفعة تختص بالقتال تساويا ۞ والذي روي ان الخيل اغارت بالشام وعلى الناس رجل
من همدان يقال له المنذر بن ابي حمصة فادركت العراب من يومها وادركت الكوادن من ضحى الغد فقال لا
اجعل من ادركت كمن لم يدرك وكتب الى عمر فكتب عمر هبلت الوادعي امه لقد اذكرت به امضوها على ما
قال فلا دلالة فيه لان الامير حكم في موضع يسوغ فيه الاجتهاد فلم ينقض عمر حكمه ۞ فصل ولا يسهم في
قول ابي حنيفة ومحمد والحسن بن زياد لاكثر من فرس وقال ابو يوسف يسهم لفرسين ولا يسهم لثلثة وجه
قولهم ما روى ابرهيم بن الحرث التيمي عن ابيه عن جده قال حضر الزبير بن العوام خيبر بافراس فلم يسهم النبي عليه السلام
له الا لفرس واحد ولان الفرس الواحد يحتاج اليه للقتال وما زاد عليه لا يدعو الحاجة اليه فصار الفرس الثاني
كالثالث وجه قول ابي يوسف ما روي ان النبي عليه السلام اسهم يوم خيبر لفرسين ولان الفارس يحتاج الى
الفرس الثاني يعاقب عليه اذا اعيا فرسه فصار الثاني كالاول والجواب بما قدمنا ان القياس يمنع من الاسهام
للخيل ولما روي ان النبي عليه السلام لم يسهم للزبير الا لفرس واحد وروي انه اسهم يوم خيبر لفرسين اسقطنا ما
حصل فيه المعارضة بالقياس وبقينا المتفق عليه ۞ فصل قال والفارس من اوجف على بلاد العدو
بفرس فدخل فارسا وبقي الفرس معه حتى حصلت القسمة او مات الفرس حين دخل او اخذه العدو قبل حصول
الغنيمة او بعدها وسواء كان مكتوبا في الديوان فارسا او راجلا ۞ وقال الشافعي اذا مات فرسه قبل القتال
فهو راجل لنا ان المعتبر في الخيل الايجاف على ارض العدو بدلالة قوله تعالى وما افاء الله على رسوله منهم فما اوجفتم
عليه من خيل ولا ركاب فدل على ان الايجاف سبب الاستحقاق ولان الله تعالى جعل الدخول في ارض العدو
كاصابة العدو بدلالة قوله تعالى ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلا الا كتب لهم به عمل صالح فاذا
دخل فارسا فله سهم الفارس اعتبارا بحال الدخول ولان المقصود من الخيل ارهاب العدو وليس المقصود
القتال عليها بدلالة ان من دخل فارسا فقاتل راجلا استحق سهم الفارس وارهاب العدو يحصل بالدخول الا
ترى انهم يبلغهم حال الدخول العدد فيقولون دخل كذا وكذا فارسا وكذا وكذا راجلا واذا حصل المقصود ولم
يسقط المستحق حقه وجب له السهم ۞ قال وان دخل راجلا ثم اصاب فرسا اشتراه او استعاره او وهب
له فله سهم راجل لما بينا ان المعتبر حال الدخول فاذا دخل راجلا لم يعتبر حاله بحصول الفرس ۞ قال فان
دخل فارسا ثم باع فرسه او اجره او وهبه او اعاره فقاتل وهو راجل فاصابوا غنيمة فان الحسن بن زياد
روى عن ابي حنيفة انه يضرب له بسهم الفارس وقال محمد في السير الكبير اذا باع فرسه بطل سهم الفرس
ويأخذ سهم راجل ولم يحك عن غيره فيه شيئا ۞ وجه رواية الحسن ان سبب الاستحقاق حصل فبيع الفرس
كموته وجه قول محمد ان بيعه لفرسه رضا باسقاط حقه فصار كما لو قتل في الوقعة ۞ قال الحسن واذا
دخل وهو راجل ثم اشترى فرسا او وهب له قبل ان يغنم اهل العسكر شيئا ثم قاتل معهم حتى غنموا ضرب
له بسهم فارس وكذلك لو استاجر فرسا او استعاره فقاتل حتى غنموا وجه قول الحسن ان المقصود
حال الدخول فاذا وجب ان يضرب له اذا حصل عند الدخول فعند القتال اولى ۞ فصل واذا غزا المسلمون
في السفن فاصابوا غنائم فهم وغيرهم في البر سواء من دخل منهم دار الحرب ومعه فرس فله سهم الفارس وذلك
لان النبي صلى الله عليه اسهم للخيل بخيبر وكانت حصونا لم يقدروا على القتال بالخيل وانما قاتلوا رجالا فاسهم للخيل لهم
ولان الخيل في السفن يحتاج اليها اذا قدموا الى جزيرة او ساحل فصارت كالبر فيسهم لهم ۞ فصل
قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يسهم لصبي ولا امرأة ولا عبد ومن قاتل منهم رضخ له من الغنيمة ولا
يبلغ به السهم وكذلك الذمي اذا قاتل مع المسلمين رضخ له ولا يبلغ به سهم ۞ وجملة هذا ان كل من لا
يلزمه القتال في غير حال الضرورة لا يسهم له ومن يلزمه القتال يسهم له ۞ والدليل عليه ما روى يزيد بن هرمز
ان النبي عليه السلام كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان ۞ وعن ابن عباس في العبد والمراة يحضران مع
الناس قال ليس لهما سهم وقد يرضخ لهما وروي عن النبي عليه السلام انه قال لا تجعلهم كاهل الجهاد وروي عن
فضالة بن عبيد قال كان النبي عليه السلام لا يسهم للمملوكين ولان من لا يلزمه القتال في غير حال الضرورة فليس
من اهله فلو اسهمناهم لسوينا سهمهم وسهم اهل القتال وذلك لا يجوز فان قيل الكافر مخاطب
بالشرعيات اذا قاتل فهو من اهل الوجوب قيل له الكافر عندنا مخاطب بشرط تقدم الاسلام فما فعله

قبل الاسلام لم يعتد به كسائر العبادات ۞ قال ولا يسهم للتجار ولا للاجراء فان قاتل التجار مع اهل العسكر
استحقوا السهمان كما استحق ذلك اهل العسكر الفارس سهم فارس والراجل سهم راجل ۞ وان قاتل الاجير
مع العسكر قال محمد ان ترك خدمة صاحبه وقاتل استحق السهمان كما استحق ذلك اهل العسكر وان لم يترك
ذلك فلا شيء له في الغنيمة ولا يجتمع له اجر ونصيب في الغنيمة وجملة هذا ان من دخل للقتال استحق السهم قاتل
او لم يقاتل ومن دخل لغير القتال لم يستحق السهم الا ان يقاتل وهو من اهل القتال فلم يسهم له الا ان يفعل
القتال فيصير بفعله كمن دخل للقتال ولذلك الاجير انما دخل لخدمة المستاجر ولم يدخل للقتال فاذا ترك الخدمة
وقاتل صار كاهل العسكر ۞ وقد روي ان عبد الرحمن بن عوف استاجر اجيرا بثلثة دنانير فلما فتح الله على نبيه
قال رسول الله صلى الله عليه هذه حظك من الدنيا والاخرة واما قول محمد انه لا يجتمع الاجر والسهم فانما يريد بذلك
انه اذا ترك الخدمة وقاتل سقطت الاجرة واستحق السهم فاما اجرة ما قبل ذلك فاستحقاقها لا يمنع من
اخذ السهم ۞ قال ومن دخل مقاتلا مع العسكر فقاتل او لم يقاتل فمرض او غيره فله سهمان ان كان فارسا
ففارس وان كان راجلا فراجل وذلك لانه لما دخل القتال صار من اهله فلا يعتبر فعله للقتال ولان الشبان
يوم بدر نشطوا وقام غيرهم واشتركوا في الغنيمة فدل على ان الاستحقاق لا يقف على فعل القتال في الغنيمة

باب الجيش يلحق الجيش فغنموا هل يشتركون في الغنيمة

قال اصحابنا في جيش دخلوا دار الحرب فغنموا غنائم ولم يخرجوها الى دار الاسلام حتى لحقهم جيش اخر
فخرجوا معهم بالغنائم الى دار الاسلام فانهم جميعا يشتركون في الغنيمة وقال الشافعي اذا ادركهم بعد تقضي
القتال لم يشتركوا لنا ما روي ان عمر بن الخطاب كتب الى سعد بن وقاص اذا ادركك جيش قبل ان يتفقا
القتلى فهم شركاء في الغنيمة ۞ ولان حق الغانمين لم يستقر فيها قبل الاحراز بدلالة جواز الانتفاع بالطعام
والعلف منها فصار كحال القتال ولان كل حال جاز للعسكر الانتفاع بالعلف والطعام شاركهم المدد
كحال القتال ۞ واذا ثبت انهم يشاركونهم لم ينقطع حق الشركة الا باحد معاني ثلثة احدها ان يخرج المسلمون
الغنيمة الى دار الاسلام فمن ادركهم بعد ذلك لم يشاركهم لان حقهم استقر فيها بالحيازة ولهذا
من مات منهم انتقل الى ورثته ولا يجوز لاحد ان ينتفع بطعام ولا بعلف واذا استقر الحق بطل
المشاركة ۞ والفصل الثاني ان يقسم الامام الغنائم في دار الحرب فلحقهم المدد فلا يشاركونهم
لان الامام اذا قسم فقد ملكهم الغنيمة بالقسمة واستقر الحق فيها وصار ملكا فهو اكد من
الاحراز ۞ والفصل الثالث ان يبيع الامام الغنيمة في دار الحرب فلا يشاركهم المدد
في الثمن لانه لما باع فقد عين ملك الغانمين الا ترى انه لا يجوز البيع الا في ملك مستقر واذا
استقر ملكهم لم يشركهم من لحق بهم ۞ قال ولو ان جيشا من اهل الحرب اغار في دار الاسلام فلقيهم
المسلمون فظهروا عليهم واخذوا ما كان معهم من دوابهم وسلاحهم وسلبهم ثم لحقهم قوم
اخرون من المسلمين لم يشركوا الاولين وذلك لان هذه الغنيمة تصير محرزة بالدار بنفس الاخذ
فتصير كغنيمة دار الحرب اذا حملت الى دار الاسلام ۞ وقد قال اصحابنا ان المسلمين اذا دخلوا
دار الحرب ففتحوا بلدا منها وقهروا اهلها واستظهروا عليهم ثم لحقهم مدد لم يشاركوهم لان
هذا البلد صار بالقهر والغلبة من جملة دار الاسلام فتصير الغنيمة محرزة فيه فلا يشركهم من
يلحقهم كما لا يشركهم اذا اخرجوا الى دار الاسلام ۞

باب ما يجوز الانتفاع به من الغنيمة

قال واذا اصاب المسلمون غنائم في دار الحرب فلم يخرجوا الى دار الاسلام فلا باس ان ياكلوا
ما كان ماكولا ويشربوا ما كان مشروبا ويعلفوا دوابهم ما كان فيه من العلف وذلك لما روى عبد الله بن
المغفل قال دلي علي جراب من شحم يوم خيبر فاتيته فالتزمته وقلت لا اعطي من هذا احدا اليوم
شيئا فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه يتبسم ۞ وعن ابن عمر ان جيشا غنموا في زمان النبي عليه السلام طعاما وعسلا
فلم يأخذ منهم الخمس ۞ وعن ابن ابي اوفى ان الطعام يوم خيبر لم يخمس كان الرجل اذا احتاج الى شيء ذهب
فاخذه ۞ وروي ان امير الجيش بالشام كتب الى عمر انا دخلنا الى ارض كثيرة الطعام واني كرهت ان
اقدم على شيء الا بامرك فكتب اليه مرهم فليأكلوا وليعلفوا ولا يبيعوه بذهب ولا فضة فمن باع
بذهب او فضة وجب فيه الخمس ۞ ولان المسلمين يتعذر عليهم حمل الطعام والعلف من دار الاسلام
ولا يبيعهم اهل الحرب فلو لم يجز ان ياكلوها ويعلفوا لضاق عليهم الامر وهذا لا يبيح ولان الطعام
لا يقع فيه المنازعة في الغالب ولا يمكن حمله الى دار الاسلام لانه يفسد فلذلك جاز الانتفاع به ۞
وقد قال اصحابنا انه يجوز للفقير والغني الانتفاع به لانه على اصل الاباحة كسائر المباحات ۞ قال
ولا ينبغي ان يبيعوا شيئا من ذلك بذهب ولا فضة ولا عروض فان باعوا شيئا من ذلك فليردوه

الى المغنم وذلك لانه ابيح لهم الانتفاع به للحاجة فلم يحل لهم البيع كمن اباح طعاما لغيره وانما اوجب رد الثمن الى الغنيمة لانه صار مالا لا ينتفع فيه البائع بسائر الغنيمة ٥ قال فان لم يبيعوه وخرجوا بشيء من ذلك الى دار الاسلام ردوا ما كان في ايديهم منه الى الغنيمة ان كانت لم تقسم وذلك لانهم اذا اخرجوه الى دار الاسلام زالت الحاجة لانه لا يتعذر عليهم فيها الطعام والعلف والاباحة اذا تعلقت بشرط زالت بزواله ولان الانتفاع لا يجوز بعد استقرار الحق وقد استقر حق الغانمين بالحيازة حتى يورث عنهم فلم يجز لبعضهم ان ينتفع بشيء منه الا باذنهم

قال فان كانت الغنيمة قد قسمت تصدقوا بذلك ان كانوا اغنياء وان كانوا محتاجين انتفعوا به لانه لا يمكن ان يقسم ذلك بين جماعة اهل العسكر فصار كمال لا يمكن ايصاله الى مستحقه فيتصدق به كاللقطة ٥ وان كان الذي هو معه محتاجا انتفع به كما ينتفع الفقير باللقطة وان كان غنيا تصدق به ٥ قال فان انتفعوا بذلك بعد خروجهم الى دار الاسلام باكل او شرب او علف لدوابهم فينبغي له ان كان غنيا ان يتصدق بقيمته بعد القسمة ويرده الى المغنم قبل القسمة وان كان فقيرا رده قبل القسمة ولم يلزمه بعد القسمة شيء وذلك لانه انتفع مما تعلق به حق غيره فكان مضمونا عليه ٥ فان كان غنيا والقسمة لم تقع فقد امكن ايصاله الى مستحقه فيرده الى الغنيمة وان وقعت القسمة فقد تعذر ايصاله الى مستحقه فيتصدق به واما الفقير فيرده قبل القسمة لانه حق للغير قد لزمه يمكن ايصاله اليه وان كان بعد القسمة لم يتصدق به لانه لو تصدق انما يتصدق على من هو في مثل حاله ٥ قال ولا باس بما كان ماكولا مثل السمن والزيت والخل ان يدهن به الرجل في دار الحرب ويمرخ به دابته وذلك لانه انتفع به في فرسه ونفسه فهو كالاكل والعلف ٥ وقد استدل محمد على هذا فقال اذا جاز له الاكل منه جاز الادهان الا ترى انه لو مضغ قصعته بعد الاكل فادهن بها جاز فكذا قبل الاكل ٥ قال وما كان من الادهان لا يوكل مثل البنفسج والخيري وما اشبهها فلا ينبغي ان ينتفع به ويرد الى الغنيمة لان هذا ليس بماكول وانما يستعمل للدنية والتطيب فهو كالثياب ٥ قال وكل شيء لا يوكل ولا يشرب فلا ينبغي ان ينتفع بشيء منه قل او كثر لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ردوا الخيط والمخيط وهذا تنبيه على ما زاد عليه ٥ قال واذا انقطع سيف الرجل وهو يقاتل او انكسر رمحه فلا باس ان ياخذ سيفا من سيوف العدو التي قد غلبوا عليها فيقاتل به فاذا استغنى عنه رده وكذلك ان دعته حاجته الى ركوب فرس من الغنيمة ليقاتل عليه فلا باس ان يفعل ذلك فاذا زالت الحاجة عنه رده الى الغنيمة وذلك لان الانتفاع بالقتال بسلاحهم اكثر من الانتفاع بالعلف والاكل فاذا جاز احد الامرين جاز الاخر ولان الرجل لو رمي بسهم او جرحه فاصابه وليس في يده سلاح لم يمنع ان ياخذها ويدفع بها عن نفسه وان كان انتفع بسلاحهم فكذلك ما غلب عليه ٥ قال ولا ينبغي ان يستعمل شيئا من السلاح ولا الدواب ليقي بذلك سلاحه ودوابه ولا يلبس ثوبا ليقي بذلك ثيابه حتى اذا احبس الدابة واخلق الثوب رده في الغنيمة وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال اياكم وربا الغلول قالوا يا رسول الله وما ربا الغلول قال ان يركب دابة حتى تحبس قبل ان تودى الى المغنم او يلبس ثوبا حتى يخلق قبل ان يودى الى المغنم ولان هذا انتفاع بالمال من غير حاجة فكما لا يجوز اخذه من غير حاجة لا يجوز الانتفاع به ٥ قال واذا وجد رجل من الجيش في دار الحرب شيئا من المباح ليس في يد انسان منهم مثل المعادن والكنوز والخشب والسمك والطير وسائر المباحات التي لها قيمة في دار الحرب او في دار الاسلام اذا اخرجت اليها فذلك كله في الغنيمة وذلك لانه وصل اليهم بظهرهم ومعونتهم وهو مال فصار كسائر الاموال التي يتعذر باخذها وان لم يكن له قيمة في دار الحرب ولا في دار الاسلام فهي له وذلك لان ما لا يتقوم ليس بمال فلا يقع فيه التمانع ويصير كالتراب ٥ قال ولا يدخل في هذا الكلا ولا الماء وذلك لمن اخذه لان النبي عليه السلام قال الناس شركاء في ثلثة الماء والكلا والنار ٥ قال وان اخذ شيئا له قيمة في دار الحرب مثل الخشب فعمله انية رده في الغنيمة وذلك لانه مال في نفسه والعمل فيه ليس بمال متقوم فكانه باق بحاله ٥ قال وان اخذ شيئا لا قيمة له في دار الحرب فعمله قدحا او انا فهو له لانه ليس بمال وانما صار مالا بفعله فملكه ٥ قال وما استهلك من ذلك كله في دار الحرب مما له قيمة او ليس له قيمة او مما يجوز ان ينتفع به او لا يجوز فذلك كله هدر عمن استهلكه من الناس لان الحق فيها لم يستقر فصار كانه اتلفه على اهل الحرب ٥ قال واذا دخل التجار مع العسكر لا يريدون القتال لم يجز للتجار ان ياكلوا من الغنيمة الا بثمن ولا يعلفوا فان فعلوا فلا ضمان عليهم ٥ وما لم يستهلكوه اخذ منهم فرد في الغنيمة لان التاجر لا حق له في الغنيمة فلا يجوز له الاكل منها كما لا سهم له فيها الا انه اذا استهلك شيئا لم يضمنه لان حق المسلمين لم يستقر فيه وما بقي في يده بعينه اخذ منه لانه اخذ بغير حق واما العسكر فلا باس ان يطعموا عبيدهم اذا ادخلوا معهم ليعينوهم على شانهم ٥ وكذلك نساؤهم وصبيانهم لان هولاء نفقتهم واجبة على المقاتل فما يطعمهم كالواصل اليه فكانه اكله بنفسه ٥ واما الاجير للخدمة فلا ياكل لان نفقته لا تجب على المقاتل وانما يستحق الاجرة فهو كالتاجر ٥ قال واذا دخل النساء لمداواة المرضى والجرحى الكلمى واعلفن واطعمن رقيقهن لان المراة لها حق في الغنيمة الا ترى انه يرضخ لها وان كان لا يسهم فصارت كالرجال ٥ قال واذا ادخلوا البقر والغنم

فاكلوها جميعا ردوا الجلود الى الغنيمة لان الجلد مما لا يحتاج اليه للاكل والعلف وانما يحفظ ويدخر فصار كالثياب

باب قتل الاسرى والمن عليهم

قال محمد رحمه الله اذا اسر المسلمون الاسرى من المشركين من الرجال واخرجوهم الى دار الاسلام او لم يخرجوهم فان شاء الامام قتلهم وان شاء خمسهم وقسمهم بين من اصابهم والاصل في جواز قتل الاسرى بعد تقضي الحرب ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل عقبة بن ابي معيط يوم بدر ومن على ابي عزة الشاعر على ان لا يقاتله فرجع الى مكة وحضر في احد فامر بقتله النبي عليه السلام ولان في قتلهم مصلحة اذا راى الامام ذلك لما يخاف من غدرهم بالمسلمين فجاز قتلهم كحال الحرب وانما جاز ان يقسمهم لان الاسترقاق يجوز في الكفار اذا لم يكونوا من عبدة الاوثان من العرب واذا راى الامام قسمتهم لما فيه من المصلحة للمسلمين جاز له ذلك وقسمهم كما يقسم سائر الاموال ٥ قال وايما رجل من المسلمين قتل رجلا من الاسرى في دار الاسلام او في دار الحرب قبل ان يقتسموا ويباعوا فلا شيء عليه من دية ولا قيمة ولا كفارة وذلك لان القتل يستحق في الاسرى بدلالة ان للامام اختيار ذلك فاذا قتله قاتل وقع الموقع المستحق ولان دماءهم لم تحرز بدار الاسلام فهي على اصل الاباحة فكانه قتلهم في حال الوقعة فلا يجب عليه قود ولا دية ولا كفارة ٥ قال فان قسمهم الامام او باعهم حرمت دماؤهم فان قتلهم قاتل غرم قيمة من قتل وكانت الكفارة عليه اذا قتله خطا وذلك لان القسمة والبيع تقرير الرق واسقاط حكم القتل فصار القاتل ضامنا كمن قتل عبد غيره ولا يجب عليه القود لان الاباحة التي كانت في الاصل شبهة والقصاص يسقط بالشبهة ٥ قال فان اسلم الاسير قبل ان يقسم حرم دمه وقسم في الغنيمة لان القتل عقوبة على الكفر فيرتفع بالاسلام ولانا انما نقتلهم ليسلموا فاذا اسلموا زال المعنى الذي قتلناهم له ٥ واما القسمة فلان الاسلام لا ينفي الاسترقاق وقد كان الامام بالخيار بين القتل والاسترقاق فسقط احد الخيارين بالاسلام فتعين الاخر ٥ قال وان اسر رجل من المسلمين اسيرا فقتله غيره في يده فاني لا احب ذلك له ولا ضمان عليه ولا كفارة لما روى جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتعاطى احدكم اسير صاحبه فيقتله ولان الذي اسره له اختصاص به فلا يجوز لغيره ازالة يده كالملتقط لما اختص باللقطة لم يجز لغيره اخذه منه ٥ قال فان اسلم في يد الذي اخذه امن من القتل عاد المسلم فلا باس بان يقتله الذي اسره ٥ قال محمد ان اتى به الامام حتى يكون هو الحاكم فيه اذا قوي عليه فهو افضل لانا منعنا غيره من قتله لاختصاصه به وهذا المعنى لا يوجد فيه فجاز له قتله كحال الحرب ٥ وانما كان حمله الى الامام افضل لان الذي اسره وان كان له في يده فحق المسلمين يتعلق به والامر في تدبيره الى الامام لمعنى الاصلح للمسلمين من القتل او الاسترقاق ٥ قال واذا عزم المسلمون على قتل الاسرى فلا ينبغي ان يعذبوهم بالعطش ولا بالجوع ولا غير ذلك بل يقتلوهم قتلا كريما وذلك لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء وان احسن الناس قتلة المسلمون واذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ولما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل بني قريظة في يوم صائف قال لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح لا تقتلوهم حتى يبردوا ٥ قال محمد انما يقتل من بلغ الحلم او تمت له خمسة عشرة سنة فاذا شك فيه ابلغ او لم يبلغ ترك فيمن يقسم ولم يقتل وذلك لان القتل عقوبة على الكفر والصبي لا يعاقب ولان النبي عليه السلام امر بقتل من انبت في سبايا اوطاس وترك من لم ينبت في الذرية ٥ فاما اعتبار خمسة عشر سنة فهو قول محمد واما ابو حنيفة فاعتبر في الغلام ثمانية عشر وفي الجارية سبعة عشر والكلام في هذه المسالة في كتاب الحجر ٥ قال محمد ولا ينبغي للامام ان يمن على الاسرى فيتركهم ولا يقتلهم ولا يقسمهم الا ان يكون من عبدة الاوثان من العرب واذا كان هكذا لم يجر عليه السبي وعرض عليه الاسلام فان ابى ان يسلم قتل وان اسلم فهو حر ولا يجري عليه شيء ٥ وقال الشافعي لا باس بالمن اذا راى الامام ذلك والدليل على امتناعه قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ولانه حصل في ايدينا وتعلق به حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاط حق المسلمين عنه كما لا يجوز اسقاط حقهم عن المال ٥ ولان رده الى دار الحرب اعانة لهم على القتال فصار كرد السلاح اليهم والذي روي ان النبي عليه السلام من على ابي عزة يوم بدر فلان في ذلك الوقت كان يجوز ان يرد اليهم من جاء مسلما فمن كان كافرا اولى وقد نسخ ذلك بقوله اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ٥ وقد قال محمد ان المن بما روي في عبدة الاوثان من العرب وانما جاز ذلك لانهم لا يسترقون فاذا من عليهم لم يسقط حق المسلمين بالمن وهذا يقتضي ان يجوز المن الان في عبدة الاوثان من العرب والظاهر انه لا يجوز لعلة اخرى وهي ما فيه من تقوية اهل الحرب بالرجال والدليل على ان عبدة الاوثان من العرب لا يسترقون ما روي ان النبي عليه السلام قال يوم حنين لو كان يجري على عربي رق لكان اليوم وانما هو الاسلام او السيف ولانهم غلظوا في عداوة النبي عليه السلام فتشدد عليهم ولانه لا يجوز اقرارهم على الكفر بالجزية فكذلك بالرق كالمرتدين ٥ واذا اسر المسلمون اسيرا فهو في حكم العبيد في دار الحرب

كانوا او في دار الاسلام قبل ان يقسموا او يباعوا فان قسمهم الامام صح رقهم وكانوا عبيدا وان تركهم في
ارضهم يودون الخراج فهم احرار ذمة حين جعلهم مقرين في ارضهم يودون الخراج ويجعل على رؤسهم الجزية
وذلك لان حق الاسترقاق يتعلق برقابهم وللامام ان يقتلهم فهم كالعبيد الذي وجب عليه القصاص فلا
يمنع من وجوب القصاص ثبوت حكم الرق ٥ واما اذا راى الامام ان يقرهم على ارضهم ويضع عليهم الخراج
والجزية فهم احرار لان عمر بن الخطاب اقر اهل السواد على املاكهم فلم يسترقهم وذلك بحضرة الصحابة من غير
خلاف ٥ ولا يقال في هذا اسقاط حق المسلمين عن رقابهم فهو كالمن عليهم قلنا ان هذا في حكم الاسقاط
بعوض لانه ترى ان الاراضي قد لا ينتفع المسلمون بها الا بعملهم فيصير ما يحصل منهم من الخراج والجزية كالعوض
عن رقابهم فيجوز والخلاف في المن الذي لا يحصل للمسلمين له عوض ولان هولا يصيرون ذمة في ايدينا
فلا يكون فيهم معونة الكفار بما يختص بالقتال وفي ردهم الى العدو معونة لاهل الحرب فيما يختص بالقتال فلا
يجوز ٥ قال وان كانوا استشهدوا شهادة قبل ان يجعلهم الامام ذمة لم يجز شهادتهم وان اعادوها وهي
على بعضهم جازت وذلك لان الشهادة قبل ان يصيروا ذمة شهادة حربي الا ترى انهم باقون على حكم اهل
الحرب ولذلك يجوز قتلهم وشهادة الحربي في دار الاسلام لا تقبل فاذا صاروا ذمة واعادوا الشهادة على
مثلهم قبلت لان الامام ردها ليست بشهادة فاذا صارت شهادة قبلها كما لو رد شهادة العبد ثم اعتق
فشهد ٥ قال وان اسلم بعضهم قبل ان يجعلهم الامام ذمة اخذ من ارضهم الخراج ولم ياخذ من رؤسهم وكذلك
ان اسلموا كلهم لان الجزية لا تجتمع مع الاسلام وخراج الاراضي يجب على المسلم بدلالة ان من اسلم من اهل السواد
لم يسقط عنه الائمة الخراج فاذا اسلموا ابتداء وقد تعلق بارضهم حق الخراج جاز ان يقرهم الامام عليها ويبتدئهم
به ٥ قال محمد قال ابو حنيفة لو اعتق رجل من الجند ممن له في الاسير نصيب رجلا منهم او امراة او وطئها
فولدت منه وادعا ولدها فالقياس في هذا ان يعتق من اعتق وتكون الجارية ام ولد له والولد ولده ولكن استحسن
ان لا اجيز من ذلك شيئا وادرا عنه الحد واغرمه العقر فيكون في القسمة ولا اثبت نسب الولد ولا اعتقه
ولا اجعل امه ام ولد ووجه القياس ان حق الغانمين ثابت في الذمة فاذا اعتق احدهم فقد اعتق ماله فيه
نصيب فينفذ عتقه كالشريك في العبد واما الاستيلاد فلان له حقا في الرقبة فيصير كحق الاب في
جارية ابنه ووجه الاستحسان ان حق الغانمين لا يستقر الا بالحيازة فلا يثبت ملكهم الا في القسمة او البيع
والعتق لا يقع الا في ملك والاستيلاد لا يثبت الا في حق مستقر وانما اورد محمد هذه المسالة ليبين ان الرق لم
يستقر فيهم فلذلك يجوز القتل والاقرار على الجزية تبعا للارض ٥ وقد قالوا ان الغنيمة لو اخرجت من دار
الحرب لم ينفذ العتق لان حقهم وان استقر فلم يملكوا والعتق لا ينفذ الا في ملك فاما اذا قسم الامام
بين العرفاء فاعتق رجل من اهل عرافة عبدا وقع في سهمهم بعد منعه لان اهل العرافة ملكوا انصباءهم بالقسمة
فجاز عتقهم فيه وقد روي عن ابي يوسف انه قال ان كانوا عشرة فما دون نفذ عتق من اعتق منهم لانه عدد محصور
وان كان عددا كثيرا لم ينفذ العتق والصحيح ما قال ابو حنيفة ان القسمة اذا حصلت بعد العتق لا يعتبر في ذلك العدد كما لا
يعتبر في المباشرة ٥

باب القوم يدخلون دار الحرب ولا منعة لهم باذن الامام او بغير اذنه

قال واذا اذن الامام لرجل او اثنين او ثلثة او اكثر من ذلك ممن لا منعة له
او لا منعة في الغزو والدخول الى ارض الحرب فسبيلهم وسبيل الجيش العظيم الذي يومر عليهم الامام ويغزيهم
ارض الحرب واحد فما اصابوا من غنيمة فخمسها الخمس والباقي لمن اصاب ذلك ان كانوا واحدا او اكثر الا انهم اذا
كانوا جماعة اسهم للفارس سهم فارس وللراجل سهم راجل والقسمة فيهم والقسمة للجيش العظيم واحد
في جميع احوالهم يشتركون فيما اصاب بعضهم او جماعتهم والاصل في هذا الباب ان الجيش العظيم والجماعة
التي لهم منعة اذا دخلوا خمس ما اخذوه وقسمت الغنائم سواء دخلوا باذن الامام او بغير اذنه وذلك لان
ما اخذوه يسمى غنيمة فيدخل تحت قوله واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه ∴ ولان الامام يلزمه نصرتهم
وان دخلوا بغير اذنه لان لا استظهار عليهم يودي الى وهن المسلمين وجرأة الكفار ∴ فاذا لزم نصرتهم صار الماخوذ
بظهر المسلمين ومعونتهم فثبت لهم فيه حق الخمس ∴ واما اذا دخل من لا منعة له باذن الامام فالمروي
المشهور انه يخمس ما اخذوا لان الامام اذا انفذهم فقد التزم نصرتهم وان تلفهم لمن يستنقذهم ان
ظهر عليهم الكفار فما ياخذونه بظهر الجماعة فصار كما لو اخذه الجيش العظيم ∴ وقد روي عنهم انه لا خمس
فيما اخذوه لانهم لا يقدرون على مغالبة الكفار فالماخوذ ليس بغنيمة وانما هو ماخوذ على وجه التلصص
ولا يجب فيه خمس ٥ واما اذا دخل العدد الذين لا منعة لهم بغير اذن الامام لم يخمس ما اخذوا عندنا
وقال الشافعي يخمس لنا ان الماخوذ ليس بغنيمة بدليل ان الغنيمة ما اخذت بالقهر والغلبة والواحد
والاثنان لا غلبة لهم في ارض العدو وانما يستترون بما ياخذونه فصاروا كاللصوص اذا دخلوا دار
الحرب ∴ ولان الامام لا يلزمه نصرتهم لانه لا يامرهم بالدخول وليس في التخلية بين العدو وبينهم
وهن على المسلمين تلزمه النصرة لاجله واذا كان الماخوذ لا صنع للمسلمين في اخذه لم يستحقوا خمسه

كما لا يستحقوا خمس ما يجري التاجر اللص واذا ثبت ان ما ياخذونه ليس بغنيمة فما ياخذه كل واحد منهم
فهو له لا يشركه صاحبه فيه لانه ماخوذ على اصل الاباحة فصار كالصيد والحشيش اذا اجتمع جماعة على
اخذه فلكل واحد منهم ما اخذ لا يشركه صاحبه الا ان يجتمعا على اخذ شيء فيكون بينهما كما لو اشتركا في اخذ
صيد ومن لم ياخذ منهم شيا لم يشارك الباقين كما لا يشركهم في الصيد ٥ قال فان التقى الفريقان في دار
الحرب فريق دخل باذن الامام وفريق دخل بغير اذنه ولا منعة لهم مجتمعين فما اصاب الذين دخلوا باذن
الامام او احدهم فهو بينهم يشتركون فيه وفيه الخمس ولا شيء للاخرين فيه وما اصاب الذين دخلوا بغير اذن
الامام فلكل واحد منهم ما اصاب لا يشركه اصحابه ولا غيرهم وهذا محمول على ان كل فريق انفرد بما اخذ
فحكمه مع الاجتماع كحكمه عند الانفراد ٥ قال فان اشترك الماذون له وغير الماذون له في اخذ شيء واحد
فهو بينهم على عدد الاخذين فما اصاب الماذون له خمس وكان الباقي بينهم على سهام الغنيمة لشركتهم
جميعا فيه الاخذ وغير الاخذ وما اصاب الذين لم يوذن لهم فهو لهم على عدد الاخذين له ولا شيء لمعينهم فيه
ممن لم ياخذه ولا خمس عليهم فيه لانهم باجتماعهم لم يبلغوا عدد المنعة وانما يخمس ما اخذه الذين اذن لهم
الامام لان ما اخذوه ماخوذ بظهره ومعونته فاما من دخل بغير اذنه فما اخذه لم يحصل بظهر الامام
فلا يلزم اخذ الخمس كله منه ٥ قال فان التقى الفريقان جميعا الماذون لهم وغير الماذون وكانوا باجتماعهم
لهم منعة فما اصاب واحد من الجماعة فهو بينهم على سهام الغنيمة بعد الخمس وكذلك ما اصاب احد الطائفتين
قبل الاجتماع او بعده في ذلك سواء فيه الخمس والباقي على سهام الغنيمة وذلك لانهم لما صاروا باجتماعهم
عددا لهم منعة فدخولهم باذن الامام وغير اذنه سواء ولانه لو لم ياذن لبعضهم كان ما اخذوه غنيمة
فاذا اذن لبعضهم اولى ٥ قال ولو كان الذين دخلوا باذن الامام بعد ما اصاب اهل العسكر الغنائم
واصابوا بعد ذلك غنائم ولقوا فتالا او لم يلقوا وقد اصاب اللص غنيمة قبل ان يلحقهم وبعد ذلك
فانهم جميعا شركا فيما اصابوا يخمس ذلك وما بقي فبينهم على سهام الغنيمة الا ما اصاب العسكر
قبل ان يلحق بهم اللص واللصان ثم لو لم يلقوا فتالا بعد ذلك فانه هنا اللص لا يشارك اهل العسكر فيما
اصابوا قبل ان يلقاهم ولان اهل العسكر يشركونهم فيما اصابوا وذلك لان الواحد والاثنين اذا لحقوا
العسكر فلم يحصل احراز الغنيمة بمعونتهم لان العسكر لا يتقوى بهم فلا يجوز ان يشركوهم وليس كذلك
المدد الكثير لان العسكر يتقوى بهم فيحصل احراز الغنيمة بظهرهم ومعونتهم واما اذا قاتلوا بعد الاخذ
فقد حصل لهم صنع في الغنيمة الا ترى انها تنتقض بالقتال الثاني ولولاه لغلب الكفار عليها فكان اللص
شهد الوقعة الاولى واما قال ان اهل العسكر يشاركون اللص فيما اخذه قبل الاجتماع لانه احازه الى
دار الاسلام بظهر العسكر فصاروا كالمدد له فيشاركونه فيما اخذه ٥

باب ما يظهر عليه اهل الشرك فيحرزونه من اموال المسلمين ثم يصيبه المسلمون

قال اصحابنا رحمهم الله اذا ظهر المشركون على
شيء من اموال المسلمين فاحرزوه في دارهم ثم ظهر المسلمون بعد ذلك عليه فان وجده صاحبه قبل ان يقسم اخذه
بغير شيء وان وجده وقد قسم فوقع في سهم رجل اخذه بقيمته ان شاء وان شاء تركه وهذا مبني على اصلنا ان اهل
الحرب اذا غلبوا على اموالنا فاحرزوها ملكوها وعند الشافعي لا يملكونها لنا ما روي طاوس عن ابن عباس
ان المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسال النبي عليه السلام عن ذلك فقال ان وجدته قبل القسمة
فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ٥ وروي سماك بن حرب عن تميم بن طرفة ان
العدو غلب على ناقة او بعير لرجل فاشتراه رجل من العدو فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال خذه بالثمن
ان شئت والا فهو له وفرقه عليه السلام في الخبر الاول بين ما قبل القسمة وبعدها يدل على انهم ملكوه
لولا ذلك لم يكن للفرق بين الامرين معنى والزامه في الخبر المالك الاول الثمن يدل على صحة ملك اهل الحرب
لولا ذلك لم يلزمه الثمن وقد روي عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وابن عمر مثل قولنا ولا يقال فاذا ملكوه
عندكم لم يوخذ من المشتري وذلك لانه لا يمتنع ان ينتقل الملك ويثبت لمن ملك عليه فسخ الملك
كما يثبت للواهب عندنا الرجوع اذا كان اجنبيا وعندهم اذا كان والدا وكما يثبت للشفيع اخذ الملك من المشتري
من غير رضا وان كان المشتري قد ملكه بالعقد ولان الحيازة والغلبة سبب يملك به علينا فجاز ان
يملكوا به علينا كالبيع والهبة ولان كل واحد من السببين كالاخر وانما يتعلق الحظر بفعلهم والاباحة
بفعلنا وذلك لا يمنع من التساوي في وقوع الملك اصله ما ياخذه منهم على وجه الغنيمة وما ياخذونه من
اموالهم بالغصب ان الملك يقع بالسببين وان اختلفا في الاباحة واذا ثبت انهم يملكون علينا قال اصحابنا
ان وجد مالك مال المسلمين في الغنيمة قبل القسمة اخذه بغير شيء وان وجد بعد القسمة اخذه بالقيمة
وان اشتراه منهم مشتري اخذه بالثمن ان شاء وقال الزهري والحسن البصري لا سبيل للمالك الاول عليه
وقال الشافعي ياخذه في الحالين بغير شيء وانما افترق ما قبل القسمة وبعدها للخبر ابن عباس الذي قدمناه

ولانه مملوك عليهم بغير عوض فما دام باقيا على حكم الملك الاول جاز ان يثبت فيه حق الرجوع كالهبه ٥ ولان
حق الرد مستحق على جميع المسلمين فاذا وجد قبل القسمه فقد حصل لهم بعوض وهو نصيبه من المغنم الذي يسلم
للغانمين ولم يستحق عليه بذل المال في الرد وانما استحق عليه الرد فلذلك وجب له ان يغرم العوض الذي
ليس بمستحق فاما المشتري منهم فقد سلم له الملك بعوض والرد مستحق عليه وبذل العوض ليس
بمستحق فلذلك رجع بالثمن وقد قالوا في اهل الحرب اذا وهبوه لرجل من المسلمين ان المالك الاول ياخذه
بالقيمه ان شا وذلك لان حق المالك الاول ما تعلق به وهو مملوك بعقد لم يجز ان يؤخذ بغير عوض كالمبيع
واذا لم يكن هناك عوض مسمى اخذ بالقيمه كالموجود بعد القسمه مسئله قال ابو حنيفه اذا ابق عبد
او امه فلحقا بدار الحرب لم يملكها اهل الحرب فان وجدها صاحبها قبل القسمه وبعدها اخذها بغير شي وقال
ابو يوسف ومحمد ان وجدها صاحبها بعد القسمه اخذها بالقيمه وجه قول ابي حنيفه ان العبد لما خرج
من دار الاسلام زالت يد مولاه عنه لامتناع ان يتقابد مع اختلاف الدارين فحصلت يد لنفسه فاذا اخذوه من يده
وحكم التمليك لا يتعلق بها لم يملكوه كما لو اشتروا منه شيا او وهب لهم وليس كذلك الفرس اذا نفر فدخل دار
الحرب او البعير اذا ند لان البهيم لانه مما لا يثبت له يد في نفسه فيتقا حكم يد المولى عليه فاذا اخذوه من يد
يتعلق بها حكم التمليك ملكوه ٥ وقد قالوا ان العبد اذا ابق وفي يده مال للمولى ان اهل الحرب يملكون ما
في يده ولا يملكونه لان يده في الاملاك يد لمولاه فكان المال اخذ من يد المولى وليست يده في رقبته مع
الاباق والمباينه يد للمولى فلذلك لم يملكوه وجه قولهما ان العبد ملك للمولى كالبعير والفرس
فكما يملكون البعير والفرس اذا اخذوه في دار الحرب كذا يملكون اذا اخذوه من دار الاسلام فكذلك هذا مسئله
قال وان كان اهل الحرب احرزوا من دار الاسلام مدبرا لرجل او ام ولد او مكاتبا فان ظهر المولى عليه فهو له
قبل القسمه وبعدها بغير شي وكذلك كل ما لا يملك على المسلم بميراث وان اشتراه رجل منهم فلمولاه ان ياخذه
منه بغير شي وذلك لان ما لا يملكه بعضنا على بعض بالعقود لا يملكه اهل الحرب علينا بالغلبه كاحرارنا ٥
فان قيل لما جاز ان يملك بعضهم بعضا بالغلبه وان كان حرا جاز ان يملك ذلك عليهم ولما لم يملك احرارنا
لم يجز ان يملكوهم علينا ٥ وان اشترى مسلم من اهل الحرب عبدا المسلم شرا فاسدا بخمر او خنزير اخذه
صاحبه بقيمه العبد وان شا ترك وذلك لان المسلم اذا اشترى من الحربي بالخمر فالمملوك ماخوذ على
وجه البيع لكن لما طاب نفس الحربي باخذ العوض الفاسد صار المسلم اخذا للعبد بطيب نفسه لا بالبيع
فكانه استوهبه ٥ قال ولو كان الماسور حرا فاشتراه رجل منهم واخرجه الى دار الاسلام فلا شي للمشتري
على الحر الا ان يكون الحر امره بذلك فيكون الثمن دينا عليه وذلك لان الحر لا يملك بالشرى وانما تبرع المسلم
بدفع الفدا عنه ومن تبرع عن غيره بمال لم يرجع به عليه فاما اذا امر بالشرى فقد امره باداء
فصار وكيلا له في الفدا فيرجع عليه بالمال كالوكيل في الخلع والصلح ٥ قال وان كان الموجود في الغنيمه شيا
مما يكال او يوزن ما يضمن بمثله اذا استهلك فلصاحبه قبل القسمه ان ياخذه بغير شي وان كان بعد القسمه
لم ياخذه وذلك لان الاخذ بعد القسمه انما يثبت ببدل والبدل في المكيلات والموزونات اذا ضمنت بغير عقد
امثالها ولا فايده ان ياخذ دراهم ويعطي مثلها او حنطه بكر مثله وما لا فايده فيه لا يقضي به القاضي ولذلك لو
اخذ العدو شيا مما يكال او يوزن فوهبه لرجل فلا سبيل لصاحبه عليه لانه لو اخذه اخذ مثله وذلك لا فايده
فيه ٥ فان اشتراه مسلم منهم فصاحبه بالخيار ان شا اخذه بالثمن وان شا ترك وهذا محمول على انه اشتراه
بغير جنسه ففي اخذه فايده فاما ان كان اشتراه بمثله فلا فايده له في الاخذ ٥ قال واذا اشترى رجل
من العدو عبدا واخرجه فلم يجي صاحبه حتى باعه الذي اشتراه من رجل اخر ثم جا صاحبه فله ان ياخذه من الثاني
بالثمن الثاني ولا سبيل له على الاول انما ياخذه من الاول اذا كان العبد باقيا على ملكه ولم يحدث فيه ما يمنع
من ملكه فان اراد صاحب العبد ان ينقض البيع الثاني وياخذه بالثمن الاول من المشتري الاول لم يكن له ذلك
وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف وهو قول محمد في الاصل وقال ابن سماعه عن محمد في نوادره ان المولى بالخيار
ان شا اخذه بالثمن الاول وان شا بالاخر كما يكون له في الشفعه وجه قولهما ان المولى لو ملك فسخ تصرف
المشتري من اهل الحرب لملك فسخ القسمه في الغنيمه حتى يرد المثمن الى اصل الغنيمه فياخذه بغير عوض فلما
لم يملك ذلك دل على انه لا يملك فسخ تصرف حصل في يده واذا لم يملك الفسخ يثبت له الاخذ بالثمن
الثاني ٥ وجه قول محمد ان حق المولى سابق لحق المشتري فكان له فسخ تصرفه كالشفيع وعلى هذا الاصل
قال ابو حنيفه وابو يوسف اذا اخذ المولى الاول من يد المشتري الجاريه الماسوره لم اخرجها فلم يطلبها حتى مضى
زمان فطلبها فله ذلك ٥ وقال محمد اذا ترك الطلب ولا شهاد سقط حقه كما يسقط حق الشفيع ٥
وجه قولهما ان حق الشفيع انما سقط بترك الطلب لانه ثبت له من الحق في فسخ ملك المشتري فيجعل
حقه على المجلس حتى لا يضر بالمشتري وفي مسالتنا ليس للمولى ان يبطل تصرف
المشتري فلم يكن باخيره اضرار على المشتري الحاق ضرر به فلذلك بقي حقه على التابيد واما محمد فمن اصله
ان المولى يفسخ تصرف المشتري فطلبه على المجلس كطلب الشفيع وقد قال محمد على هذا الاصل انه اذا اشهد

على نفسه حين علم ثم اخذ الاخذ اشهد من عنده سقط حقه كما قال في الشفعه ٥ قال واذا اشترى المسلم
عبدا من دار الحرب قد اسره العدو فجا المولى فله ان ياخذه بالثمن او يدع فان مات قبل ان ياخذه فجا وارثه فطلب
ياخذه فان ابن سماعه روى عن ابي يوسف انه ليس للوارث ان ياخذه وروى علي بن الجعد عنه ان للورثه ان ياخذوه
وهو قول محمد وجه روايه ابن سماعه ان المولى يثبت له خيار في الاخذ فاذا مات لم يورث خياره كما لو مات الشفيع
وكخيار الشرط والرويه ولان الوارث لم يكن مالكا حال الاسر فلم يثبت له حق في ذلك الوقت فلا يثبت له من بعد
وجه روايه علي بن الجعد وهو قول محمد ان هذا الحق مستحق بدليل انه لا يبطل بالتاخير فصار كخيار العيب فلا
يبطل بالموت وهذا صحيح على مذهب محمد في الاصول فاما اذا قال ان هذا الحق كحق الشفيع فالصحيح من
مذهبه مثل قول ابي يوسف ٥ قال وليس لبعض الورثه ان ياخذوا الكل دون بعض لانهم قاموا مقام
الميت ولم يكن للميت اخذ بعض الماسور دون بعض فكذلك ورثته ٥ مسئله قال واذا اسرت امه رجل
ودخل رجل دار الحرب فاشتراها وخرج بها الى دار الاسلام ثم اسرها العدو ثانيا من يد مشتريها فدخل رجل
فاشتراها فالمشتري الاول احق بها فان اخذها من يد المشتري الثاني بالثمن الذي اشتراها كان لمولاها الاول
الذي اسرت من يده اولا ان ياخذها من المشتري الاول بالثمنين جميعا وان شا ترك فان لم ياخذها المشتري الاول
من المشتري الثاني وتركها في يده لم يكن للمولى الاول عليها سبيل وانما يثبت حق الاخذ فيها للمشتري دون
المالك لانها اسرت من ملك المشتري والحق في الاخذ يثبت لمن حصل الاسر من ملكه لان حق المولى يجري
الاخذ مجرى حق الرجوع على الموهوب الثاني كذلك ليس للمولى الاول ان ياخذها من يد المشتري الثاني
واذا ثبت ذلك للمشتري الاول فاذا اخذها كان للمولى الاول ان ياخذها من يده لانها عادت الى المشتري الاول على
حكم الملك الاول فعاد بحقوقه كما قالوا في الواهب الثاني اذا رجع في الهبه ان للواهب الاول ان يرجع فيها لان
العين عادت اليه بحكم الملك الاول فعاد بحقوقه فان اراد المالك الاول ان ياخذها من المشتري الاول
اخذها بالثمنين جميعا فان شا المولى اخذها بذلك وان شا ترك ٥ واذا اسلم اهل الحرب وفي ايديهم متاع
للمسلمين اصابوه في حال الحرب واحرزوه فهو لهم لا سبيل لاربابه عليه ولا يشبه اسلامهم الشرى منهم
او غنيمه ما في ايديهم من اموال المسلمين وذلك لقوله من اسلم على مال فهو له ولان الحربي لما اخذ
مال المسلم لم يلزمه رده لان بقاه على الحرب يمنع الخطاب والاحكام واذا لم يلزمه حق الرد حال ما ملك لم يلزمه
في الثاني وليس كذلك المسلم اذا اشترى منهم لان حق الرد لزمه عند ملكه فلذلك لزمه في الثاني ٥ قال
واذا غار المشركون على دار الاسلام واخذوا منها اموالا فادركهم المسلمون قبل ان يصلوا بها الى دار الحرب
واخذوها من ايديهم ردت على اربابها بغير شي ولا تصير ملكا لمن اخذها على وجه لان العدو لا يملكها حتى تصل
الى داره وذلك لان القايل احد قايلين اما من قال انهم لا يملكون اموالنا بحال او من قال انهم يملكونها بالحيازه
فما لم تحصل الحيازه لم يملكوا بالاجماع ٥ قال ولو اعتق الحربي العبد الماسور في دار الحرب او دبره او كاتبه
او كانت امه فاستولدها فورثته اولادا ثم ظهر المسلمون عليهما فذلك كله جايز وقد عتقت هي واولادها
ويعتق ايضا المدبر والمكاتب ٥ اما اذا اعتقها فقد زال التيد بالعتق وهي مسلمه فيحصل في يد نفسها فتعتق
بحصولها في يد نفسها كما تعتق عند الحربي اذا خرج الينا مسلما وهذا قول ابي حنيفه واما ابو يوسف
فانه يوقع العتق باعتاقه ٥ واما اذا استولدها فالاستيلاد يثبت في دار الحرب لانه فرع النسب والنسب يثبت
للحربي كما يثبت للمسلم فاذا غلب المسلمون على الدار فقهر الحربي يمنع يده لانه زوال ملكه عن امواله ولو
مات عتقت ام ولده ولذلك اذا غلب عليه واما المكاتب فيجوز ان يقال ان يد المولى زالت عنه
بالكتابه وصار في يد نفسه فعتق ويجوز ان يقال انه لم يعتق بالكتابه لان يد المولى لا تزول عنه
من جميع الجهات فاذا غلب على المولى سقطت ديونه والمكاتب اذا برى من مال الكتابه عتق فاما
المدبره فعتقها متعلق بالموت والغلبه على المولى كموته ٥ قال فان باعها الحربي الذي جارت له ثم
ظهر عليه المسلمون فهي امه وياخذها صاحبها قبل القسمه بغير شي وبعدها بالقيمه لانه لما باعها
صح بيعه وانتقلت الى المشتري فثبتت فيها حق المولى الاول كما ثبت لو بقيت في الملك الذي اسرها

باب من يكره قتله من اهل الحرب ومن لا يكره قتله

قال ابو الله وجمله هذا الباب ان كل من كان من اهل القتال غالبا فانه يقتل اذا كان حربيا قاتلا او لم يقاتل
ومن لم يكن من اهل القتال غالبا كالنسا والصبيان فانهم لا يقتلون الا ان يقاتلوا وقد بينا هذا فيما تقدم ٥
وانما زاد في هذا الباب ما اقتضى اعاده حل ما مضى فنقول انه لا يقتل النسا ولا الصبيان ولا الشيوخ ولا
المجانين ولا الرهابين في الصوامع والسياحين الذين لا يخالطون الناس ولا من طين كنيسته او ديره وترهب
ولا الاعمى ولا اليابس الشق ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى خاصه لما قدمناه ٥ فان قتل
رجل من المسلمين واحدا منهم فلا قيمه عليه ولا ديه ولا كفاره وعليه الاستغفار وذلك لما روي عن رباح بن ربيع
قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه في غزاه فراي الناس مجتمعين على شي فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هولا

قالوا على المرأة فقال ما كانت هذه تقاتل وخالد بن الوليد على المقدمة فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتل ذرية ولا عسيفا
وروى عن ابن عباس قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بامرأة يوم خيبر مقتولة فقال من قتل هذه فقال رجل انا يا رسول الله اردفتها
خلفي فاهوت الى سيفي فاخذته فقتلتها فقال صلى الله عليه وسلم ما شان قتل النسا ادفنها ولا تعدوا ولم
يوجب عليه عليه السلام بقتلها ضمان ديته ولان دماهم لم تحرز بدار الاسلام وخطر القتل لا يوجب تقويمها كمن اسلم
في دار الحرب فاما الاستغفار فلان قتلهم معصية ۵ قال وللمسلم ان يقتل الذي يجن ويفيق والاخرس والاصم
واقطع اليد اليسرى واقطع احدى الرجلين وان لم يقاتلوا لان هولا من اهل القتال الا ترى انهم يقدرون على ذلك
غالبا فالنقص فيهم لا يمنع القتل كالمقطوع الاصبع ۵ قال ويقتل القسيسون والشمامسة والسياحون الذين
يخالطون الناس وذلك لانهم من اهل القتال غالبا فاما من انفرد وترك مخالطة الناس فانه ليس من اهل
القتال غالبا واذا اسرت امرأة ممن ليس من اهل القتال لا يقتل فينبغي ان يوسروا ويحملوا الى دار الاسلام اذا قدر
المسلمون على ذلك لان النسا والصبيان في حملهم منفعة للمسلمين وهي الاسترقاق وفي تركهم معونة الكفار
لان الصبيان يكبرون والنسا يلدن ولا يجوز لنا ان نترك عليهم ما يستعينون به على قتالنا اذا قدرنا على اخذه
فاما الشيخ الفاني الذي لا يقاتل ولا راي له ولا هو ممن يلقح فان شاوا اسروه وان شاوا تركوه لان في اسره منفعة
لبقاد وابه وليس في تركه ضرر على المسلمين فاما المعتوه فلا يجوز تركه مع القدرة لانه يولد له فيستعان
بقتاله واما الرهبان واصحاب الصوامع والسياحون فلا يقتلون ولا يوسرون لانهم لا يخالطون الناس فيقاتلون
ولا يطاون النسا فيلقحون فلم يكن في تركهم منفعة للمشركين فاما الاعمى والمقعد واليابس الشق والمقطوع
اليد والرجل او اليد اليمنى فانهم يوسرون لان في تركهم منفعة للكفار الا ترى انهم يطوفون النسا فيلقحون ويكثر
بهم عدد الكفار قال وكل من جاز للمسلمين ان يقتلوه فلهم ان ياسروه ويستبقوه لان الاسر يخرجه من
دار الحرب ويمنع استعانة الكفار به ويحصل بالاسترقاق فايدة للمسلمين فيجوز ذلك ۵ قال ومن لا ينبغي
للمسلمين ان يقتلوه فلم يقدروا على اخراجه كالمواجر ومجل فليدعوه ولا يقتلوه لان القتل معصية ولا يجوز
لنا ان نفعل المعصية للمخافة في الثاني من مدد الكفار ۵ قال والعجوز الكبيرة من النسا التي لا يرجا ولدها
ان شاوا اسروها وان شاوا تركوها لانها لا تصلح للولاد ولا ينتفع باسترقاقها الا انها تصلح للفدا فصارت كالشيخ
الفاني ۵ قال وان كان الشيخ ذا راي ومشورة في الحرب فابى الرده اذا ظفر المسلمون به ان يتركوه حتى يخرجوه
وكره للمسلمين ان يفتدوه بمال وذلك لان الراي ينتفع به في الحرب اكثر من القوة فاذا لم يجز ترك قتل المقاتل فذو
الراي اولى ۵ قال وان قاتلت امرأة منهم او غلام او مقعد او احد ممن لا يقتل فلا باس بقتله وكذلك ان حرض
على القتال او كان ممن يطاع لان الرجل الصحيح يقتل لانه يصلح للقتال وفعل القتال اكثر من الصلاح فلان يبيح القتل اولى ۵
وكذلك التحريض معونة في الحرب كالقتال فاما اذا كان ممن يطاع ففي قتله تفريق الجمع فهو انفع من قتل
المقاتل ۵ قال ولو ان راهبا في صومعته او سياحا دل المشركين على عورة المسلمين فلا باس بقتله او اسره لانه
قد حصل منه معونة في الحرب فهو كالقاتل قال وان كان ملكهم صغيرا فاحضروه للناس وكان قتله
كسر لهم او هزيمة فلا باس بقتله وان كان صغيرا وكذلك ان كان الملك امرأة لان في قتل الملك تفريق جمعهم
فصار انفع من قتل المقاتلة وكذلك الشيخ اذا احضروه ليشير عليهم لانه صار من اهل القتال بالمعونة بالراي ۵
قال واذا امكنت المرأة فاخذها المسلمون فلا باس بقتلها وان شاوا جعلوها فيا ۵ وكذلك الشيخ اذا حضر وحرض
الناس والاعمى والمقعد لان هولا كلهم صاروا من اهل المعونة في الحرب فهم كالرجال الاصحا ۵ فاما الصبي
او المعتوه الذي لا يعقل فلا باس بقتلهما ما داما يقاتلان او يحرضان لان في ذلك دفع ضررهما كما يدفع ضرر
الفحل اذا صال فان صارا في ايدي المسلمين لم ينبغ ان يقتلوهما لانهما ليسا مكلفين فيقتلا عقوبة وانما كانا يقتلان
دفعا وقد استغني عن ذلك قال وكذلك ان قتلا عبدا او احدا لان جنايتهما لا توجب العقوبة كجناية البهيمة
قال وان لم يقدروا على اخراج الصبي والمعتوه وهم يخافون ان خلوا سبيلهما ان يعودوا الى قتالهم وغلب
ذلك على اكبر ظن المسلمين فلا باس بقتلهما وذلك لان في تركهما ضررا لانهما صارا من اهل القتال كالرجال ۵

باب الموادعة

قال ابو حنيفة رحمه الله لا ينبغي موادعة اهل الحرب اذا كان بالمسلمين عليهم قوة وان كان المسلمون لا قوة لهم
عليهم او كانت لهم قوة الا ان الموادعة خير للمسلمين واصلح في التدبير فلا باس بذلك واما اذا استغني عن الموادعة
فلا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون والله معكم ولان في الموادعة ترك القتال وقد
امر الله تعالى بالجهاد وقتل المشركين فاما اذا احتاج المسلمون الى ذلك لانه لا طاقة لهم او كان الصلح اصلح فلا باس
به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولان النبي صلى الله عليه وسلم صالح قريشا يوم الحديبية ووادعهم على ترك القتال
قال فان اخذوا منهم على ذلك جعلا فلا باس لان المال يجوز اخذه على ترك قتال الكفار كما يجوز اخذ الجزية ۵ قال
واذا غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا باس بموادعتهم اذا خيفوا ولم يومن غلبتهم وكذلك ان كانت
الموادعة اصلح في تدبير المسلمين وكذلك موادعة اهل البغي اذا خيف غلبتهم او كانت موادعتهم اصلح لان الضرر

اذا خشي بغيا لهم مارا والا اهل الحرب ۵ قال وان اخذ من المرتدين مال على الموادعة فان ذلك لا يجوز ولا ينبغي ان يوادع
المرتدين على مال وان اخذ منهم مال على الموادعة لم يرد عليهم المال وانما لم يجز اخذ المال منهم على الموادعة لان اسقاط
قتالهم بعوض لا يجوز كما لا يجوز اخذ الجزية منهم فاذا اخذه الامام منهم لم يرده عليهم لانه مالهم محل الفي فاذا حصل
في ايدينا بطيبة نفوسهم لم يرد عليهم كاهل الحرب فاما اهل البغي فلا يوخذ منهم مال على الموادعة فان اخذ رد عليهم
اذا وضع الحرب اوزارها لان مال اهل البغي ليس محل الفي فلا يجوز اخذه عوضا عن ترك القتال كما لا يجوز اخذ
الجزية منهم ولا يجوز اخذه على طريق الفي الا ان ما حصل في ايدينا من اموال اهل البغي لا يرده عليهم مع قيام
الحرب لان في ذلك معونة لهم على المعصية فوجب ان يحبسه الامام لهم حتى يتوبوا ۵ قال وما اخذ المسلمون
على موادعة اهل الحرب فذلك كالخراج يوضع في بيت المال لا خمس فيه لانه ماخوذ بغير قتال فهو كالجزية ۵
وان حاصر المسلمون قلعة في دار الحرب فطلب القوم ان ينصرفوا على مال افتدوا به انفسهم فهذا في وفيه
الخمس لانه ماخوذ بالمقاتلة فاما كل موادعة من ملك برسالة يبعث بها الى امام المسلمين بغير قتال ولا جند
دخلوا دارهم ليقاتلوا فهذا بمنزلة الخراج ولا خمس فيه لانه مال ماخوذ على غير وجه المقاتلة ۵ قال ولو نقض
قوم من اهل الذمة العهد وقاتلوا في دارهم وغلبوا عليها وجرى حكمهم فيها كان هذا والحربيون سوا لان الذمة
لما انقطعت عادوا الى الكفر الاصلي ۵ قال ولا باس ان يطلب المسلمون موادعة المشركين اذا خافوا على
انفسهم ولا باس ان يعطوا على ذلك مالا لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعطي المولفة قلوبهم المال ليدفع ضررهم
عن المسلمين ولان في ذلك مصلحة لهم فصار كبذل المال في سائر المصالح قال فاذا وقعت الموادعة فقد
امن المواد عون من الكفار على انفسهم واموالهم وذراريهم ودمائهم وذلك لان الموادعة امان لهم ودفع
الامان يمنع التعرض بالمال والولد وكذلك لو وادعهم فريق من المسلمين بغير اذن الامام فالموادعة جايزة
على جماعة المسلمين لانها امان وامان الواحد كامان الجماعة لقوله عليه السلام ويسعى بذمتهم ادناهم ۵ قال وللامام ان
ينبذ اليهم ويبعث الى ملكهم بالنبذ فاذا بلغهم ذلك فهذا نقض وقد صارت دارهم دار حرب والاصل في جواز
النبذ بعد الامان ان النبي صلى الله عليه وسلم وادع قريشا ثم نبذ اليهم فانفذ الى مكة من نادى بنقض الامان وانزل الله تعالى
في ذلك واذان من الله ورسوله الى الناس يوم الحج الاكبر ان الله بري من المشركين ورسوله ولان الصلح يحفظ لما فيه من
مصالح المسلمين فاذا راى الامام ان نقضهم مصلحة كان له ذلك وانما ينبذ اليهم لانه لو قاتلهم من غير ان
ينبذ كان تخفرا للامان ونقضا للعهد وذلك لا يجوز وانما اعتبر ان يبلغهم النبذ لان المقصود ان يعلموا
بالنبذ فيستعدوا للحرب حتى لا يكون قد غرهم وهذا لا يكون الا بعد علمهم ۵ قال ولا ينبغي للمسلمين ان
يغيروا عليهم وعلى اطرافهم حتى ينبذوا الى ملكهم ويجيء من الوقت مقدار ما يبعث الملك الى مواضعهم
من ينذرهم فلا باس عند ذلك ان يغير المسلمون عليهم وان لم يعلموا الخبر اتاهم وذلك لانه اذا علم الملك
ومضت مدة يمكنه اعلامهم فلم يفعل فهو المفرط في حراسة اهل بلده فلا يلزم المسلمين ذلك ۵ فان استيقن
ان القوم لم يأتهم خبر ولم يعلموا لم احب ان يغيروا عليهم حتى يعلموهم واما اذا لم يستيقنوا وقد مضت مدة
يمكن ان يعلمهم فلا باس بان يغيروا لانا اذا استيقنا انهم لم يعلموا فهم على جملة الامان فاذا قاتلناهم مع علمنا
بحالهم فقد غررناهم وهذا لا يجوز واما اذا لم يعلم وقد مضت مدة فالظاهر انهم قد علموا فهو تفريط ملكهم لا يلزمنا
قال فان لم يكن النقض بنبذ الامام وكان النقض منهم بامر صنعوه من سوء ارسلوه الى الامام ينبذون اليه
ويخبرونه بنقض العهد او بجند يبعثوه يقاتلون المسلمين فلا باس بان يغير المسلمون عليهم الا ان يستيقنوا
ان اهل ناحية لم يعلموا بذلك فلا يغيروا عليهم حتى يعلموهم وذلك لان الموادعين اذا قاتلونا فقد احلوا شرائط
العهد وهم في بلد انفسهم لا يجد لنا عليهم قصاص وان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب واذا انقضت
الموادعة جاز قتالهم فاما من لم يعلم بهم بعضهم ولا وجد منه نقض ففي قتله قبل علمه خديعة له وهذا
لا يجوز ۵ قال واذا كانت الموادعة قائمة بيننا وبينهم فخرج منهم رجل الى بلد حرب اخر ليس بينهم وبين
المسلمين موادعة فغزا المسلمون تلك الدار التي لم يوادعهم فاخذوا ذلك الرجل منها فهو امن لا سبيل
عليه ولا على من معه من المال والرقيق والاهل وجبت مضا اهل الدار الذين وادعناهم وحيث حلوا من البلاد
فهم امنون لا يعرض لهم المسلمون وذلك لانهم صاروا بالموادعة امنين فهم كاهل الذمة ۵ ولو دخل دار
الموادعين رجل من غير دارهم بامان منهم له ثم خرج الى دار الاسلام بغير امان فغنمه المسلمون فهو امن لانه
لما دخل دار الموادعين صار تبع حكمهم الا ترى انه لا يجوز ان يلحقه من دارهم فصار كسائر اهل دارهم فاذا دخل
الينا كان امنا ۵ ولو كان لم يدخل دار الموادعين وخرج من داره الى دار الاسلام على موادعة كانت بينه
وبين الموادعين له كان يجوز لنا ان نقتله ونأسره لانه لا يصير من اهل دارهم فيدخل في موادعتهم ولا بيننا
وبينهم موادعة فلا يلزمنا امانهم له ۵ فان قال هذا انا من دار الموادعين قبل ان ناسره فلا سبيل
لنا عليه لانه لما دخل اليهم صار تبع حكمهم ۵ قال وان غزا المسلمون دارا اخرى غير دار الموادعين
فاسروا فيها رجلا من الموادعين اسيرا في الدار التي غزاها المسلمون كان فيا وذلك لانه اذا اسر
فقد انقطع عنه حكم دار الموادعة وصار تبع حكم الذين اسروه فجاز استرقاقه ولذلك كذلك اذا دخل

عليهم ما جرى الا ان حكم داره لم ينقطع عنه فبقي على حكم الامان ٥ قال فان خرج من دار الموادعة رجل او رجلان
او جماعة لا منعة لهم فقطعوا الطريق في دار الاسلام واخذهم المسلمون فليس هذا بنقض منهم للعهد وذلك لانهم ليسوا
في منعة فاذا نقضوا العهد لم ينتقض كالذمي اذا نقض العهد في دارنا ٥ قال فان خرج قوم منهم لهم منعة فقاتلوا المسلمين
في دار الاسلام علانية بغير امر ملكهم ولا امر اهل مملكته فان الملك واهل مملكته على موادعتهم وهولا الذين قطعوا
الطريق لا باس بقتلهم واسترقاقهم واسترقاق من معهم من النسا والصبيان لانهم لما نقضوا ولهم منعة تفردوا
بالنقض فصاروا كاهل الذمة اذا غلبوا على دار وامتنعوا بها فانه نقض للعهد ٥ قال فان كانوا خرجوا باذن ملكهم فقد نقض
القوم جميعا العهد وقد عادوا اهل حرب ودارهم كذلك لانهم لما رضوا بقتالنا فقد شاركوا في النقض وهم في انفسهم
فيبطل الامان ٥ قال ومن وادعه الامام من اهل الحرب على جعل اخذه منهم ثم بدا له ان ينقض العهد فلا باس ان
ينقضه ولكن يبعث اليهم بحصة ما بقي من المدة من الجعل الذي اخذ وينبذ اليهم والاصل في جواز النقض ما قدمناه
واما رد حصة ما بقي من الجعل فلانهم بذلوه في مقابلة الامان فاذا لم يسلم لهم المعوض سقط العوض ٥ قال وان كانت
الموادعة على وقت معلوم فمضى الوقت فقد بطل العهد الذي بينهم بغير نبذ ٥ ولا باس ان يغير المسلمون عليهم
بعد ذلك وذلك لان العهد الموقت يبطل بمضي الوقت ولا بدلنا عليهم فعادوا الى ما كانوا عليه قبل العهد قال ومن
دخل منهم دار الاسلام بتلك الموادعة لا بامان غيرها ثم مضت الموادعة فهو امن حتى يرجع الى مامنه لا يحل دمه ولا
سبيه وذلك لانه حصل في دارنا بامان فلا يجوز قتله ما لم يبلغه مامنه لقوله تعالى وان احد من المشركين استجارك
فاجره حتى يسمع كلام الله ثم ابلغه مامنه قال وهذا اذا صالحناهم على ان يكونوا مقيمين على احكام الكفر ٥ قال فان كانوا
صالحوا على ان يجري عليهم احكام الاسلام بما اعطوه من المال في كل شهر او في كل سنة فذلك جائز ويصيرون ذمة ولا
يسع المسلمين ان لا يقبلوا ذلك منهم وهذا انما نريد به ان النبذ فيمن صالحناهم ولم يجر عليهم احكامنا فاما اذا صالحنا
على مال على ان يجري احكامنا عليهم فقد صاروا ذمة فلا يجوز النبذ اليهم ولا نقض عهدهم كما لا يجوز بالذمة في دارنا ٥

باب المفاداة بالاسرى

الاصل في هذا الباب ان عند ابي حنيفة لا يجوز المفاداة بالاسرى ولا يجوز بغيرهم وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ان يفادي
اسرى المشركين باسرى المسلمين وجه قوله قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقال وقاتلوهم حتى لا
تكون فتنة وهذا ابدا على وجوب قتلهم بكل حال وذلك يمنع ردهم الى دار الحرب ولانهم صاروا من اهل
دار الاسلام لحصولهم في ايدينا فلا يجوز ان يفادي بهم اسرى المسلمين كاهل الذمة ولان فيه معونة لاهل
الحرب بما يختص القتال وذلك لا يجوز كما لا يجوز بيع السلاح منهم لان رد الاسرى اليهم معصية فلا يجوز فعلها
وان ادى ذلك الى خلاص المسلمين كساير المعاصي ٥ وجه قولهما قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ٥ ولان
في ذلك تخليص المسلمين من العذاب والفتنة في الدين فكان دفع الضرر عن المسلمين اولى من الانتفاع بالاسير ٥
واما مفاداة الاسرى بمال ياخذه من اهل الحرب فلا يجوز في المشهور من المذهب وقال محمد في السير الكبير
لا باس بذلك اذا كان بالمسلمين حاجة لنا انه معونة لهم بما يختص بالقتال فصار كبيع السلاح منهم بالمال ٥
وجه قول محمد ان النبي صلى الله عليه فادى اسارى يوم بدر بمال اخذه وهذا لا دلالة فيه لان سورة براءة من اخر
ما انزلت وقد تضمنت وجوب القتل بكل حال فقضى ذلك على ما كان بيديه ٥ قال ابو يوسف يجوز المفاداة باسرى
الكفار ما لم يقسموا فاذا اقسمهم الامام لم يفادا بهم ٥ وقال محمد يجوز المفاداة بعد القسم وجه
قول ابي يوسف انهم اذا اقسموا فقد سقط عنهم القتل واستقر فيهم الرق فلا يجوز المفاداة بهم كما لا يجوز
المفاداة بساير اهل دارنا وليس كذلك قبل القسمة لانهم على حكم الحرب الا ترى ان للامام ان يقتلهم فلم يستقر
حكم الدار فيهم فجاز ان يفادا بهم وجه قول محمد ان حق الاسترقاق يتعلق برقابهم قبل القسمة ولا يمنع ذلك
من المفاداة فكذلك بعدها ٥ وقال محمد لا باس بان يفادوا بالشيخ الكبير الفاني والعجوز الفانية اذا كان لا
يرجى منهم الولد بالمال ٥ فاما النساء والصبيان فانه لا يفادا بهم بغير الاسرى من المسلمين الا ان يضطر المسلمون
الى ذلك وهذا صحيح على قوله لان الشيخ الفاني لا قتال منه ولا يولد له فليس في رده اليهم معونة تختص بالحرب
فجاز رده بالمال واما النساء والصبيان ففي ردهم معونة تختص بالحرب فكره ان يفادوا بغير الرجال الا عند الضرورة
قال محمد وكذلك الكراع والسلاح اذا اخذناه منهم فطلبوه ان يفادوه منهم لم يسع ان يفعل ذلك وان اعطوا
رغبة الا ان يضطر المسلمون لانه معونة بما يختص بالقتال فلا يجوز في غير حال الضرورة ٥ قال محمد فان طلب
المشركون ان ياخذوا رجلا من اسراهم ويعطون بدله رجلا مشركا او رجلين لم يجز ذلك لانهم لا يطلبون واحدا
منهم ويدفعون واحدا الا لغرض منه وانتفاع به ولا فايدة لنا في ايصال النفع اليهم بغير منفعة تحصل للمسلمين ٥

باب اخذ الجزية

قال الاصل في جواز اخذ الجزية من الكفار قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون واخذ النبي صلى الله عليه الجزية
من مجوس هجر ومن نصارى نجران واقرهم على دينهم بها فدل ذلك على جواز اخذها وقد طعن بعض الملحدة في
ذلك وقال الكفر معصية فكيف يجوز اخذ العوض على التمكين منه ولئن جاز ذلك فلم لا يجوز اخذ العوض عن التخلية
بين الزاني والزناة وكذلك ساير المعاصي وهذا ليس بصحيح والكلام مع قايله فرع من اثبات الباري سبحانه وفي اثبات حكمته
وعدله وبعثه الرسل فاذا ثبت ذلك لزمنا اتباعه فيما امره فهذا قاله غلط لان الجزية ليست للتمكين من الكفر وانما هي لترك
القتل وقد كان يجوز من طريق العقل ان يحظر علينا قتل الكفار ولا نتعبد بذلك فلذلك يجوز ان نتعبد بتركه بعوض
ياخذه ولان القتل الواجب يجوز اسقاطه بعوض كالقصاص واذا ثبت جواز اخذ الجزية فالكلام في تفصيل من يوخذ
منه الجزية ولا يوخذ فنقول ان اهل الكتاب اذا بذلوا الجزية وجب علينا قبولها منهم وترك قتلهم وقد دل على
ذلك نص القران قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وكذلك
يجوز اخذها من المجوس لما روي عن عمر بن الخطاب انه قال ما اصنع بالطايفة التي ليست من اهل الكتاب فقال عبد الرحمن
بن عوف سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب وهذا لا خلاف فيه فاما عبدة الاوثان
من العجم فيجوز اخذ الجزية منهم وقال الشافعي لا يجوز لنا انه يجوز استرقاق رجالهم فجاز اخذ الجزية منهم
كاهل الكتاب ولان تبقيتهم على الكفر لما جاز باحد السببين وهو الرق جاز بالاخر وهو الجزية واما عبدة
الاوثان من العرب فلا يجوز اخذ الجزية منهم لانه لا يجوز استرقاق رجالهم فلا يجوز اقرارهم بالجزية
كالمرتدين ولانهم بالغوا في اذية رسول الله صلى الله عليه وتكذيبه واخراجه من وطنه فغلظ عليهم لذلك فلم
يقبل منهم الا السيف او الاسلام ولهذا قال صلى الله عليه يوم حنين لو كان يجري على عربي رق لكان اليوم
وانما هو الاسلام او السيف ٥ واما الصابية فقد وضعت عليهم الجزية ولم ينكر ذلك منكر وهم عبدة
الاوثان لانهم يعبدون الكواكب وليس هم الصابية الذين ذكرهم الله في القران وقال ابو حنيفة
يجوز مناكحتهم لان اوليك طايفة من النصارى فنوا ولم يبق منهم احد وسموا هولا بهذا الاسم تخوفا
من القتل وقد اخذت الجزية منهم لانهم عبدة الاوثان من العجم واما المرتدون فلا يوخذ منهم الجزية انما هو
الاسلام او القتل لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وروي ان رجلا قدم من مصر فقال له عمر هل من مغربة
خبر فقال نعم رجل ارتد منا فقتلناه فقال لو وليت منه شيئا ما وليتم حبسته ثلثة ايام اعرض عليه كل يوم
فان اسلم والا قتلته وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف ٥ واما الاسترقاق فيجوز في ساير الكفار الا
الرجال من عبدة الاوثان من العرب ٥ واما النسا فيسترقون بالاسترقاق على الكفر ولا يجبرون على
الاسلام الا المرتدات خاصة وذلك لان النبي عليه السلام استرق نسا العرب كما استرق نسا اهل الكتاب
واما المرتدة فهي كافرة لا تقتل وتسترق في دار الحرب لا اصلية وتجبر على الاسلام لانا حكمنا لها بحكم الاسلام
فلا تمكن من الانتقال عنه كالرجل الا ان الرجل يقتل عقوبة على الكفر والمرتدة لا تقتل ولا يجوز اقرارها على
الكفر فلم يبق الا اجبارها على الاسلام ومن حكم له بالاسلام بابويه فبلغ كافرا فانه يجبر على الاسلام ولا
يقتل وكذا من اسلم بنفسه في حال الصغر ثم ارتد وذلك لان من حكم له بالاسلام تبعا لابويه فلم يلتزم
الاسلام بنفسه فلم يستحق القتل بتركه ومن اسلم في حال الصغر فان فعله لا يتعلق به العقوبة الا ترى
انه لو ارتد في حال الصغر لم يقتل فلذلك لا يقتل اذا ارتد بعد الكبر واما الكلام فيمن توضع عليه الجزية
ومن لا يجوز وضعها عليه فانها توضع على الرجال الصحيح المعتمل ولا توضع على النسا والصبيان لان عمر بن الخطاب
لم يضع على النسا ولانها تجب لاسقاط القتل فمن لا يجب عليه القتل لا توضع عليه وكذلك لا توضع على الاعمى والزمن
والمفلوج والشيخ الكبير الفاني في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف في احدى الروايتين توضع عليهم الجزية
اذا كانوا اغنيا والوجه فيه انهم ليسوا من اهل القتال فلا يجب قتلهم بالكفر والجزية انما هي لاسقاط القتل المستحق
فمن لا يقتل بكفره لا جزية عليه كالنسا والصبيان وجه قول ابي يوسف ان عمر وضع الجزية على كل معتمل
ووجود المال اكثر من العمل ولانهم ممن يقتلون بالكفر الا ترى ان من كان منهم ذا راي للحرب قتل لكفره
لا لرايه فجاز ان يوضع عليهم الجزية كالصحيح فاما الرهبان والقسيسون واصحاب الصوامع فانه يوضع عليهم
الخراج في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال عمرو بن ابي عمرو سالت محمدا عن اصحاب الصوامع هل يوضع عليهم
الخراج قال كان ابو حنيفة يقول يوضع الخراج عليهم اذا كانوا يقوون على العمل قلت لمحمد فما قولك قال
القياس ما قال ابو حنيفة قال محمد وليس على السياحين والرهبان خراج وان اعتزل احدهم الا انه لا يخالط
الناس فعليه الخراج والوجه في وضع الخراج عليهم انهم من اهل العمل الا انهم تركوه مع القدرة عليه فصاروا
كالمعتمل اذا ترك العمل مع القدرة لم يسقط عنه الجزية فاما قول محمد في السياحين والرهبان فيجوز ان يكون
اجاب على من لا يقدر على العمل من السياحين فلو كان موضع اتفاق ويجوز ان يكون قال فمن لا يخالط الناس
لا يقتل فلا يوضع عليه الجزية كالمراة ٥ قال محمد والفقير الذي ليس بمعتمل لا خراج عليه عندنا وقال
الشافعي يوضع عليه الجزية لنا ما روي ان عمر وضع على الفقير المعتمل اثني عشر درهما فشرط في وجوب الجزية على
الفقير العمل فدل على انها لا تجب على من لا عمل له ولان الفقير الذي لا عمل له لا يطيق الادا والخراج يعتبر
فيه الطاقة بدلالة خراج الاراضي ولانه حق مالي يعتبر فيه الحول فلا تؤخذ منه الا من كالزكوة قال
ابن رستم عن محمد النصراني التغلبي الفقير لا شي عليه وهذا صحيح لان بني تغلب صولحوا على ان تضاعف عليهم ما يوخذ
من المسلمين والفقير من المسلمين لا زكوة عليه فكذلك التغلبي ٥ وقال محمد في الزيادات في نصراني مرض
السنة كلها فلم يقدر ان يعمل وهو موسر انه لا يجب عليه خراج راسه لانه على الصحيح المعتمل وكذلك

وكذلك ان مرض نصف السنة او اكثرها فان صح بعضه اشهرا او اكثر فعليه خراج راسه وذلك لان المريض لا يقدر على
العمل فهو كالذمي الغني وكذلك اذا مرض اكثر السنة لان الاكثر يقوم مقام الجميع وكذلك اذا مرض نصف
السنة لان الموجب والمسقط تساويا وانما طريقه العقوبة فكان الحكم للمسقط كالحدود ٥ قال ابن سماعة
عن ابي يوسف قال ابو حنيفة في الذمي يوخذ منه خراج راسه في سنته ما دام فيها فاذا انقضت السنة
لم يوخذ منه لما مضى وقال ابو يوسف اخذه بجميع ما مضى ما دام حيا وهو قول محمد لابي حنيفة ان الجزية
تجب على طريق العقوبة فكان لاجتماعها تاثير في التداخل كالحدود ولانها تجب للصغار والاستصغار موجود
بخراج السنة التي هو فيها فلا يحتاج الى الاستصغار لما مضى وجه قولهما انه حق هو مال فلا يتداخل كالزكوة
وان اسلم الذمي او مات سقط عنه ما مضى في قولهم وقال الشافعي لا يسقط والوجه فيه ان الجزية تجب على
طريق العقوبة وتسقط بالاسلام كالقتل ولانها تجب على وجه الصغار والموت ينافي الاستصغار قال
ابن سماعة عن ابي يوسف يوخذ حين يدخل السنة ومضى شهران منها نقصها عليه بشهرين او نحو ذلك
اخذ منه وقال لا يوخذ ذلك منه حتى يدخل السنة فلا يوخذ حتى تتم السنة وهذا فرع على ان الجزية تجب
باول الحول وقال الشافعي باخره لنا انها تجب لاسقاط القتل فصارت كما يجب الصلح من دم العمد ولان المعوض
قد سلم لهم فوجب ان يستحق العوض في مقابلته كالاجرة والثمن ولانا لو اخرناها الى اخر الحول لسقطت
بدخول الحول الثاني فوجب ان تقسط على شهور السنة ٥

باب الحكم في المرتدين

قال بشر بن الوليد عن ابي يوسف في رجل ارتد عن الاسلام انه لا يقتل حتى يستتاب فمن قتله قبل ان يستتيبه فقد اساء ولا شيء
عليه والاصل في ذلك ان المرتد يستحب عرض الاسلام عليه لما روي ان رجلا قدم على عمر فقال له هل من مغربة
خبر فقال نعم رجل منا ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال عمر لو وليتم منه ما وليتم حبستموه ثلثة ايام اعرض عليه الاسلام
كل يوم فان اسلم والا قتلته ولان الظاهر انه لا يرتد الا لشبهة دخلت عليه فيستحب عرض الاسلام لجواز ان
يذكر الشبهة فيزيلها وليس عرض الاسلام عليه بواجب لان الدعوة بلغته والكافر اذا بلغته الدعوة استحب
ان يجدد عرض الاسلام عليه ولا يجب ذلك على ما قدمناه ∴ واما وجوب قتل المرتد فلقوله تعالى ستدعون الى قوم
اولي باس شديد تقاتلونهم او يسلمون قيل في التفسير المراد به اهل الردة ولقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه
والحديث الذي قدمناه ٥ وان المستورد العجلي قتله علي بن ابي طالب رضوان الله عليه وجعل ماله لورثته المسلمين ٥
واما من قتله قبل عرض الاسلام فقد اساء ولا شيء عليه لان القتل قد وجب بالكفر وانما يستحب عرض الاسلام لجواز ان
يسلم فاذا قتله فالقتل مستحق فلا يلزمه ضمان ٥ واما تاجيل المرتد فقد ذكر بشر عن ابي يوسف انه قال اجلوني حتى
انظر في امري اجل ثلثة ايام لا يزاد على ذلك ٥ وقال محمد في السير الكبير فان لم يطلب المرتد الاجل لم يوخر
ساعة ويعرض الاسلام فان اسلم والا قتل وقال الحسن عن ابي حنيفة يستتيبه الامام فان تاب والا
قتله مكانه ٥ وكذلك قال محمد في السير الصغير وليس هذا باختلاف رواية لان المراد اذا طلب التاجيل فاما
طلب لينظر فيجب ان يمهل حتى ينظر في امره ٥ وان لم ينظر فهو موقوف على راي الامام فان غلب في ظنه
انه ان اجله اسلم وان لم يغلب ذلك في ظنه عجل قتله وانما قدر التاجيل بثلثة ايام لانها اقصى مدة الادنى
بدليل الخيار ٥ فاما كيفية التوبة فيجب ان يقول اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله
ويتبرأ من كل دين سوى دين الاسلام او يتبرأ من الدين الذي انتقل اليه وذلك لان كل كافر اخذنا عليه
الاسلام ولا بد من ان يتبرأ من الاديان من دينه الذي كان عليه فيقول اليهودي فاني بريء من اليهودية
ويقول النصراني اني بريء من النصرانية لان منهم من يقول ان محمدا رسول الله الى العرب خاصة فلا بد ان يتبرأ
من الاديان كلها ٥ فاما عبدة الاوثان فيكتفى في اسلامهم [illegible]
والمرتد [illegible] ولا بد من ان يتبرأ من الدين الذي انتقل اليه ومن الاديان ٥ فان تاب المرتد
ثم رجع فارتد كان حكمه في الدفعة الثانية والثالثة والرابعة [illegible] وحكي عن علي بن ابي طالب [illegible] انه لا توبة له
[illegible] لما روي ان اسامة بن زيد اراد ان يقتل رجلا فقال لا اله الا الله
فطعنه فقال النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] لا اله الا الله يوم القيامة فقال انما قالها
تعوذا فقال هلا شققت عن قلبه فدل على انه يرجع في الاسلام الى الظاهر ولان النبي عليه السلام كان يقبل من المنافقين
ظاهر الاسلام وقد اطلعه الله تعالى على اعتقادهم ولم يقتل فدل على ان الحكم لظاهر الاسلام ٥ ولانه لو
قبلت توبته في الدفعة الاولى والثانية لاظهار الاسلام وهذا المعنى موجود في الدفعة الرابعة واما قوله تعالى ان
الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا [illegible] وانما ذكر انهم ازدادوا كفرا
[illegible]
[illegible]
حتى يرتدع عن معاودته ٥ قال وان [illegible] الامام بعد الثالثة استتابه فان تاب [illegible]
وان تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ٥

ويرى عن حاله انه قد اخلص وذلك انه اذا اعاد بعد الثالثة فقد عظم جرمه فيزاد في عقوبته ويحبس استظهارا
في امره لانه لما لم يمكن الزيادة في عدد الضرب لان التعزير لا يبلغ الحد ضم اليه الحبس ٥ قال وقال ابو يوسف
واذا افهم المرتد فلم يتكلم ردد عليه حتى يعلم انه قد افهمته فان لم يتكلم قتلته لان الدعاء الى الاسلام
غير واجب وانما يستحب وقد فعل ذلك فامساكه عن الكلام لا يسقط القتل الواجب له واذا ارتدت
المراة الحرة والامة عرض عليها الاسلام فان اسلمت قبل منها وان ابت حبست واجبرت على الاسلام وهذا
قولهم وكان ابو يوسف يقول انها تقتل ثم رجع والدليل على انها لا تقتل ان كفرها الاصلي لا تستحق به
القتل لانها ليست من اهل القتال فكذلك الكفر الطارئ ولان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء وهو عام وانما
تجبر على الاسلام لان المسلم لا يقر على الكفر بعد التزامه الاسلام قال الحسن والحبس الذي تجبر به
المراة ان تحبس ثم تخرجها في كل الايام فيعرض عليها الاسلام فان ابت ضربها اسواطا ثم يعرض عليها الاسلام فان
ابت حبسها ثم تخرجها كل ايام فيعرض عليها الاسلام فان اسلمت والا ضربها ثم تحبسها ابدا حتى تسلم وهذا التحبيح
لانه لما تعذر القتل وجب ان يعاقب بما يجري مجرى التعزير والتعزير الضرب ٥ وقال ابو حنيفة فان كان مولى
الامة المرتدة محتاجا ليس له من يكفيه خدمته دفعها اليه يستخدمها وامر القاضي ان يجبرها على الاسلام وارسل
اليها القاضي كل ايام ليهددها ويضربها اسواطا يصنع بها ابدا ذلك حتى تموت او تسلم لان منافع الامة لمولاها
فكفرها لا يسقط حق المولى ويمكن الجمع بين التضييق عليها وبين الخدمة فيفعل ذلك ٥ وقد ذكر محمد في السير
الكبير حبس المرتدة ولم يذكر الضرب ٥ قال ولا يقر الرجال المرتدون على الردة بجزية ولا رق لقوله تعالى
تقاتلونهم او يسلمون لانهم بالغوا في الكفر حتى اعتقدوه بعد الاسلام فصاروا كعبدة الاوثان من العرب ٥
وان لحقت المرتدة بدار الحرب استرقت واجبرت على الاسلام والاصل فيه ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
استرقوا نساء اهل الردة وكانت ام محمد بن الحنفية منهم ولانها كافرة لا تقتل كالاصلية فاما المرتدة في
دار الاسلام فلا تسترق لانها من اهل دارنا والاسترقاق انما يثبت مع اهل الحرب خاصة ٥

باب حكم المرتد وتصرفه فيه

قال واذا ارتد رجل عن الاسلام فما صنع في ماله من عتق او تدبير او بيع او شرى او هبة او غير ذلك فهو موقوف
في قول ابي حنيفة فان قتل او مات او لحق بدار الحرب على ردته بطل جميع ما صنع من ذلك الا ان يدعي ولد
جارية له انه ابنه فانه ابنه وتكون امه ام ولد له ٥ وان اسلم قبل ان يموت او يقتل او يلحق بدار الحرب جاز جميع
ما صنع من ذلك وقال ابو يوسف جميع الذي صنعه جائز ان اسلم او قتل او مات او لحق بدار الحرب وقال
محمد ان اسلم جاز جميع ما صنع من ذلك وان مات او قتل او لحق فجميع ما صنع من ذلك جائز كما يجوز
للمريض في مرضه الذي مات فيه فيجوز عتقه وهبته وصدقته ومحاباته من الثلث اما ابو حنيفة
فمن اصله ان المرتد يزول ملكه عن ماله بردته زوالا مراعى فان اسلم زالت المراعاة فكانه لم يزل مسلما
وان قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فحكم الحاكم بلحاقه بطل جميع تصرفه وثبت نسب ولده والاستيلاد
لامه وجه قول ابي حنيفة ان الردة اوجبت اباحة دمه وحظر المال متعلق بحظر الدم بدلالة قوله عليه السلام
حرمة مال المسلم كحرمة دمه ولان اباحة الدم توجب اباحة الاموال كالحربي ٥ ولان [illegible] معنى
يوثر في الشاح ابتداء وبقاء وجب زوال الملك كالموت وانما جعل زوال الملك مراعى
لان الاباحة تعلقت بالكفر وهو يدعو الى دار الاسلام فاذا اسلم زالت احكام الكفر
عنه فكانه لم يرتد وان قتل على ردته او مات فقد استقر كفره فاستقر زوال الملك [illegible]
واما اذا لحق فلان اختلاف الدارين يمنع من ثبوت حق من كان من احدى الدارين فيما في الاخرى وكذلك
يملك عليهم بالحيازة ويملكون علينا ولو جاز ان يثبت لنا حق فيما في دارهم لم يملكوه علينا بالحيازة واذا
انقطع الحقوق في دار الاسلام بطلت المراعاة وانما وقف ذلك على حكم الحاكم باللحاق لان انقطاع
الحقوق باللحاق معنى مختلف فيه فوقف حكمه على انفاذ الحاكم كمسائل الاجتهاد واذا ثبت ما قدمناه
وقف تصرفه في ماله لوقوف ملكه فان اسلم زالت المراعاة وتم ملكه ونفذ تصرفه كانه لم يزل
مسلما واما اذا قتل او مات او لحق استقر زوال الملك في اخر جزء من اجزاء اسلامه وانتقل المال
الى ورثته فصار منهم وانبرها لهم فلم ينفذ تصرفه واما الاستيلاد وثبوت النسب فلانه يثبت في شبهة الملك
كما يثبت في الملك الا ترى ان الاب اذا ادعى ولد جارية ابنه ثبت النسب وكذلك المكاتب اذا اشترى جارية وادعى
ولدها ثبت نسبه منه ووقوف الملك اقل احواله ان يكون شبهة ملك يتعلق به ثبوت النسب والاستيلاد
وقد قال ابو حنيفة ان مال المرتد موقوف عليه وعلى ورثته فان تصرف فيه وقف تصرفه وان تصرف الوارث
لم يصح تصرفه وان انتقل الملك اليه بموت المرتد وذلك لان الملك الموقوف على اثنين يكون فيه تصرف
اخصهما الا ترى ان كسب المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه ويجوز فيه تصرف المكاتب دون المولى لانه
اخص به والمرتد اخص بالمال الا ترى انه يقدر على تملكه في الحال بان يسلم والوارث لا يقدر على تملكه فصار

المرتد أخص فلذلك وقف تصرفه ولم ينفذ تصرف الوارث، وأما أبو يوسف فقال إن الردة توجب القتل ووجوب القتل لا يؤثر في جواز التصرف ولا تغير حكم الملك كوجوب القصاص، وأما محمد فجعل المرتد كالمريض وجوز تصرفه فيما لا يتبرع فيه وما كان من التبرع جوزه من الثلث، والوجه في ذلك أن حال المرتد مخوف بالإله أن من قبله منا الناس لا يثني عليه فصار كحال المريض أو أخوف، ولأن امرأته تبين منه بالردة وترث إن مات وهي في عدتها كما ترث امرأة المريض إذا أبانها في مرضه، فعلى هذا يجوز في قول محمد شركته ومضاربته وبيعه بما يجوز من المريض إلا المفاوضة خاصة فإنها لا تجوز لأن الكفر يمنع من المفاوضة مع المسلمين عنده ككفر الذمي، وأما المرتدة فيجوز تصرفها في مالها لأن ردتها لا توجب إباحة دمها فلم يؤثر ذلك في تصرفها في مالها.

باب ميراث المرتد

قال أصحابنا رحمهم الله إذا مات المرتد أو قتل أو حكم بلحاقه الحاكم فما اكتسبه في حال إسلامه لورثته من المسلمين، وقال الشافعي هو فيء، لنا ما روي أن عليا رضي الله عنه قتل المستورد العجلي حين ارتد وجعل ميراثه لورثته من المسلمين، وعن ابن مسعود مثل ذلك، ولأن من لا نرثه ورثته من الكفار ورثته من المسلمين كالمسلم، ولأنه على حكم الإسلام بدليل أنه لا يمكن من التصرف في الخمر والخنزير ويجبر ولده على الإسلام فمن ثبت له حكم الإسلام انتقل ماله إلى ورثته من المسلمين كالمجنون والصبي، وأما ما اكتسبه في حال ردته فهو فيء لأنه كسب مباح الدم فكان فيئا كمال الحربي، وإذا ثبت أن ما اكتسبه في حال الإسلام لورثته من المسلمين قال أبو حنيفة في إحدى الروايتين من كان وارثا في حال الردة وبقي على صفته في استحقاق الميراث إلى حين القتل ورث، وقال في الرواية الأخرى من كان وارثا في حال الردة استحق الميراث بالموت وإن خرج من أن يكون وارثا، وجه الرواية الأولى أن حكم الميراث يثبت بالردة ويقف مراعى على الموت وكل أمر يثبت في الحال واستند إلى حالة سابقة اعتبر فيه الطرفان كإجازة البيع الموقوف، فعلى هذا من مات بعد الردة قبل موت المرتد لم يرث، وأم ولد المرتد وامرأته في العدة ورثت فإن انقضت عدتها قبل موته لم ترث، وجه الرواية الثانية أن الملك ينتقل إلى الوارث في آخر جزء من أجزاء الإسلام فإذا استقر الانتقال بالموت لم يعتبر تغير حال الوارث بعد انتقال الملك إليه، فأما على قول أبي يوسف ومحمد فما اكتسبه في حال الإسلام وحال الردة سواء وذلك كله لورثته من المسلمين لأن الردة لا تؤثر في أملاكه عندهما، وأما ديون المرتد فروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن ديون المرتد كلها فيما اكتسبه في حال الردة خاصة فإن لم يف بالدين كان الباقي فيما اكتسبه في حال الإسلام، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ديون المرتد فيما اكتسبه في حال الإسلام إلا أن لا يفي كسبه في حال إسلامه بدينه فيكون ما بقي فيما كسبه في حال ردته، وقال زفر والحسن ما لحقه من الدين في حال الإسلام فهو فيما اكتسبه في حال الإسلام وما لحقه من الدين في حال الردة فهو فيما اكتسبه في حال الردة، وروي مثل ذلك عن أبي حنيفة، وجه رواية أبي يوسف أن أموال المرتد تنتقل إلى ورثته بردته والديون تتعلق بالمال الذي يكون على ملك الإنسان في حال الموت دون ما انتقل ملكه عنه قبل ذلك كديون المسلم، وجه رواية الحسن أن ما اكتسبه في حال الإسلام موروث عنه وما اكتسبه في حال الردة فيء والدين يتعلق بالمال الموروث، وجه قول زفر أن كل واحد من الحالين أعني حال الإسلام والردة لها حكم في الملك تخالف الأخرى فما يتعلق بكل واحد من الحالين فالدين يكون في كسبها دون غيرها وصار كما لو كان لمالكين مختلفين، وقال محمد في الأصل إذا جنى المرتد جناية لم تعقله العاقلة لأنها تتحمل عنه للنصرة والمسلم لا يلزمه نصرة المرتد. قال وإذا ارتد الرجل عن الإسلام فقتل رجلا من المسلمين أو أخذ مالا أو قذف رجلا مسلما ثم لحق بدار الحرب مرتدا محاربا ثم جاء تائبا أخذ بجميع ذلك، وإن كان فعل ذلك بعد لحاقه بدار الحرب محاربا ثم جاء مسلما لم يؤخذ بشيء من ذلك، أما ما فعله في دار الإسلام ثم لحق ثم عاد فإنه يؤخذ منه ما تعلق به حق الآدميين ويسقط ما كان حقا لله تعالى مثل حد الزنا والشرب والسرقة، فأما القصاص فهو حق لآدمي وقد وجب عليه فلحاقه بدار الحرب لا يسقطه كالدين، وكذلك حد القذف المطالبة فيه لآدمي فلا يسقط بالتأخير كالقصاص، وأما حد الزنا والشرب فإنها تسقط بالتأخير واللحاق بدار الحرب أكثر من التأخير، وأما إذا لحق بدار الحرب ثم فعل شيئا من ذلك ثم تاب لم يؤخذ بشيء منه لأنه صار في حكم أهل الحرب، والحربي إذا قتل مسلما أو قذفه لم يؤخذ بذلك بعد الإسلام.

باب من يرث المرتد

قال قد بينا في الباب الأول أن ميراث المرتد لورثته من المسلمين وأن المعتبر في إحدى الروايتين من كان وارثا في آخر جزء من أجزاء إسلامه وبقي كذلك إلى حين القتل أو الموت استحق الميراث، وفي الرواية الأخرى يعتبر الطرفان فمن كان وارثا في آخر جزء من أجزاء إسلامه استحق الميراث، وأما على قول أبي يوسف ومحمد فإن ماله ينتقل إلى من كان وارثا عند القتل أو الموت لأن الردة عندهما لا تؤثر في زوال الملك وإنما يزول بالموت فينتقل إلى الورثة حينئذ.

قالوا وأما إذا لحق المرتد بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه فقال أبو يوسف ينتقل ميراثه إلى من كان وارثا يوم حكم الحاكم بلحاقه، وقال محمد ينتقل عند الحكم باللحاق إلى من كان وارثا يوم اللحاق، وجه قول أبي يوسف أن مال المرتد بعد لحاقه موقوف على ملكه وإنما يزول ملكه عنه بحكم الحاكم فوجب اعتبار صفة الوارث عند زوال الملك كما يعتبر من كان وارثا بعد الموت والقتل، وجه قول محمد أن اللحاق هو السبب الموجب لقطع العصمة وزوال الأملاك وإنما يقف مراعى على حكم الحاكم فإذا حكم زالت المراعاة وانتقل الملك باللحاق السابق إلى كل من كان وارثا عنده، وهذا كالمكاتب إذا مات أديت كتابته وانتقل ميراثه إلى من كان وارثا عند الموت ولا يعتبر يوم الأداء، وأما الزوجة فقد ذكر أنه يعتبر بقاؤها في العدة عند الموت أو الحكم باللحاق، وهذا على إحدى الروايتين، فأما الرواية التي اعتبر الطرف الأول ولا يعتبر بها العدة إلى حين الموت، وأما المرتدة إذا ماتت أو قتلت انتقل ميراثها إلى من كان وارثا عند الموت لأن ردتها لا تغير ملكها فصار موتها كموت المسلمة، وأما إذا لحقت اعتبر من كان وارثا عند الحكم في قول أبي يوسف، وقال محمد يوم اللحاق وقد بيناه، وإذا حكم الحاكم بلحاق المرتد حكم بما له لورثته وأعتق مدبريه وأم الولد، وأما المكاتب فيؤدي مال الكتابة إلى الورثة ويصير ذلك كموت المولى ويقوم الورثة مقامه في استيفاء مال الكتابة، فإذا أداه عتق وكان ولاؤه للمرتد لا يكون ولاؤه للمولى، وقال في الأصل في مرتد مات ابن له والأب حي ثم قتل الأب مرتدا وللأب مولى وللابن مولى أعتقه غير مولى الأب فالميراث لمولى الأب وليس لمولى الابن شيء لأن الابن لم يبق على صفة الميراث إلى حين موت الأب فخرج من أن يكون وارثا على إحدى الروايتين فينتقل الميراث إلى مولى الأب فكأنه لم يكن له ابن.

باب المرتد يلحق بدار الحرب ثم يرجع مسلما

قال وإذا ارتد الرجل فلحق بدار الحرب فحكم الحاكم بلحاقه وقسم ماله بين ورثته وعتق مدبروه وأمهات أولاده ثم جاء مسلما فما كان من ماله قائما في يد وارثه رد عليه وما كان قد باعه الوارث أو ملكه أو أعتقه أو دبره أو استولدها فإن ذلك ماض لا سبيل للمرتد عليه ولا شيء على الوارث من ضمان ولا غيره ولا على الذي ملكه، والأصل في هذا أن المرتد إذا عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجد من ماله في يد وارثه بحاله فهو أحق به، وذلك لأن المال ملك عليه بغير عوض فما دام على ملك من ملكه جاز أن يثبت فيه حق الرجوع كالهبة، وأما ما زال ملك الوارث عنه فلا رجوع له فيه سواء ذلك بسبب يلحقه الفسخ كالبيع أو بسبب لا يلحقه الفسخ كالعتق لأن الملك زال فصار كملك الموهوب له إذا زال فيسقط الرجوع، وأما من أعتقه الحاكم من أمهات الأولاد والمدبرين فلا سبيل عليهم لأن العتق لا يلحقه الفسخ بعد وقوعه، وأما مكاتب المرتد إذا أدى إلى ورثته فعتق لم ينفسخ عتقه فإن كان مال الكتابة في يد الوارث بحاله أخذه المرتد، وذلك لأن الوارث قام مقام المرتد في استيفاء مال الكتابة فكأنه أدى إلى المرتد فلا ينفسخ عتقه، وأما المال فإن كان بحاله ثبت فيه الرجوع كما ثبت في سائر أموال المرتد، وإن كان زال ملك الوارث عنه لم يلزمه فيه ضمان. قال فإن رجع المرتد من دار الحرب مسلما قبل أن يحكم الحاكم بلحاقه فماله على حاله وكذلك مدبروه وأمهات أولاده ومكاتبوه ولا يعتق منهم شيء وهم على حالهم الأولى لأن حال المرتد موقوف ما لم يحكم باللحاق فإذا عاد مسلما سقط حكم الردة وكأنه لم يزل على إسلامه. وأما إذا لحق المرتد بشيء من ماله معه ثم ظهر على الدار وأسر المرتد فماله الذي معه فيء ملحق به وما اكتسبه هنالك، وذلك لأن المرتد إذا لحق صار في حكم أهل الحرب فما معه من المال مال الحربي، ولأن أخذه قبل استقرار حق الوارث فيه لأن حق المرتد في ماله لا ينقطع إلا باللحاق وهو أخص به من الوارث، وإذا أصاب المال في دار الحرب ولم يتعلق به حق مسلم كان فيئا. قال فإن عاد المرتد من دار الحرب بعد لحاقه فأخذ طائفة من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر عليه فأشرف عليها في يده فالورثة أحق بالملك الذي أخذه حين رجع إن أصابوه قبل القسمة أخذوه بغير شيء وإن أصابوه بعد القسمة أخذوه بقيمته، وهذا على وجهين إما أن يرجع بعد الحكم بلحاقه أو قبل الحكم بلحاقه، فإن رجع بعد الحكم فهو كما ذكر في الرواية وأجوده لأن الحاكم لما حكم بلحاقه انقطع عن حكم دار الإسلام وصار حربيا واستقر حق ورثته في ماله، فإذا عاد وأخذه فقد أخذ مال الوارث فإذا أخذه قبل القسمة بغير شيء وبعدها بالقيمة، وأما إذا عاد قبل الحكم بلحاقه ففيه روايتان قال في إحدى الروايتين إنه لا حق للورثة فيما أخذ ويكون فيئا لأن اللحاق لم يستقر بحكم الحاكم فإذا عاد انفسخ لحاقه وصار كأنه أخذ المال معه ابتداء، وقال في الرواية الأخرى إن عوده قبل الحكم بلحاقه كعوده بعد الحكم وذلك لأن عوده غير مستقر ألا ترى أنه لا يتمكن من المقام مع الردة في دار الإسلام فلما رضي بالعود ما دون أهلها لأنه غير مطمئن فصار كدخول الحربي ودخوله بعد الحكم.

باب المرتد يلحق بدار الحرب بماله وولده وأهله ثم ظهر المسلمون على جميع ماله وأهله وولده

قال بشر بن الوليد عن أبي يوسف في نوادره في رجل ارتد عن الإسلام ولحق بدار الحرب هو وامرأته مرتدين ومعهما أولادهما الصغار والولد ولا أولادهما ولد

وولد اولاد اولادها قال ابو حنيفة اذا ظهر عليهم فان الاب يستتاب فان تاب والا قتل وان تابت المراة والا
حبست وقال في اولادها الذين خرجا بهم من دار الاسلام واولاد اولادها استتيبهم فان تابوا والا حبسوا ٥ وقال ابو يوسف
في الام ان تابت والا قتلت ثم رجع ابو يوسف في المراة الى قول ابي حنيفة وقال في الاولاد يجبرون ولا يقتلون وفي
اولاد الاولاد يجبرون وجملة هذا ان كل من ثبت له حكم الاسلام بنفسه وهو ممن تلحقه العقوبة في حال
الاسلام اذا رجع عن الاسلام قتل ان كان ذكرا وان كان انثى حبست وقد بينا ذلك فيما تقدم ومن ثبت له الاسلام
بالدار او بالجد او بابويه او اسلم بنفسه في حال لا تلحقه فيها العقوبة ثم ارتد فانه يحبس ولا يقتل لان من صار مسلما
باسلام ابويه او بالدار فاسلامه ضعيف الا ترى انه لا يستحق به الثواب وانما ثبت له حكما فلم يجب القتل بالرجوع
عنه ولان القتل يسقط بالشبهة فاذا كان الاسلام ضعيفا كان ذلك شبهة في وجوب القتل فاما
من اسلم في حال الصغر فقد اختلف في صحة اسلامه فاوجب ذلك ضعفا فيه ولانه ممن لا يستحق العقوبة
بافعاله فصار ذلك شبهة مانعة من وجوب القتل بعد بلوغه الا ان هولا يجبرون على الاسلام لانا حكمنا
لهم بحكم الاسلام فسقوط القتل بردتهم لا يمنع اجبارهم كالمراة واما ولد الولد اذا كان ابوه مرتدا فابوه
مولود في حال الردة في دار الحرب فانه لا يجبر على الاسلام لان اباه لم يحكم له بحكم الاسلام ولو اجبرناه لان جده
ممن ثبت له حكم الاسلام لوجب ان يجبر جميع الناس على الاسلام لاسلام ادم ونوح عليهما السلم الا ترى انه ليس
جد في ذلك اولى من جده ولما اذا كان ولد المرتد قد ثبت له حكم الاسلام بان ولد في حال الاسلام ثم خرج
به ابوه مرتدا فولد لهذا الولد ولد في دار الحرب فقد ذكر بشر عن ابي حنيفة انه يجبر على الاسلام وقال
ابو يوسف لا يجبر وجه قول ابي حنيفة ان الاب ثبت له حكم الاسلام بالدار وبانه ولد في حال الاسلام
فيجبر ولده على الاسلام كولد المجنون لما ثبت لابيه حكم الاسلام اجبر وجه قول ابي يوسف ان الاب انما ثبت له
حكم الاسلام لا بنفسه وانما ثبت ذلك بالجد وقد بينا ان الولد لا يجبر على الاسلام تابعا للجد وقال في الجامع الصغير
عن ابي حنيفة في الرجل وامراته يرتدان عن الاسلام ويلحقان بدار الحرب فتحمل امراته في دار الحرب وتلد ثم
ظهر على ولدها قال هو فيء ويجبر على الاسلام وان كان لولدها ولد ثم ظهر على ولد الولد كان فيئا ولم يجبر
على الاسلام وهذا صحيح على ما قدمنا لان الولد الذي حملته في دار الحرب ثبت لابيه المرتد حكم الاسلام فيجبر
على الاسلام فاما ولد الولد فلم يثبت لابيه حكم الاسلام لانه ولد الكافرين في دار الحرب فلو صار مسلما لتبع
جده في الاسلام وهذا لا يجب ٥ قال ابن سماعة في نوادره عن محمد في رجل ارتد هو وامراته جميعا ولحقا بدار الحرب
ومعهما اولاد لهما صغار ذكور واناث والمراة حامل فكبر اولادهم الصغار وبلغوا وولد لهم اولاد ذكور واناث
واولاد الذين بلغوا على دين ابيهم الذي صار اليه من الكفر فولد لهم على ذلك وبلغ اولادهم وولدت المراة الحامل
فكبر ولدها وقد وضعته امه في دار الحرب فبلغ وولد له ذكور واناث فبلغوا وهم وولده على دين ابيهم الكافر
وولد للرجل المرتد من امراته المرتدة في دار الحرب اولاد وبلغوا وولد لهم اولاد ذكور واناث قال محمد اما
اولاد الرجل والمراة الذين لحقوا بهم من دار الاسلام من الاناث واولاد اولادهم من الاناث ايضا فانهن فيء
كلهن فينبغي ان يجبر الاولاد من الاناث اللواتي لحق بهن ابوهن الى دار الحرب وهن صغار على الاسلام
لانهن مرتدات بارتداد ابويهن ويجبر ايضا اولادهن على الاسلام لان امهاتهن اصل الاسلام وذلك لان المرتدة
نفسها مسترق فولد المرتد اذا كان انثى اولى واما قوله ويجبر اولادهن على الاسلام فهذا موافق لما رواه بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة ان الولد اذا حمل من دار الاسلام فقد ثبت له حكم الاسلام بالدار فيجبر ولده على الاسلام تبعا لابيه
لا لجده ٥ قال محمد فاما الكافر من اولاد الذين لحق بهم ابواه من دار الاسلام الى دار الكفر من الرجال واولادهم ايضا
فاني اجبرهم جميعا على الاسلام ولا يكونون فيئا وذلك لانهم قد حكم لهم بحكم الاسلام بالدار او باسلام ابيهم وكل ذكر
حكم له بحكم الاسلام لم يسترق ٥ قال محمد وكذلك الذي كان حملا يوم ارتد ابواه واولاد الحمل هم جميعا في الحكم
بمنزلة الصغار الذين لحق بهم ابوهم لان هذا الحمل حصل علوقه في دار الاسلام فحكم له بحكم الاسلام فلم يصر فيئا
وكذلك ولده يثبت له حكم الاسلام بابيه ٥ قال فاما ولد الرجل من المراة في دار الحرب مما حملت به في دار الحرب
فانهم بمنزلة ما لحقوا به من دار الاسلام لان اباهم اصل الاسلام فاجبرهم على الاسلام ولا استرقهم اذا كانوا
ذكورا لما قدمنا ان من ثبت له حكم الاسلام بابيه لم يسترق واما اولادها الذين حملت بهم في دار الحرب فاني لا اجبرهم
على الاسلام واسبيهم لانا لو حكمنا لهم بالاسلام كان ذلك تابعا لجدهم وقد بينا ان الولد لا يلحق بالجد في الاسلام ٥
وكل من ولد في دار الحرب لا يجبر على الاسلام فانه يسترق كاولاد الحربيين قال محمد ولو ان رجلا ارتد
عن الاسلام هو وامراته جميعا ثم حملت منه وهما بعد ردتهما ثم ولدت فيها مرتدان على حالهما فان هذا الولد نصراني
ابويه ولا اصلي عليه ان مات وان مات ابواه قبله لم يرثهما مع اخوته الذين ولدوا في اسلام ابويه وذلك
لان الولد يصير مسلما باسلام ابويه وكافرا بكفرهما واذا حملت به وهما مرتدان كان على حكم دينهما ولم يرثهما
لان ميراث المرتد لورثته من المسلمين دون المرتدين ٥ قال ولو ان هذا الرجل وامراته لحقا بدار الحرب
ولحقا بولدهما الذي ولد لهما في دار الاسلام وحملت به في حال ردتهما ثم كبر هذا الولد في دار الحرب فولد له اولاد
وبلغوا ثم سبوا جميعا فانه يجبر ولده وولد ولده على الاسلام ولا يقتلون ويسترق الاناث من ولده ويسترق ابنا

الصغار

الصغار من الذكور فاما من ادرك من الذكور فانه يجبر على الاسلام ولا يسترق وذلك لان ما حملت به وهما
مرتدان في دار الاسلام فقد ثبت له حكم الاسلام بالدار وان لم يثبت له بابويه فلذلك يجبر ولده على الاسلام
واما استرقاق الصغار من ولده فلانهم لا يجبرون على الاسلام لان الصغير يتبع من ذلك فيسترقون كاولاد
اهل الحرب والبالغ منهم يجبر على الاسلام ولا يسترق ٥ قال ولو ان امراة مسلمة وزوجها مسلم
ارتدت وهي حامل من المسلم فلحقت بدار الحرب ثم سبيت كانت هي وولدها فيئا وكذلك رجل مسلم في دار
الحرب وامراته حربية فسبيت كانت هي وولدها فيئا وذلك لانها لما سبيت وهي حامل فالولد في
حكم الجزء منها فيرق برقها الا ان يثبت له حكم الجزئية من ملك ابيه لا امه او بالغرور ٥ قال محمد في السير
الكبير في الذمي ينقض العهد ويلحق بدار الحرب هو بمنزلة المرتد في جميع الاشياء يقضى بلحاقه ويورث
ميراثه وتبين امراته المعاهدين الا انه يخالف المرتد لا يكون فيئا وناقض العهد اذا اسر كان فيئا وهذا صحيح
لان من اصلنا ان الذمي لا يصير ناقضا للعهد بما يفعله في دار الاسلام فاستقل الحربية منه المعاهدين لما ينتقل
حال المرتد الا انه يسترق لانه لما نقض العهد عاد الى اصل كفره فيسترق كما كان يسترق قبل العهد واما
المرتد فلا يعود الى اصل الكفر لانه يجبر على الاسلام والاسترقاق

باب ارتداد الصبي ومن في معناه

واذا ارتد الصبي عن الاسلام وهو يعقل فارتداده ارتداد ولا يرث المسلمين ولا يرثه فان مات لم يصل عليه ويجبر ولا
يقتل فاذا بلغ على ذلك اجبر على الاسلام ولم يقتل وجملة هذا ان اسلام الصبي الذي يعقل اسلام عند ابي حنيفة ومحمد
وردته ردة وقال ابو يوسف اسلامه اسلام وردته ليست بردة وقال زفر لا يكون اسلامه اسلاما ولا ردته
ردة وجه قولهما ما روي ان عليا رضي الله عنه اسلم وهو صغير فحكم باسلامه وفخر بذلك في كلامه
ولان الاسلام يتعلق بكمال العقل دون البلوغ بدلالة ان من بلغ غير كامل العقل لم يصح اسلامه والعقل يوجد
في الصغير كما يوجد في الكبير واذا ثبت انه يصير مسلما حكم بردته اذا ارتد كالبالغ ولان الاسلام عقد
من العقود والردة حل له فمن ملك العقد صح ان يحله كسائر العقود ٥ وجه قول ابي يوسف ان
الاسلام فيه منفعة والكفر فيه مضرة والصبي يجوز ان تجلب له المنافع ولا يجوز ان تجلب عليه المضار
بدليل انه لو قبل الهبة صح ولو وهب لم يصح ٥ واما زفر فقال ان الاسلام والكفر طريقهما الاقوال
واقوال الصبي لا يتعلق بها الحكم بدلالة الاقرار والبيع واذا ثبت انه يصير مرتدا لم يقتل لان القتل عقوبة
واسلام الصبي ليس بكامل لاختلاف الناس فيه فلم يقتل بالرجوع عنه ولان القتل لا يجوز ان يتعلق
بفعل الصبي كالقصاص ولان الاسلام والكفر يتعلقان بالعقل فموجبان بوجوده وما سوى ذلك من
احكام الاسلام والكفر هي احكام شرعية فثبتت بحسب ما اثبته الشرع وينتفي بحسب نفيه وانما
يجبر على الاسلام لانا حكمنا بصحة اسلامه فلا يجوز ان يترك على اعتقاد الكفر ٥ قال واذا كان
الصبي لا يعقل فما لم يوجد العقل لم يتعلق بما يظهره حكم فاما من يجن ويفيق فان ارتد في حال جنونه
لم يكن ذلك ارتدادا وان ارتد في حال افاقته [illegible]
[illegible] قال في ارتداد السكران الذاهب العقل [illegible]
[illegible] قال الحسن عن ابي حنيفة [illegible]
[illegible]
[illegible]
لان كلمة الكفر سبب من اسباب الفرقة [illegible] ووجه الاستحسان ان الردة ليست بفرقة
وانما تقع الفرقة [illegible] ٥ قال محمد في رجل
اكره على الكفر [illegible]
[illegible] قال الحسن عن ابي حنيفة [illegible]
[illegible]
[illegible]
ان الكفر والاسلام يتعلق بالاعتقاد [illegible]
[illegible]
[illegible]
عن ابي حنيفة في الصبي [illegible]
[illegible]
[illegible]
فلم يجب عليه القتل بالردة [illegible]

بعد البلوغ او وصفه فانه يقتل اذا ارتد لانه صار مسلما بفعله لا على طريق التبع فيجب ان يلزمه العقوبة منها ه

باب المرتد يولد له بعد الردة

قال هشام سألت محمدا عن رجل وامرأته مسلمين ارتدا معا ثم اكتسب المرتد مالا في ردته ثم جاءت المرأة بولد وهي مرتدة او كانت له ام يهودية او نصرانية فجاءت بولد بعد الردة وقال محمد ان جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر ثم قتل الاب على ردته او لحق بدار الحرب فان هذا الصبي يرث مع ورثة المرتد كلما كان له قبل الردة واما ما اكتسب بعد الردة فهو فيء ولا يرثه احد منهم لانه الذي ولد له بعد الردة. قال هشام ما اظن انه هذا قول ابي حنيفة وهذا صحيح لانها اذا جاءت بالولد بعد الردة لاقل من ستة اشهر فقد علقت به في حال الاسلام فحكم له بحكم الاسلام فصار كغيره من الورثة المسلمين. واما اذا وضعته لستة اشهر فصاعدا لم يتيقن انها علقت به قبل الردة فلم يحكم باسلامه فلم ترث. قال هشام فاما اذا ارتد الرجل ولم ترتد امرأته او كانت له ام ولد مسلمة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر يوم ارتد فانه يرث مع ورثته المسلمين. قال هشام انما لا يرث الولد اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر والاب مرتد والام مرتدة وهذا صحيح لان الام اذا كانت مسلمة فالولد مسلم باسلامها فيرث المرتد كما يرثه بقية الورثة. قال واذا مات الرجل عن امرأته وهي مسلمة حامل ثم ارتدت ولحقت بالدار (?) وولدت هناك فانه لا شيء عليه وهو مسلم باسلام ابيه وله الميراث لانها علقت به في حال الاسلام فحكم باسلامه ولم يتغير بذلك بردتها. واما ان سبيت قبل ان تلده ثم ولدته في دار الاسلام فهو مسلم وهو مملوك وميراثه لورثته فلا يرث له ميراث المرتد وذلك لانه في حكم الجزء من الام فرق برقها ولا يرث اباه لان المملوك لا يرث. وقال بشر عن ابي يوسف في الاملاء في المرتد يتزوج مسلمة في حال ردته فتلد له غلاما او يطأ امة مسلمة فتلد غلاما انه يكون ابنه وهو مسلم يرث المرتد ان قتل على ردته او مات وهذا قول ابي حنيفة وان كانت امه كافرة لم يرث وذلك لانه يصير مسلما باسلام امه فيرث المرتد كما يرثه المسلمون. واما اذا كانت امه كافرة فقد اجتمع ابواه على الكفر فلا يحكم له بحكم الاسلام. واما اذا ولدوهما مسلمان ثم كفرا ولم يكن كفرهما (?) لهما دار بعد دار الاسلام وذلك لانه يبقى على حكم اسلامه لاجل الدار الا ترى ان اللقيط في دار نحكم له باسلامه بالدار ولذلك المسبي اذا لم يكن معه احد ابويه فلذلك هذا المولود لما انقطع عنه حكم ابويه ه

باب السيرة في البغاة

قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة رحمه الله اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة وقال ان كان الناس مجتمعين على امام من المسلمين والناس امنون والسبيل امنة فخرج ناس منهم ينتحلون الاسلام على اهل الجماعة فينبغي للمسلمين ان يعينوا امام الجماعة وان لم يعينوه على ذلك لزموا بيوتهم ولم يخرجوا مع الذين خرجوا على امام الجماعة ولم يعينوهم ولم يجعلوا يدا من طاعة كان الذين خرجوا على امام الجماعة من الخوارج او من غيرهم وهذا قول زفر وابي يوسف والاصل في ذلك قوله تعالى فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فهذا يدل على انه يجب قتال الفئة الباغية ولان علي بن ابي طالب رضي الله عنه قاتل من خرج عليه بحضرة الصحابة من غير خلاف ه ولان البغاة يفرقون جماعة المسلمين ويطمعون عدوهم فيه فيجب صدهم عنه. فاما الذي روي ان ابن عمر قعد في الفتنة وكذلك جماعة من الصحابة فيجوز ان يكونوا لم يكن بهم قدرة ومن لا غناء في حضوره القتال لا يلزمه القتال والحضور والذي قال ابو حنيفة انه يعتزل الفتنة ويلزم بيته انما يريد به اذا لم يكن هناك امام يدعوه الى القتال فاما اذا دعاه الامام الى القتال وعنده غناء وفيه قدرة لم يسعه التخلف عنه ذلك. قال الحسن وكان ابو حنيفة يقول للامام اذا بلغه ان الخوارج يشهرون السلاح ويتأهبون لقتال الجماعة ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك او يحدثوا توبة لان العزم على الخروج معصية فيجب على الامام ان يزجرهم عنها ولانه اذا حبسهم قطعهم بذلك عن الخروج وكفى المسلمين مؤنتهم والذي روي ان عليا رضي الله عنه كان يخطب فسمع رجلا يحكم من ناحية المسجد فقال كلمة حق اريد بها باطل انا لا نمنعكم مساجد الله ان تذكروا فيها اسمه ولا نمنعكم حقكم من الفيء ولم يحبسهم فيجوز ان يكون لم يعلم انهم على عزم الخروج فلذلك لم يتعرض لهم ه. قال وان لم يعلم الامام حتى تعسكروا وتأهبوا لقتال الجماعة فينبغي للامام ان يبعث اليهم من الجند من يقاتلهم ه وينبغي للمسلمين ان يسارعوا الى ذلك ويقاتلوهم فاذا لقوهم فحسن ان يدعوهم الى العدل والى الجماعة وان يدعوا ما هم عليه فان ابوا انحازوا الى ذلك قاتلوهم وان لم يدعوهم الى ذلك حتى قاتلوهم فلا بأس بذلك وانما وجب ان يقاتلوهم اذا عسكروا لان في تركهم تقوية لهم وتمكينا لهم من اذية المسلمين ومن الغلبة على بلادهم فيجب ان يحمل المسلمون كفهم ه. واما الدعاء قبل القتال فلان عليا عليه السلام انفذ ابن عباس فدعا اهل حروراء وناظرهم قبل قتالهم ولان من بلغتهم الدعوة يستحب ان يدعى قبل القتال والبغاة قد بلغتهم كلمة الدعوة لهذا قال وان قاتلهم قبل الدعاء فلا بأس. قال فاذا قاتلهم فهزم اهل العدل الخوارج والخوارج فيه يلجؤون اليها فينبغي لاهل العدل ان يقتلوا مدبرهم وان يجهزوا على جريحهم وان يقتلوا اسيرهم وذلك لان الواجب

ان

ان تقاتلوا حتى يزول بغيهم قال الله تعالى حتى تفيء الى امر الله. ومتى كانت لهم فئة يرجعون اليها فالمولي لم يزل بغيه لانه ينحاز الى البغاة فيعود الى القتال فلذلك جاز قتله ولذلك الجريح لا يؤمن ان يبرأ فيعينهم على القتال. واما الاسير فان راى الامام ان يقتله قتله لان البغي لم يزل باسره وان راى ان يخلي عنه فعل لان عليا رضوان الله عليه كان اذا اخذ اسيرا استحلفه ان لا يعين عليه وخلاه وان راى الامام ان يحبس الاسير حتى يتوب اهل البغي ويعودوا فعل فاما اذا لم يكن لهم فئة فلا يتبع موليهم ولا يجهز على جريحهم ولا يقتل اسيرهم لان عليا رضي الله عنه هكذا فعل بالبصرة ولان المقصود ازالة بغيهم وقد حصل ذلك بالهزيمة فلا معنى للقتل. قال وان تاب اهل البغي وفي يديه منهم اسير فله ان يحبسهم حتى يحدثوا توبة ثم يخلي سبيلهم لانهم على معصية فله ان يزجرهم بالحبس عنها ه. قال واذا ظفر اهل العدل بما في عسكر اهل العدل (?) فيستعينوا به على قتال اهل البغي واذا وضعت الحرب اوزارها رد ذلك على اهله وانما جاز الاستعانة به لانهم اذا احتاج اهل العدل الى ذلك لان النبي عليه السلام اخذ من صفوان ادراعه بغير اختياره ولانه يجوز للامام ان ياخذ سلاح المسلم اذا احتاج اليه فلان ياخذ سلاح اهل البغي اولى فاذا استغنوا عنه مسكه لهم لانه لا يملك مالهم بالغلبة وانما يمنع منه حتى لا يستعينوا به على اهل العدل فاذا زال بغيهم امن هذا المعنى فوجب رده عليهم ه. واما ما سوى الكراع والسلاح من المتاع والزينة فيرفعه حتى اذا وضعت الحرب اوزارها وتاب اهل البغي رد ذلك لان مالهم لا يجوز ان يغنم بدلالة ما روي ان عليا عليه السلام قال في اهل البصرة ولا يغنم لهم مال ولا تسبى ذرية وانما يمنع منهم الاموال لما في ذلك من المصلحة فاذا زال بغيهم ردت اموالهم عليهم ه. قال وما اصاب من اهل العدل واصابه اهل العدل من الخوارج دم او جراحة او مال استهلكه احد الفريقين على صاحبه فذلك موضوع كله لا يجب لاحد الفريقين على صاحبه ضمان وما كان باقيا في يد كل واحد من الفريقين فهو مردود على صاحبه والاصل في ذلك ما روي عن الزهري انه قال وقعت الفتنة فاجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وهم متوافرون ان كل دم اريق بتاويل القران فهو هدر وكل مال اتلف بتاويل القران فلا ضمان فيه وكل فرج استحل بتاويل القران فلا حد فيه وما كان قائما بعينه رد. وقد قال محمد اني افتيهم اذا تابوا ان يضمنوا ولا اجبرهم عليه لانهم اتلفوه بغير حق بعد جريان الاحكام عليهم فسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله فلذلك يفتون بالضمان ه. وقد قال اصحابنا ان ما فعلوه قبل التحيز والخروج يؤخذون به وكذلك ما فعلوه بعد تفرق جمعهم لانهم من دار الاسلام فلا منعة لهم فصاروا كاحاد المسلمين وما فعلوه في حال التحيز والامتناع فيجري على ما بيناه. قال فان استعان اهل البغي بقوم من الذمة فقاتلوا معهم فهم بمنزلة الخوارج في الحكم فيما اصابوا وما اصيب منهم ولا يكون اعانة اهل الذمة للخوارج نقضا منهم للعهد ولا يسترق اهل الذمة ان قدر عليهم ولا يقسم لهم مال وهم في جميع احكامهم بمنزلة اهل البغي في الحكم وذلك لان اهل الذمة تابعون للخوارج لم يخرجوا عن كلمة المسلمين لان الخوارج يدعون الى الاسلام واذا لم يخرجوا عن جماعة المسلمين وانما فعلوا معصية ومعاصي اهل الذمة لا ينقض عهدهم ما لم يتحيزوا على المسلمين واذا بقي عهدهم صاروا في الحكم كاهل البغي ه. قال ولا بأس ان يقاتل اهل البغي بكل ما يقاتل به اهل الحرب من المشركين من سائر انواع القتال من رميهم بالنار والمنجنيق وتغريقهم بالماء والغارة عليهم ليلا ونهارا اذا كانوا غازين او كانوا غير غازين لان قتالهم واجب كوجوب قتال الكفار فلما جاز ان يفعل بجميعهم جاز ان يفعل بالاخرين ولان المقصود ازالة بغيهم كما ان المقصود في الكفار ازالة كفرهم فجاز التوصل اليه بكل الة ه. قال وما كان مع اهل البغي من نساء او صبيان او شيوخ او عميان او زمنى لم يقتل احد منهم لانهم ليسوا من اهل القتال فلم يكن تبعيتهم بغيه المعنى لانهم لا يقتلون اذا كانوا كفارا فاذا كانوا بغاة اولى ه. قال واهل البغي اذا امنوا فهو جائز من جاز امانه لاهل الحرب جاز امانه لاهل البغي لقول عليه السلام ويسعى بذمتهم ادناهم. ولانه اذا جاز ان يبذل الامان للكفار اذا كان في ذلك مصلحة فلان يجوز بذله لاهل البغي اولى الا ان الكفار يجوز ان يؤخذ منهم مال على الامان ولا يجوز ان يؤخذ من اهل البغي لان الكافر يجوز اقراره على الكفر بالجزية والباغي لا يجوز اقراره على البغي بالجزية الا ان هذا المال يحبسه الامام فلا يرد عليهم حتى يزول بغيهم كما يفعل بسائر اموالهم ه. قال محمد في السير الصغير ارايت ما اخذ من اسير حر او عبد قد كان يقاتل مع اهل البغي والعسكر على حاله يقاتل اهل العدل قال من اخذوا من اولئك فليقتلوه لانه من اهل القتال فهو كالحر فان اخذوا عبدا اخدم مولاه لم يقتل ولكن يحبس حتى يزول البغي وذلك لانه لم يوجد منه بغي لانه لم يباشر القتال ولا حضر له الا انه يحبس كما يحبس عنه امواله ه. قال فان اخذ الكراع باعه وحبس ثمنه وهذا اذا لم يكن بالمسلمين اليه حاجة وانما باعه لانه اذا حبسه التزم عليه مؤنته ياتي ذلك على قيمته فكان البيع انفع لصاحبه ه. قال واذا قاتل النساء مع اهل البغي فلا بأس ان يقتلن في حال قتالهن وذلك لان المرأة لا تقتل لانها ليست من اهل القتال فاذا فعلت القتال فقد صارت من اهله فتقتل كما تقتل الحربية اذا قاتلت. قال محمد في الاسرى من اهل العدل يكونون في ايدي اهل البغي ه والتجار من اهل العدل يكونون في ايدي اهل البغي فيقتل رجل من التجار رجلا من التجار او يقطع يده ثم

يظهر عليهم أهل العدل لم يقتص من بعضهم لبعض وكذلك الأسرى إذا قتل بعضهم بعضاً ذلك لأنهم فعلوا
ذلك في موضع لا يجري فيه أحكامنا فلم يؤاخذ به كما لا يؤاخذ بما فعل في دار الحرب

باب في قضاة أهل البغي

قال الحسن عن أبي حنيفة لو أن قاضياً من الخوارج قضى بين رجلين بقضية وهو في عسكر الخوارج ثم اختصموا في ذلك
إلى قاضي أهل العدل لم يجز ذلك قال فإن كتب قاضيهم كتاباً إلى قاضي الجماعة في حق لرجل قد قامت به بينة عنده
من الخوارج أو من غيرهم فلا ينبغي لقاضي الجماعة أن ينفذ كتاب قاضي أهل البغي وذلك لأن الباغي فاسق وحكم
الفاسق لا يجوز ولأنهم يستحلون أموالنا فلا نأمن أن يقضوا علينا بالباطل على طريق الاستحلال فأما
إذا ولى البغاة رجلاً من أهل العدل فقضى بقضايا ثم رفع حكمه إلى قاضي الجماعة أنفذ حكمهم لأن شريحاً قضى في
أيام بني أمية وكانت قضاياه تنفذ بين السلف . وكذلك أحكام بني أمية ثم لم يعترضها عمر بن عبد العزيز ولأن تنفيذ
الأحكام طريقه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وذلك أمر لازم لجميع المسلمين وإنما لا يقدر العامة على
تنفيذه فإذا ملك الخوارج رجلاً من المسلمين فقد قدر على تنفيذ الأحكام فينفذ حكمه . قال ولا ينبغي لقاضي
الخوارج أن يقضي بشهادة الخوارج لأنهم ما لم يخرجوا ففسقهم من طريق الاعتقاد فلا يمنع ذلك قبول شهادتهم
فإذا خرجوا ففسقهم بالفعل والفسق بالفعل يمنع قبول الشهادة . قال محمد إذا كتب قاضي أهل البغي إلى قاضي
أهل العدل كتاباً فإن علم أنه حكم بشهادة أهل العدل نفذه لما بينا أن حكمهم جائز وإن كان لا يعلم أنه حكم
بشهادة أهل العدل نفذه فإني لا أرى أن أجيز كتابه لأن الظاهر أن الشهود في دار البغي من أهل البغي فلما
لم يعلم حالهم لم يجز أن ينفذ الحكم . قال ولو قطع في المصر الذي غلب عليه أهل البغي يد رجل أو قتل عمداً
فرفع ذلك إلى القاضي حكم بينهم ونفذ الحدود في المصر كما يقيم أهل العدل ويستوفي القصاص وذلك لما
بينا أن تنفيذ الأحكام يجب على كل مسلم وإنما لا يقدرون على التنفيذ فمن قدر على ذلك لزمه تنفيذه قال
وما أصاب أهل البغي من القتل والأموال قبل أن يخرجوا أو قبل أن يحاربوا ثم لحقوا بعد الخروج على أن يبطلوا
ذلك لم يجز ويؤخذون بذلك لما بينا أن ما أصابوه قبل الخروج مضمون عليهم فإذا صالحهم الإمام على إسقاط
ذلك لم يجز لأن الإمام لا يملك إسقاط حقوق المسلمين قال وكذلك ما أخذوه ولا منعة لهم لأنهم ما لم
يمتنعوا فهم في أحكامهم كالمسلمين يجري عليهم الضمان كما يجري على سائر المسلمين

باب ما يصنع بقتلى أهل العدل وأهل البغي

قال أبو الحسن رحمه الله قتلى أهل العدل شهداء يصنع بهم ما يصنع بالشهداء يدفنون بثيابهم ولا يغسلون ويصلى
عليهم وقال الشافعي يغسلون والأصل في ذلك ما روي أن عمار بن ياسر أوصى أن لا يغسل وكذلك حجر بن عدي
وكل واحد منهما قتله المسلمون ولأنه مقتول ظلماً لم يتعين بقتله بدل هو مال فصار كقتيل المشركين . وأما أهل
البغي فلا يصلى عليهم وقال الحسن إن كانت لهم فئة لم يصل على قتلاهم وإن لم يكن لهم فئة فلا بأس أن يغسل
أهل الجماعة من قتل من قرابته من الخوارج ويصلى عليه ويدفنه والصحيح ما أطلقه محمد والأصل فيه أن علياً رضي الله عنه
لم يصل على قتلى الذين خرجوا عليه وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف ولأن الصلاة فيها معنى الأمان قال
الله تعالى وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم والباغي لا يجوز أمانه مع بغيه فلا يجوز أن يصلى عليه ولأن
الصلاة موالاة للميت والباغي لا يوالى . فأما ما ذكره الحسن فبعيد لأن المانع من الصلاة عليهم أنهم لا تجوز
وفي الصلاة هذا المعنى موجود وإن لم يكن لهم فئة وكان الحسن يقول إن حالهم لما اختلفت في باب اتباع
المولي وقتل الأسير والإجهاز على الجريح كذلك يختلف حالهم في باب الصلاة . قال محمد قلت فهل تأمر بدفنهم
قال نعم لأن الدفن ليس فيه معنى الموالاة ألا ترى أن المسلم يدفن قرابته الكافر وكذلك الباغي . قال وأكره أن
يؤخذ برؤوسهم فتبعث إلى الآفاق لأنها مثلة ولم يبلغني عن علي عليه السلام أنه فعل ذلك في حربه وروي أن رأساً
حمل إلى أبي بكر رضي الله عنه فأنكر حمله فقالوا إن فارس والروم يفعلون ذلك فقال أفأستن بفارس والروم
وقال أصحابنا لو حمل الرؤوس لو كان فيها وهن لهم فلا بأس بذلك لأن ابن مسعود حمل رأس أبي جهل إلى رسول الله صلى الله عليه
فلم ينكر ذلك عليه

باب التاجر المسلم يدخل دار الحرب

الأصل في هذا الباب أن التاجر لا يمكن أن يحمل إليهم ما يستعان به في الحرب كالسلاح ولا ما يصلح للحرب وكعب (?)
الحرب كالدواب وما سوى ذلك من الثياب والمتاع والطعام لا يمنع من حمله وتركه أفضل فأما السلاح
فحمله إليهم معونة لهم على المسلمين لأنه لا يصلح إلا للحرب ولا يجوز أن يمكن من المعونة على المسلمين وأما الخيل
والبغال والحمير فيستعان بها في القتال ويستعان بها في غيره فلا يمكن من حملها كالجوز (?) إذ أن يستعان بها علينا
فأما الثياب والطعام فلا يمنع من حملها إليهم لأنها لا تصلح للقتال ولا يستعان بها فيه . ولأن التجار يدخلون إلى دار
الحرب بالأموال في سائر الأعصار من غير نكير وإنما قال إن ترك ذلك أولى لأن المسلم يعرض نفسه للذل إذا
دخل إليهم ولا نأمن أن يفتنوه في دينه ويتوصل إلينا فعمهم . قال ولا يدخل إليهم برقيق من أهل الذمة
لأنه مما يستعان بهم على القتال كالخيل

باب في إسلام الصبي

جملة هذا الباب أن الصبي على دين أبويه إذا اتفقا في الدين بدلالة قوله عليه السلام كل مولود يولد على
الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكراً أو كفوراً ولا معتبر
بالدار مع وجود الأبوين لأن أولاد أهل الذمة لا يحكم لهم بحكم الإسلام وإن كانوا في دار الإسلام فدل على أن
حكم الأبوين في الدين أقوى فإن لم يكن للصبي إلا والد واحد فهو على دينه لأن الذمية إذا زنت في دار الإسلام فولدها
على دينها وإن لم يثبت له نسب من أب فدل على أن أحد الأبوين في جانب الدين كالأبوين . وقد قالوا إنه لا
يلتفت إلى الدار مع أحد الأبوين بدلالة أن ولد الزانية الكافرة على دينها فلا يعتبر فيه حكم الدار . فأما إذا
اختلف دين الأبوين فإن كان أحدهما مسلماً فالولد مسلم بإسلامه إذا جمعتهما دار واحدة لأن النبي عليه السلام
جعل المولود على الفطرة ونفاه عنها باجتماع الأبوين على الكفر فإذا كان أحدهما مسلماً بقي على أصل الفطرة
ولأن الولد لا بد أن يلحق بأحدهما في الدين فالمسلم أولى لقوله عليه السلام الإسلام يعلو ولا يعلى . وأما إذا كان
أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالولد كتابي لأن للكتابي حكم الإسلام في المناكحة والذبيحة والمجوسي ليس له حكم الإسلام
فإلحاق الولد بمن له حكم الإسلام أولى . وأما إذا لم يكن معه أحد أبويه فهو معتبر بالدار فإن كان في دار الحرب
فهو كافر وإن كان في دار الإسلام فهو مسلم لأن اللقيط في دارنا يحكم بإسلامه تبعاً للدار فدل على أنها تؤثر
في الولد مع فقد الأبوين . قال أبو الحسن وإذا سبي الصبي والصبية فهما ما داما في دار الحرب فهما على دين أبويهما
لما بينا أن حكم الأبوين هو المعتبر في باب الدين فما دام الولد معهما في دار واحدة فهو على دينهما . وأما إذا أدخل
بهما دار الإسلام فإن كان معهما أبواهما أو أحدهما فهما على دين أبويهما وذلك لما قدمنا أنه لا معتبر بالدار مع
وجود أحد الأبوين . قال وإن مات الأبوان بعد ذلك فهما على دين أبويهما لأنهما لما تبعاهما في الدين لم
يتغير ذلك بتخلفهما لأنهما لا يعتبر حكمهما كالذميين في دار الإسلام . قال وإن أدخل بهما دار الإسلام وليس
معهما أحد أبويهما فهما مسلمان لأنه انقطع عنهما حكم أبويهما باختلاف الدار فحكم لهما بحكم الدار التي هما فيها
قال فإن أسلم أحد الأبوين في دار الحرب ثم سبي الولد مع الآخر فهو كافر والصبي مسلم لأنه صار مسلماً
بإسلام أبيه فلم يتغير ذلك بخروجه إلى دار الإسلام . قال وكذلك إن أسلم أحد أبويه في دار الإسلام ثم سبي
الصبي بعده وصار في دار الإسلام فالصبي مسلم لأنه اجتمع مع أبيه في دار واحدة فصار مسلماً بإسلامه .
قال ولو أسلم أبواه في دار الحرب بعد إخراج الصبي إلى دار الإسلام لم يكن الصبي مسلماً بإسلامه لأن اختلاف
الدارين يمنع أن يتبع أحدهما حكم الآخر وكذلك لو أسلم الأب في دار الإسلام وولده في دار الحرب لم يكن
ولده مسلماً بإسلامه حتى يخرج إلى دار الإسلام لأن اختلاف الدارين يمنع أن يتبعه في الأحكام وإذا ثبت ما قدمنا
فكل صبي حكم بإسلامه فهو في باب الميراث والصلاة عليه كسائر المسلمين لأنه في حكمهم والتوارث والصلاة
من أحكام المسلمين

باب الحربي يدخل دار الإسلام بغير أمان

قال محمد قال أبو حنيفة ولو أن رجلاً من أهل الحرب وجده المسلمون في دار الإسلام فقال دخلت بأمان لم يصدق
في قوله فإن قال رجل من المسلمين أنا أمنته لم يصدق عليه حتى يشهد رجلان مسلمان غيره أنه أمنه فإذا شهد على ذلك
رجلان مسلمان كان آمناً وجملة هذا عند أبي حنيفة إذا وجد الحربي في دار الإسلام بغير أمان كان فيئاً لجماعة المسلمين
وقال محمد يكون فيئاً لمن أخذه وذكر في السير الصغير وغيره قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وذكر أبو الحسن أن
أبا يوسف مع محمد وجه قول أبي حنيفة أن يد الإمام ثابتة على دار الإسلام فإذا حصل الحربي فيها فقد ثبت
يد الإمام عليه ويده يد لجماعة المسلمين فصار ملكاً لهم ولأن رقبة الحربي في حكم ماله ولو حصل ماله في
دارنا كان فيئاً للجماعة دون من هو في يده فكذلك رقبته . ووجه قولهما أن يد الإمام على الدار يد حكمي
ويد الآخذ يد مباشرة فكانت أولى ولأن رقبة الحربي على أصل الإباحة فمن سبقت يده إليها ملكها كالحشيش
والصيود وإذا اختلفت الرواية في وجوب الخمس فيه فروي عن أبي حنيفة روايتان وعن محمد روايتان
وجه الرواية التي قال لا خمس فيه أنه حق لجماعة المسلمين لا يختص به فريق دون فريق فلا يجب الخمس كالجزية
وجه الرواية الأخرى أنه مأخوذ إلا أنه مأخوذ بظهر المسلمين فصار كالغنيمة والصحيح عن أبي حنيفة
أن لا خمس فيه والصحيح عن محمد أن فيه الخمس لأنه مأخوذ على وجه الغنيمة فصار كما لو أخذه الواحد من دار
الحرب وجه الرواية التي قال لا خمس فيه أنه مأخوذ على أصل الإباحة كالحطب والقصب والصيود فإن
أسلم قبل أن يؤخذ فهو فيء عند أبي حنيفة وقال محمد هو حر لا سبيل عليه أما أبو حنيفة فبنى على
أصله أن حق الأسر قد تعلق برقبته فلا يسقط بإسلامه كمن أسلم من الأسارى قبل القسمة
فأما على أصل محمد فالأسر قد تمامست (?) فيه بالأخذ فإذا أسلم لم يجز أن يبتدأ الأسر فيه
كمن أسلم في دار الحرب ثم أخذ . فإن ادعى هذا الحربي أنه دخل بأمان لم يقبل قوله لأنه يدعي عقداً على

ولا يصدق عليه بدعواه الا ان يستشهد به شاهدان قال وان قال الآخر اني امنته لم يقبل قوله عند ابي حنيفة لانه يشهد بفعل نفسه فاما على قول محمد فقوله مقبول لانه ملك له في الظاهر فاذا قال اني امنته اخترف بحريته فيعتق عليه ٥ قال وان خرج الحربي وقد دخل بغير امان فرجع الى دار الحرب خرج من ان يكون فيئا وذلك ظاهر على اصل محمد لان الفيء يثبت فيه بالاخذ فما لم يوخذ فهو على ما كان عليه واما على اصل ابي حنيفة فان تعلق به حكم الفيء فلم يستقر فاذا رجع الى دار الحرب قبل استقرار الفيء فيه عاد الى ما كان عليه ٥ قال فان اسلم في دار الاسلام ثم خرج قبل ان يوخذ فهو اضعاف في قول ابي حنيفة وذلك لانه لو عاد الى دار الحرب قبل الاسلام كان حرا فبعد الاسلام اولى ٥ قال فان خرج الى دار الاسلام بغير امان فلم يوخذ حتى دخل الحرم فهو في عند ابي حنيفة وزفر حين دخل دار الاسلام ودخول الحرم لا يبطل عنه ذلك وفي قولهما لا يكون فيئا حتى يوخذ وهذا صحيح لانه اذا دخل دار الاسلام فقد ثبت حكم الفيء فيه عنده فلا يتغير ذلك بدخول الحرم كعبد ابق الى الحرم على قولهما لا يصير فيئا الا بالاخذ فاذا دخل الحرم فهو على اصل الحربية حتى يوخذ ٥ وقالوا جميعا لا يطعم ولا يسقى ولا يبايع ولا يؤوى حتى يخرج من الحرم ٥ قال محمد فاما الماء فلا يمنع منه لان الناس شركا في الماء ولو كان له ان يمنعه كان له ان يقتله قال محمد وليس للامير ان يحبسه ولا يأسره ولا يخرجه من الحرم ولا يقتله وانما لم يجز اخذه من الحرم لان حق الاسترقاق اذا تعلق برقبته فالامام مخير من قتله واسترقاقه ودخول الحرم يمنع القتل الا انه يضيق عليه ليضطر الى الخروج فينفذ فيه ما يستحق عليه وانما لم يمنع الماء لان له حقا فيه ٥ ولانا لو منعناه الماء لقتلناه فكما لا يجوز قتله لا يجوز منع الماء منه ٥ قال محمد ولو دخل قوم من اهل الحرب الحرم للقتال وانهزموا من المسلمين فلا شيء على المسلمين في قتلهم واسرهم وكذلك الرجل الواحد منهم اذا دخل الحرم مكابرا مقاتلا وذلك لانهم هتكوا حرمة الحرم ولم يلتزموها فصار كرد الامان وهذا كما قالوا انه من ابتدا القتل في الحرم يقتل فيه ٥ وقال الحسن عن ابي يوسف اذا امنه رجل من المسلمين في الحرم او بعد ما خرج من الحرم قبل ان يوخذ فهو امان له ويرد الى مأمنه وان كان انما امنه بعد ما اخذ فذلك امان باطل وهو في للذي اخذه وذلك لان عند ابي يوسف انه لا يصير فيئا قبل الاخذ فاذا امنه رجل صح امانه كما لو امنه عند الدخول فاما اذا اخذ فقد صار فيئا عنده لمن اخذه فلا يجوز امانه بعد تعلق الاسترقاق برقبته ٥ وقال محمد في السير الكبير ان قال الذي اخذه انا امنته قبل ان اخذه فهو امن وهو في دار الاسلام ظن له الحربي المستامن وقد قدمنا هذا وبينا ان من اصله انه في لمن اخذه فاذا اعترف فيه بالحرية قبل قوله ٥ قال الحسن وان اخذ في الحرم فاخرج منه كان الذي فعل ذلك قد اساء وكان في الجماعة المسلمين في قول ابي حنيفة وزفر وفي قول ابي يوسف هو لمن اخذه وانما كره الاخراج لان حرمة الحرم مانعة من الاخذ فاذا هتكها بالاخذ كره له ذلك ولا يمنع الملك لان النهي حصل في الاخراج وجهة التملك هي الاخذ بعد الاخراج وذلك غير منهي عنه قال وان اخذه في الحرم ولم يخرجه فينبغي له ان يخلي سبيله في الحرم حتى يخرج منه وذلك لانه لم تزل حرمة الحرم عنه فوجب ازالة اليد عنه واعادته الى ما كان عليه ٥

باب الرجل المسلم يفعل ما يجب فيه الحد في دار الحرب

قال واما اذا دخل المسلم دار الحرب بامان فزنا او سرق او شرب خمرا او قذف مسلما او قتله عمدا او خطا ثم رجع الى دار الاسلام فانه لا يوخذ بشيء من ذلك الا في القتل فانه يضمن الدية في ماله عمدا كان او خطا اما الحدود فلان الامام لا يد له في دار الحرب فلم يثبت له حق المطالبة عند وجود السبب فصار ذلك شبهة مانعة من ثبوت المطالبة في الثاني ولان المستامن في حكم اهل الحرب من وجه ولذلك لا يصح امانه لهم واهل الحرب لا يجب عليهم الحد فاما القتل فقد وجد مع سبب الاباحة الا ترى ان الدما في دار الحرب مباحة وسبب الاباحة اذا قارن ما يسقط بالشبهة سقط وان لم تحصل الاباحة وانما وجب المال لانه لا يسقط بالشبهة في وجوبه بدلالة ان المداينة تثبت في دار الحرب ودم العمد اذا سقط بالشبهة وجب فيه المال فاما الخطا فلا تحمله العاقلة لان العاقلة انما تحمل بالنصرة ولا يلزمهم نصرة من في دار الحرب فلذلك لم يعقلوا عنه ٥ قال ولو كان امير على سرية بعثها الامام الى دار الحرب او امير جيش على خمسة الاف او اربعة الاف فزنى منهم رجل او سرق او شرب خمرا او قتل مسلما عمدا او خطا فانه لا يأخذه امير السرية ولا امير الجيش بشيء من ذلك غير انه يضمنه السرقة ان كان استهلكها ويضمنه الدية في ماله عمدا كان القتل او خطا وذلك لان هذا الامير لم يكن قبل التولية يملك اقامة الحدود ولا جعل اليه الامام ذلك فصار كسائر الناس ٥ وصار الفاعل لسبب الحد ليس هناك من يملك الاقامة كالفاعل لذلك في غير العسكر ٥ قال وان غزا الخليفة دار الحرب او امير الشام او امير العراق او الحجاز حتى في ذلك كله واقتص منه في العمد وضمنه الخطا في ماله وذلك لان الخليفة يملك اقامة الحدود بنفسه وامير الشام كان يملك اقامتها على العسكر في بلده ولا يتغير حالهم بدخول دار الحرب وصار الفاعل لسبب الحد مع ثبوت يد من يملك الاقامة عليه كالفاعل في دار الحرب فان شذ رجل عن العسكر ففعل ذلك درئ عنه الحد والقصاص اذا فعل ذلك خارج العسكر شاذا عنه في العلانية كان او في ناحية من العسكر لان يد الامام لا تثبت في دار الحرب في غير عسكره واذا لم تثبت يده فقد فعل هذا الرجل فعلا يوجب الحد في موضع لا يد للامام عليه

فلا يقام عليه ٥ قال ولو ان بعض اهل العسكر خرج من العسكر فمر به رجل من العسكر فقطع عليه الطريق لم يقطعه وضمن المال ان كان اتلفه وذلك لان قطع الطريق سبب للحد فاذا حصل في غير عسكر الامام سقط بالشبهة ووجب الضمان الذي لا يؤثر فيه الشبهة ٥ قال واذا زنا المسلم في دار الاسلام او سرق ثم هرب الى دار الحرب ثم اخذ امانا على نفسه فانه يقام عليه ما فر منه لان الحد وجب عليه ولم يعترض ما يغير حكمه لان دخول دار الحرب لا يمنع من وجوب الحدود ابتداء اذا ثبتت اليد فلا يسقط الحد الواجب ٥

باب المستامن يصيب الحد في دار الاسلام

جملة هذا الباب قد مضت في كتاب الحدود والذي يحصل به المذهب ان المستامن لا يقام عليه الحدود التي تجب لحق الله تعالى كالزنا والشرب والقطع في السرقة ويقام عليه ما يتعلق بحق الآدمي من القصاص وحد القذف وقال ابو يوسف يقام عليه جميع الحدود الا حد الشرب كما يقام على الذمي ٥

باب متى يصير المستامن ذميا

الاصل في هذا الباب ان المستامن لا يتركه الامام ان يقيم اقامة دائمة في دار الاسلام وذلك لان المعنى الذي يجوز معه الاقرار على الكفر التزام الجزية والاسترقاق فاما ان يقيم التام في دارنا اقامة دائمة بغير هذين الوجهين فلا يجوز ولانه اذا اقام في دارنا وقف على عورات المسلمين فلا يؤمن ان يدل عليها العدو وذلك لا يجوز ان يفعله الامام فاما المدة اليسيرة فلا يمنع منها لقوله تعالى وان احد من المشركين استجارك فاجره حتى يسمع كلام الله ثم ابلغه مأمنه ولان في منعهم الدخول اضرارا بالمسلمين لانقطاع السبل فاذا ثبت ان المقام الطويل لا يجوز واليسير يجوز احتجنا الى الحد الفاصل بينهما وقال اصحابنا يقيم ما دون السنة ولا يمكن ان يقيم سنة كاملة لان السنة المدة التي تجب عليه فيها الجزية فاما اذا اقام فيها لم يوخذ منه الجزية والكافر لا يقيم في دارنا وهو في مدة الجزية بغير جزية واذا ثبت هذا قلنا اذا اقام المستامن فان الامام يتقدم اليه بالرجوع الى بلده ويقول له ان اقمت سنة وضعت عليك الجزية فان اقام سنة من يوم تقدم اليه اخذ منه الجزية ولم يتركه يرجع الى بلده وذلك لانه لما اقام بعد التقدم اليه صار ملتزما للجزية والجزية تلتزم بالالتزام واذا وضعت الجزية عليه صار ذميا والذمي لا يمكن يرجع الى دار الحرب ٥ قال فان رجع الى بلاده قبل تمام السنة فلا سبيل له عليه وذلك لانه لم يلتزم الجزية ولا يجوز ان يلزمه من غير رضاه ٥ قال ابو حنيفة وان اشترى المستامن ارض خراج فوضع عليه الخراج فيها كان ذميا ويوضع على راسه ايضا الخراج قال محمد فان باعها فلما ان يجب خراجها لم يكن بشرايه ارض الخراج ذميا وذلك لان الامام اذا اوجب عليه الخراج وذلك من الحقوق التي توجب على اهل الذمة صار بالتزامه هذا الحق ملتزما للجزية فتوضع عليه فلا يكون بالشرى ذميا لان بالشرى لا يجب عليه الخراج فلا يكون به ملتزما لشيء ٥ فاذا وضع الخراج ووجب استقرار الالتزام فوجب الجزية ٥ قال ولو استاجر ارض خراج فزرعها لم يصر ذميا لان الخراج لا يجب على المستاجر واذا لم يلتزم احد الخراجين لم يلزمه الآخر وان كانت ارض خراجها المقاسمة فزرعها ببذر الحربي فاخرجت زرعا فاخذ الامام خراجها مما اخرجت وحكم بذلك عليه ووضعت الارض جعله الامام ذميا ووضع عليه خراج راسه لان خراج المقاسمة مما يجب على الذمي فاذا اوجبه الامام عليه وجب عليه الخراج الآخر ٥ قال فان اشترى المستامن ارض المقاسمة فاجرها من رجل من المسلمين فاخذ الامام الخراج من المستاجر ورأى ان ذلك على الزارع لم يصر المستامن ذميا لان الامام لم يوجبها عليه واذا لم يجب عليه الخراج لم يلزمه الجزية لملك الارض ٥ ولو زرع الحربي ارضا اشتراها وهي ارض الخراج فاخرجت زرعا فاصابت زرعها آفة فذهبت به لم يكن في الارض خراج تلك السنة ولم يصر الحربي ذميا لان الجزية انما تلزمه بوجوب الخراج عليه فاذا لم يجب صار كانه لم يزرع ٥ قال فان وجب في ارض المستامن الخراج في اقل من سنة منذ يوم ملكها صار ذميا حين وجب في ارضه الخراج ويجب الخراج على راسه يوخذ منه خراج راسه بعد سنة مستقبلة من يوم وجب في ارضه لانه انما يصير ذميا بوجوب الخراج عليه فصار الخراج كعقد الذمة فيلزم الجزية بعد سنة ٥ قال وليس هذا كما لو تقدم اليه الامام فقال له ان اقمت سنة بعد يوم كذا اخذت منك الخراج فاقام سنة صار ذميا واخذ منه الخراج في تمام السنة لان الخراج هاهنا يجب بالتزامه فاذا اقام بعد تقدم الامام وجب الخراج من يوم التقدم فاذا تم الحول استوفي منه وهذا في مسئلتنا انما يصير ذميا بوضع الخراج عليه من غير التزام فصار وجوب الخراج كعقد الذمة فلا يجب ان يوخذ الجزية الا بعد الحول ٥ قال ولو اشترى الحربي ارض عشر صارت ارض خراج في قول ابي حنيفة ويكون الحربي ذميا اذا وجب عليه فيها الخراج لان العشر ينتقل بملك الذمي الى الخراج فاذا اوجب صار بانها لم تزل ارض خراج ٥ قال ولو تزوج المستامن في دار الاسلام ذمية لم يكن بتزوجها ذميا لان التزوج لا يلزمه المقام في المكان الذي تزوج فيه وله ان ينقلها حيث شاء فلم يكن بالتزوج ملتزما المقام في دار الاسلام فلا يصير ذميا ٥ ولو تزوجت المستامنة

مسلما او ذميا صارت ذمية لان المراة يلزمها بعقد النكاح المقام في دار الزوج واذا التزمت المقام في
دارنا على التابيد فلا يجوز ذلك مع بقائها على حكم الحرب صارت ذمية ه

باب الرجل يسلم في دار الحرب فيجني عليه

قال ابو حنيفة في الرجل من اهل الحرب يسلم في دار الحرب فيقتله مسلم عمدا او خطا فليس عليه قود
ولا دية وعليه الكفارة في الخطا وهذه الرواية المشهورة عن ابي حنيفة في الجامع الصغير وغيره وهي ايضا احد
الروايتين عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في الاملا وروى عن ابي يوسف في قوم من اهل الحرب اسلموا في دارهم
وقتل رجل منهم رجلا منهم خطا فان ابا حنيفة قال لا دية عليه ولا كفارة وقال ابو يوسف اضمنه الدية واجعل
عليه الكفارة في الخطا استحسن ذلك والقياس ما قال ابو حنيفة والصحيح عن ابي حنيفة ان فيه الكفارة
والوجه في ذلك قوله وان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة فلا يخلو ان يكون المراد به
الانتساب او ان يكون في جملتهم ولا يجوز ان يكون الانتساب لانهم لان اصحاب النبي عليه السلم ينتسبون الى
الكفار فلم يبق الا ان يكون المراد وان كان في قوم وقد يكون من معنى في ولان دم الحربي مباح فاذا اسلم في
دار الحرب فلم يحرز دمه بدار الاسلام فلا يتقوم بالاتلاف كالمباحات قبل الاحراز ه واما الكفارة فتجب
بظاهر القران ه ولان سقوط الضمان بالقتل لا يسقط الكفارة كقتل الرجل لعبده ه وجه الرواية التي
قال لا كفارة فيه لانه صار في حكم الحربي في باب سقوط الضمان فكذلك في حكم الكفارة واما ابو يوسف
فقال انه حقن دمه بالاسلام فصار كسائر المسلمين الا ان القصاص لا يجب لان الدار دار اباحة الدما فصار
ذلك شبهة في سقوط القصاص والدية لا تسقط بالشبهة ه واما التاجر المسلم اذا قتل التاجر المسلم
فعليه الدية والكفارة في قولهم وذلك لان التاجر قد حقن دمه بدار الاسلام ودخوله دار الحرب لا يسقط
تقوم دمه الا ان القصاص لا يجب لما قدمناه ه واذا قتل التاجر اسيرا في دار الحرب مسلما فعليه الكفارة في
الخطا ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عليه الدية وجه قول ابي حنيفة ان الاسير
مقهور في ايديهم ممنوع من الخروج الى دارنا كمن اسلم هناك ولان الدم مما يثبت فيه حكم التغلب بدلالة
ان وارث المقتول اذا مات قبل استيفا القصاص انتقل الحق الى ورثته واذا اذن رجل لرجل في قتله فقتله
لم يلزمه ضمان واذا كان الدم مما يثبت فيه حكم الملك وقد غلبه اهل الحرب صار كالمستحق لهم فلا يجب باتلافه
ضمان وجه قولهما انه مسلم حقن دمه بدار الاسلام فوجب بقتله الضمان كالتاجر ه وقال بشر عن ابي يوسف
في الاسير والتجار سوا ان قتل رجل منهم رجلا عمدا اقتله وان كان خطا فعلى عاقلته الدية والاول اشهر عن
ابي يوسف وجه رواية بشر انه مسلم محقون الدم فصار قتله في دار الحرب كقتله في دار الاسلام قال
ابو يوسف عن ابي حنيفة لو ان رجلا اسلم في دار الحرب ولم يعرف صلاة ولا صياما سنتين واقل واكثر
ثم خرج الى دار الاسلام فسال عن ذلك فعلمه فليس عليه قضا ما مر وقال ابو يوسف استحسن ان يجب عليه
القضا وجه قول ابي حنيفة ان الشرعيات انما تجب بالسماع قال الله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث
رسولا فمن كان في دار الحرب فلم يبلغه وجوب العبادات ولا تمكن من ذلك فلم يلزمه حكمها وليس كذلك
اذا اسلم في دار الاسلام لانه متمكن من معرفة الشرايع والمسلة عنها فاذا لم يفعل فقد فرط فلا يسقط عنه
الوجوب وجه قول ابي يوسف ان من اسلم في دار الحرب يعلم ان الدين الذي انتقل اليه له احكام
فلما لم يسل عنها فرط في المعرفة فصار كمن اسلم في دار الاسلام ه قال ابو يوسف كان ابو حنيفة يقول
لا عذر لاحد من الخلق في جهله معرفة خالقه والواجب على جميع الخلق معرفة الرب وتوحيده لما يرى من
خلق السموات والارض وخلق نفسه وساير ما خلق الله تعالى فلا يسعه جهل معرفة ربه ه واما
الفرايض فمن لم يعرفها ويعلمها ويبلغه او يرى اهل الاسلام فان هذا لم تقم عليه حجة بمعرفته وهذا
صحيح لان المعرفة طريقها العقل فاذا اكمل الله تعالى عقل الانسان فقد مكنه من الطريق الى المعرفة
فوجب عليه الايمان وان لم يبلغه السمع فاما الشرعيات فلا تجب الا بالسمع فاذا لم يوجد السمع او التمكن منه لا
يلزمه ه

باب الحربي يسلم ثم يظهر على الدار وله بها مال

قال ابو حنيفة رحمه الله في الحربي يدخل الينا بامان وله في دار الحرب امراة حامل واولاد صغار
واولاد كبار ومال ليس اودع بعضه حربيا وبعضه ذميا وبعضه مسلما فاسلم في دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على
الدار التي هو من اهلها قال فان كل ما فيها من مال الذي اسلم في دار الاسلام فيء وولده الصغار والكبار وامراته
وما في بطنها فيء من ذلك لانه لما اسلم في دار الاسلام لم يثبت له حكم الاسلام فيما في دار الحرب لاختلاف
الدارين فلم يصر ولده مسلما باسلامه ولا حصل ماله محرزا فبقي في حكم الفيء ه قال وان كان اسلم في دار الحرب
ثم خرج الى دار الاسلام ثم ظهر على الدار كان اولاده الصغار احرارا ولا سبيل عليهم وما كان من مال اودعه مسلما
او ذميا فهو له وما سوى ذلك مما ذكرت فهو فيء وذلك لانه لما اسلم هناك صار ولده الصغير مسلما باسلامه

فبقي على ما كان عليه وكذلك امراته لا تصير مسلمة وحملها جز من اجزايها فيرق برقها قال فان اسلم هناك ولم يخرج الى
دار الاسلام حتى ظهر على الدار فما كان في يده من ماله او في يد مسلم او ذمي فهو له لان يد المودع يد المودع فيد
المسلم والذمي يد صحيحة فما في يدهما في حكم ما في يده وقد حصلت الحيازة فيه باليد وما كان على اصل الاباحة
اذا حصلت فيه الحيازة زال معنى الاباحة فيه وما اودعه في يد حربي فهو فيء لان الحربي ليس له يد صحيحة ولم
تحصل الحيازة في هذا المال فبقي على اصل الاباحة واولاده الصغار احرار فمسلمون لا سبيل عليهم لانهم صاروا
مسلمين باسلامه فاما الكبار فهم فيء لانهم لا يصيرون مسلمين باسلامه وامراته وحملها لما قدمنا فيء ه قال
ومن قاتل من عبيده فهو فيء لانه مقيم على حكم الحرب والحربي الحر نفسه فيء فالعبد اولى فاما عقاره فهو فيء
لانه في جملة دار الحرب ولا يتبعض حكم الفيء فيها ولان من اصل ابي حنيفة ان اليد لا تثبت على العقار ثبوتا
صحيحا فصار كمال ليس في يده واما ابو يوسف فقال لا يغنم عقاره لما احرز ماله استحسانا لما روي ابن اسحق والكلبي
ان ناسا من بني قريظة قد سماهم اسلموا قبل ان يفتح بلده فاحرزوا اموالهم قال ابو يوسف وكانت اموالهم
الدور والارضين ولان من اصل ابي يوسف ومحمد ان اليد تثبت على العقار ثبوتا صحيحا فصار العقار كغيره من الاموال
التي في يده ه

باب في رق الحربي ما يصح فيه العتق وما لا يصح

قال ابو يوسف في الاملا رواية بشر في رجل من اهل الحرب دخل دار الاسلام بامان ومعه
امة له منها ولد صغير ومعه مدبر دبره في دار الحرب ومعه مكاتب كاتبه في دار الحرب وعبد قد اعتقه البتة
وكلهم في يده استامن على نفسه وعليهم فان له ان يبيع مدبريه ومعتقه ومكاتبه ولا يبيع ولده ولا ام ولده
وجملة هذا ان عند ابي حنيفة ومحمد عتق الحربي لعبده الحربي في دار الحرب لا ينفذ وقال ابو يوسف ينفذ
ومن اصحابنا من قال ان العتق يثبت في قولهم وانما الخلاف في الولا فعند ابي حنيفة لا ولا للمعتق وقال ابو يوسف
الولا له ه وذكر الطحاوي هذه المسلة فقال اذا اعتق الحربي عبده ودخل العبد دار الاسلام فله ان يوالي من شا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ولاوه للحربي وجه قولهما ان ملك الحربي ليس بملك صحيح بدلالة ان
من اخذه ملكه عليه ومن اتلفه لم يلزمه ضمان فلم ينفذ فيه العتق كملك المكاتب وليس كذلك اذا كان
عبده مسلما لانه لا يعتق باعتاقه وانما يعتق بزوال يده عنه فيصير في يد نفسه ه ولان العتق لو
وقع في دار الحرب لوقع مع وجود ما ينافيه بدلالة انه لو تغلب على رقبته نفذ عتقه لملكه فلذلك
لم يجز ان يقع وليس كذلك العبد المسلم لانه لو تغلب على رقبته لم يملكه ولهذا قال ابو حنيفة ان المسلم
لو اعتق عبدا حربيا في دار الحرب لم يعتق لانه لو غلب عليه بعد العتق ملكه وجه قول ابي يوسف
ان الحربي مالك لرقبته وله قول صحيح فينفذ عتقه كالمسلم فاما الذي ذكره الطحاوي فهو محمول على
عبد الحربي اذا خرج الينا مسلما عتق بحصوله في دار الاسلام ولم يثبت الولا مع اختلاف الدارين ويجوز
ان يقول ابو يوسف انه لما اعتق على ملكه ثبت الولا له واذا ثبت هذا الاصل قلنا اذا دخل الحربي ومعه
مدبره فله بيعه لان التدبير عتق معلق بشرط وهو لا يملك العتق البتات فكذلك المعلق بشرط واما المكاتب
الذي كاتبه في دار الحرب فكتابته فاسدة لانه عقد على الحرية والحرية لا تقع وعدم المعقود عليه يمنع من انعقاد
العقد ه واما المعتق فقد بينا ان عتقه لا يصح فيه فبقي على اصل الرق واما ولده فثابت النسب منه لان
الانساب في دار الحرب كهي في دار الاسلام ه واما ام ولده فحريتها معلقة بالنسب فيثبت لها حق الاستيلاد
فيمنع البيع ه قال ولو اشترى الحربي اخاه او ابنه او اباه فدخل علينا به بامان وهو قاهر له فليس له
ان يبيعه لانه لما قهره ملكه فلما دخل دار الاسلام استقر ملكه فيه فعتق عليه بالقرابة ه قال ولو دبر
عبدا من عبيده او اعتقه في دار الاسلام لزمه ذلك لان ملكه قد صح بالامان فوقع العتق في ملك صحيح فينفذ ولانه لا
يضامه ما ينافيه الا ترى انه لا يقدر على استرقاقه بعد عتقه فصار كالمسلم ه قال ولو رجع هذا الداخل الى
دار الحرب وخلف في دار الاسلام ام ولده ومدبرا دبره في دار الاسلام ومكاتبا كاتبه في دار الاسلام ودينا له
ودينا عليه ورهونا وودايع عنده وله خلف ذلك كله في دار الاسلام ثم قتل على كفره او اسر او ظهر على
الدار او لم يظهر عليها كيف الحكم في جميع ذلك قال يعتق ام ولده ومدبره في الوجوه الثلثة لان عتقهما متعلق
بموته فاذا مات او قتل فقد وجد شرط الحرية واما اذا ظهر عليه فقد صار عبدا وزالت املاكه بالرق فصار
سقوط حقه بالرق كسقوطه بموته قال فاذا مات ولم يظهر على الدار فان المكاتب على حاله لورثته والدين
الذي عليه وله والرهون والودايع على حالها وذلك لان امواله حصلت في دار الاسلام بامان وزوال
الامان في رقبته لا يوجب زوال الامان فيها فانتقلت الى ورثته ومكاتبه على حاله كمكاتب المسلم والذمي
له مال واذا اسر او قتل او ظهر على الدار فان مكاتبه يعتق ومدبره وام ولده ويبطل ما عليه من الدين وما
كان له من وديعة او رهن فهو فيء وما كان عنده من رهن او وديعة فهو مردود الى اهله ويبطل دينه
على الناس وذلك لانه لما اسر فقد صار بحيث لا يملك فتبطل املاكه وتسقط ديونه لانه لا يملك المطالبة
بها والدين ليس هو اكثر من حق المطالبة فاذا سقطت المطالبة سقط الدين واذا سقط مال الكتابة عن المكاتب

عتق واما الدين التي عليه فتسقط لان ذمته بطلت وصارت بحيث لا تثبت فيها الديون المبتداه فكذلك البقا واما وديعته فهو فيء لان يد المودع يد لمودعه فكان الوديعه في يده في حال اسره فيكون فيئا والصحيح انها فيء للمسلمين لان رقبته لما تعلق بها حكم الفي للمسلمين فكذلك ماله. ولانه مال الحربي في دار الاسلام لا يستحق له فيكون لجماعة المسلمين وقد روي عن ابي يوسف قال يكون فيئا للمودع لان يده سبقت اليها فتصير كمن دخل دار الحرب مغيرا وهذا ليس بصحيح لان يد المودع ليست لنفسه حتى يصير به غانما وانما هي يد لمودعه فلذلك لم يختص بها من بين سائر المسلمين ٥

باب الحربي اذا ملك مسلما او اسلم في يده

قال واذا دخل الحربي الينا بامان فاشترى عبدا مسلما فدخل به دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة لا اختلاف فيه في ذلك وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف في الاملا مثل قول ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة ان الحربي اذا دخل الينا بامان فقد صار ماله محظورا بدلالة ان من اتلفه ضمنه فاذا عاد الى دار الحرب صار مباحا بدلالة انه يغنم ولا يضمن بالاتلاف فلا بد ان يزول الملك المحظور في اخر جزء من اجزاء دار الاسلام وحتى يتجدد له في اول دار الحرب ملك محظور واذا زال ملكه عند حصول العبد المسلم في يد نفسه ومولاه ممن يغنم ماله فيغنم رقبته على مولاه وصار كعبيد الحربي اذا خرج الينا مباينا لمولاه فان قيل طريان الاباحه بعد الحظر لا يوجب زوال الملك وانما تتغير صفته الا ترى ان من اباح ماله لغيره ولم يزل ملكه عنه فاما اذا اباح ماله فلم يصر مباحا في الحقيقه الا ترى ان غير المباح لو اتلفه ضمن وانما اباحته لواحد بعينه فسقط الضمان في حقه واذا كان الحظر لم يرتفع من جميع الجهات لم يزل الملك وجه قول ابي يوسف ومحمد ان ملك الحربي لا يزول بدخول دار الحرب وانما يتغير حرمته فيصير مباحا بعد الحظر كما يصير بدخول دار الاسلام محظورا بعد الاباحه وان لم يزل الملك واذا لم يزل ملكه عنه لم يعتق وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا الا ان ابا يوسف ومحمدا قالا في الذمي انه قياس قول ابي حنيفة وهذا الصحيح لان الذمي اذا التحق بدار الحرب عنه صار غانما لرقبته كالمسلم ٥ قال واذا اسلم عبد الحربي في دار الحرب فهو عبد على حاله في قولهم وذلك لان الاسلام لا يستحق به ملك المولى بدلالة عبد الذمي اذا اسلم في دار الاسلام ٥ قال فان باعه الحربي من مسلم او حربي عتق في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق الا ان يخرج الى دار الاسلام مراغما لمولاه وجه قول ابي حنيفة ان المولى اذا باعه فقد ازال ملكه عنه بالبيع وحصل في يد نفسه والمولى ممن يغنم ماله فيعتق لحصوله في يد نفسه قبل دخوله في ملك المشتري وصار كما لو خرج الى دارنا وجه قولهما انه بالبيع لا يزول يده عنه كما لو كان في دار الاسلام واما اذا خرج مراغما لمولاه فالاصل فيه ان عبيد اهل الطايف خرجوا الى النبي عليه السلام فطلبهم المسلمون فسماهم فقال عليه السلام هم عتقا الله ٥ قال وان خرج العبد غير مراغم لمولاه ومولاه حربي فهو عبد لمولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه في يده لمولاه وذلك لانه وان صار في يد نفسه فلم يتعد على رقبته وانما خرج طايعا للمولى فصار كمال الحربي اذا دخل به مستامنا الى دارنا يبقى على ملك صاحبه ٥ قال ولو ان حربيا اسلم في دار الحرب وله رقيق فخرج الى دار الاسلام مسلما ثم تبعه بعد ذلك عبده مسلما فهو عبد لمولاه وكذلك ان خرج كافرا لانه خرج الى دار المولى فلم يصر مغالبا على رقبته ولم يختلف به وبمولاه الدار حتى يصير غانما عليه فبقي على ملكه ٥

باب من اسلم على شيء في يده فهو له

قال ابن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف في قوم من اهل الباديه اسلموا على مياههم وعلى بلادهم فلهم ما اسلموا عليه قال ابن سماعه يعني ما اسلموا عليه وهو في ايديهم وقال بشر فلهم ما اسلموا عليه وهو في ايديهم وليس لاحد من القبائل ان يبني في ذلك ما يستحق به بنا ولا يحفر في ذلك بيرا والاصل في هذا قوله صلى الله عليه من اسلم على مال فهو له وهذا يدل على ان ما كان في يد الكافر اذا اسلم استقر ملكه فيه ولم يتعرض له ولان من كان يسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه احرز ماله باسلامه فدل على ان الاسلام تستقر معه ملك المسلم فاذا كانت ايديهم ثابته في مياههم وارضيهم استقر ملكهم فيها بالاسلام ولم يجز لغيرهم ان يتصرف فيها ولا ينفرد فيها الا باذنهم كسائر الاملاك ٥ قال وليس لهم ان يمنعوا الكلا ولا الرعي في تلك البلاد وليس لهم ان يمنعوا المواشي من الما لا حافرا ولا سقا وذلك لان الكلا والما لا يملك بملك الارض لقوله عليه السلام الناس شركا في ثلثة الما والكلا والنار وقال عليه السلام من منع الما لفضل الكلا منعه الله من روح الجنه ٥ واذا لم يملك بملك الارض وانما هو وسائر الناس فيه سوا يستوي من اسلم من الكفار ومن كان مسلما في انه لا يمنع منه ٥ قال وان لم يعلم انهم اسلموا وذلك في ايديهم فمن ابتنى فيه بنا او حفر بيرا فذلك له لانهم اذا لم يملكوه صار كسائر الموات فيملك بالاحياء قال ولو ان اهل قريه لهم مروج يرعون فيها ويحتطبون منها قد عرف انها لهم فهي لهم على حالها يبيعونها ويتوارثونها ويحدثون فيها ما يحدث الرجل في ملكه

وليس لهم ان يمنعوا الكلا ولا الما ولا اصحاب المواشي ان يرعوا تلك المروج ويسقوا من تلك المياه ولا يجوز لاحد ان يسوق تلك المياه الى مزرعه او حرث الا برضا اهله وذلك لان المروج كملك كما يملك الضياع ومعلوم انه ليس لصاحب الضيعه ان يمنع الكلا ولا يمنع الما للشفه وكذلك صاحب المرج واما سوق الما الى المزارع فلا يجوز الا برضا صاحب المرج لان ذلك يؤدي الى ابطال الانتفاع بالعيون والانهار ولانه لا يفي بكل الناس فلو تشاوبوا به سقي ارضهم بها بطل حق اربابها ولهذا جعل النبي صلى الله عليه للبير والعين حريما حتى لا يحفر غيرها قريبا الى جنبها ويستبد بمايها وليس هكذا الحاجه الى الما للشفه لانه لا يبطل الانتفاع بالما ولا يمنع توفره على المزارع ٥ قال وكان ابو حنيفه يرى القتال بالسلاح في الما اذا خاف الرجل على نفسه اذا كان في الما فضل عمن هو معه ولا يرى ذلك في الطعام يرى فيه الاخذ والغصب من غير قتال وقال ابو يوسف مثل ذلك قال وليس هذا الا في تلك الساعه التي يخاف على نفسه وليس له ان ياخذ ما يتزود ولا ياخذ قربا وانما له ان ياخذ من فضل ان وجد ما يدفع الموت عنه ساعته تلك ومعنى هذا ان الما اذا كان في بير او نهر او عين فمنع اربابها للشفه جاز للممنوع ان يقاتلهم عليه بالسلاح وذلك لانهم لا يملكون الما وانما هو مشترك بينهم وبين المسلمين وحق الطالب فيه كحق المانع فجاز له ان يقاتله كما يقاتله اذا منعه من ماله ٥ واما اذا كان الما مملوكا مثل ان يكون في انا فهو كالطعام اذا كان فيه فضل جاز للمضطر ان يغصبه ويغلب عليه فياخذه مقدار الفضل بشرط الضمان لانه ملك لمن هو في يده فلا يجوز ان يقاتل على ملكه ويجوز ان يغصب بشرط الضمان لان تحريم مال الغير لا يكون باكثر من تحريم الميته فاذا جاز تناولها عند الضروره فجواز تناول مال الغير اولى وانما شرط ان يكون فيه فضل لانه اذا لم يكن فيه فضل فهو يحيي نفسه بقتل غيره وذلك لا يجوز ولان الحاجه اذا تساوت فالمالك احق بماله فكان به اولى وانما قال انه لا يجوز ان يغصب ما يتزود لان الاخذ ابيح للضروره ولا ضروره به الى الزاد وانما يضطر الى ما يدفع الموت عن نفسه في الحال واما قول ابن سماعه ان ذلك احب الينا من الميته فلان الله تعالى اباح اخذ مال الغير عند الضروره بشرط الضمان واباح اكل الميته ومال الغير مباح في الاصل لولا حق مالكه فاذا اباحته الضروره كان تناوله اولى من تناول المحظور في الاصل ٥ قال ابن سماعه ولو ان رجلا زرع في ارضه ثم حصده وبقي من حصاده وحله مرعى فله ان يمنع هذا وله ان يبيعه وليس له ان يمنع الكلا ولا يبيعه حتى يحتشه فيحرزه وذلك لان الحصاد منبت بزرعه كسائر النبات التي ينبته الناس فيملكونه بالنبات فلهم ان يمنعوا عنه كما يمنعوا عن سائر املاكهم واما الكلا فانه ينبت بغير انبات فلا يختص اخذه فلذلك ملك بالاخذ كالما واما ما احتش منه واحرز فقد ملك بالاخذ كما يملك الما والصيد بالاخذ فلا يجوز الانتفاع به الا برضا مالكه ٥ قال وليس لاحد ان يحدث في مرج مال غيره قريه ولا يتخذ فيه نهرا ولا بيرا ولا يتخذ فيه محرثا الا باذن صاحبه ولصاحبه ان يحدث ذلك كله لانه مملوك فلا يختص به غير مالكه ٥ قال فان احدث ذلك مالكه لم يمكن لاحد ان يرعى فيها زرعا ولا يختليه لان الزرع مملوك للزارع فلا يتناول الا باذنه ٥ قال وان كان مرجا على حاله فصاحبه وغيره مستوون في كلايه ومايه وليس يشبه الاجام المروج ليس لاحد ان يحتطب من اجمه رجل الا باذنه وان فعل ضمن وان صاد فيها السمك والطير فهي له وذلك لان الاجمه ينبت فيها الحطب والقصب وذلك يملك بملك الارض وان لم ينبته صاحبها كما يملك الشجر اذا نبت في ارضه وان لم ينبته فلم يجز لغيره ان يحتطبه ولا يرعاه فاما المروج فهي للمزارع وانما نبت فيها الكلا وذلك لا يملك بملك الارض فحق جميع الناس فيه سوا فاما صيد السمك والطير من الاجام فهو لمن صاده لانه على اصل الاباحه لا يملك بملك الارض التي هو فيها فمن سبقت يده اليه كان احق به ولان الاجمه لا تكون باكثر من داره ومن دار غيره فاذا اصطاد صيدا كان له وان كان ممنوعا من دخول الدار الا باذن مالكها واما اذا احظر السمك في حظيره وان كان يوخذ بغير صيد فقد ملكه بالتحظير ولهذا جاز بيعه له فلذلك ينفرد به ولا يجوز لغيره تناوله وان كان لا يمكن ان يوخذ الا بصيد لم يملكه صاحب الحظيره لان يده لم تثبت عليه بدلالة انه لا يجوز بيعه فصار كالما اذا ساقه من الفرات في نهره ٥ قال ولو ان بقارا رعى بقره في اجمه غيره فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وافسد لان الاجمه نباتها القصب وذلك ملك لصاحبها فمن افسد ضمنه كسائر املاكه والذي يبين الفرق بين القصب والكلا انه يجوز دفع القصب معامله ولا يجوز دفع الكلا معامله وذكر ابو يوسف عن مالك انه بلغه عن رسول الله صلى الله عليه انه حرم عضاه المدينه وما حولها اثنا عشر ميلا الى جبيتها وحرم الصيد في اربعه اميال حولها الى جبيتها قال ابو يوسف في تفسير هذا عندنا ان اموالهم كانت الغنم وقوتهم اللبن فمنع الرعي فيما قرب منها ليتوفر اللبن على اهلها وذكر ابو يوسف باسناده عن رسول الله صلى الله عليه انه قال في المدينه انها حرام امن انها حرام امن وهذا معناه انه لا يجوز الاضرار باهلها ولا قتالهم لانها حرم رسول الله صلى الله عليه قال ابو يوسف او ان اهل قريه من قرى الجبل لهم جبال واوديه تنسب الى قريتهم فيها الكلا والحطب فليس لهم ان يبيعوا الكلا وروي عن رسول الله صلى الله عليه

لا يمنعن احدكم الماء مخافة الكلاء وروي عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه انه نهى عن بيع نقع البئر
قال واذا كان الحطب في المروج وهي في ملك رجل فليس لاحد ان يحتطبها الا باذنه وان كانت في [illegible]
مالك فلا باس بان يحتطب ما لم يعلم ان لها مالكا يملكها وهذا على ما قدمنا ان الكلاء لا يملك وان كان في
ملك والحطب يملك بملك الارض فاما اذا كانت الارض غير مملوكة ولا منسوبة الى قرية فحطبها غير مملوك
فحق جميع الناس فيه سواء ۝

باب ما يكون الكافر به مسلما اذا قاله

قال ابو [illegible] رحمه الله جملة هذا الباب ان الكفار على ضربين منهم من يجحد الباري سبحانه وتعالى كعبدة الاوثان ومنهم من يثبت
الباري ويشرك بينه وبين غيره كالثنوية فهولاء اذا قالوا لا اله الا الله كان ذلك اسلاما وكذلك اذا قال
نشهد ان محمدا رسول الله لانهم ممتنعون في دينهم كل واحدة من الشهادتين فاذا اتوا بها دل على انتقالهم
عما كانوا عليه ۝ وكذلك ان قالوا قد اسلمنا ونحن مسلمون واما من قال من الكفار بالتوحيد ويجحد الرسالة
فانه لا يكون مسلما بقول لا اله الا الله لانه لم ينتقل عما كان عليه فان قال اشهد ان محمدا رسول الله كان
مسلما واما من كان من اهل الكتاب فيما بيننا اذا قالوا نشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله لم يكونوا
بذلك مسلمين حتى يتبروا من الدين الذي كانوا عليه لان منهم من يقول ان محمدا رسول الله ولكنه رسول الى العرب
دون بني اسرائيل فلا يكون مسلما على هذا القول حتى يتبرا مما كان يعتقده ويعترف ان ما جاء به محمد
بن عبد الله حق ولهذا قالوا ان الواحد منهم لو قال انا مسلم او مؤمن لم يكن بذلك مسلما لانهم يزعمون
ان الاسلام ما هم عليه والايمان ما هم عليه ولما قدمنا ان النبي عليه السلام قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها وذلك لانه صلى الله عليه كان عبدة الاوثان في الغالب
فيكتفي منهم بالشهادة واذا ثبت ما قدمنا ۝ قال محمد في السير الكبير اذا حمل رجل من المسلمين على
رجل من المشركين ليقتله فلما رهقه قال اشهد ان لا اله الا الله وهو ممن لا يقول لا اله الا الله ولا يقر بها فهذا
دليل على اسلامه وهو عندنا مسلم فينبغي ان يكف عنه ولا يقتله وكذلك لو قال اشهد ان محمدا رسول الله
فهو مسلم وكذلك لو قال انا مسلم والقى السلاح او لم يلقه او قال انا على دين محمد او قال انا على دين
الاسلام او انا على الحنيفية فهذا كله دليل على الاسلام فان رجع عن الاسلام ضربت عنقه وهذا على ما
قدمنا ان من لا يعترف بالتوحيد يكون مسلما بكل واحدة من الشهادتين وبقوله انا مسلم لقوله عليه السلام
امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ولما روي ان اسامة بن زيد حمل على كافر فلما وضع السنان بين
كتفيه قال اشهد ان لا اله الا الله فقتله فقال له رسول الله اقتلت من يشهد ان لا اله الا الله ومن لك بلا اله
الا الله يوم القيامة فقال انما قالها تعوذا حين راى السنان بين كتفيه فقال صلى الله عليه هلا شققت عن قلبه
وروي ان المقداد بن الاسود قال للنبي صلى الله عليه ارايت لو قاتلت مشركا فضرب يدي ثم رماني بشجرة فقال انا مسلم
او قد اسلمت فقال لا تقتله فقال الا اقتله وقد قطع يدي فقال عليه السلام انك ان قتلته كنت [illegible]
قبل ان يقول انا مسلم وكان بمنزلتك قبل ان تقتل فاذا ثبت انه يصير بذلك مسلما فاذا رجع عنه
فقد ارتد فيقتل بردته ۝ قال محمد فان قال هذا قبل ان يقهره المسلم فهو حر لا سبيل عليه لان
المسلم لا يثبت بالاسترقاق ۝ قال وان قالها بعد ما قهره فهو مسلم وهو فيء لانه اسلم بعد ثبوت
اليد عليه والاسلام يسقط القتل ولا يسقط الاسترقاق ثابت ۝ قال فان رجع عن هذا وقال انما قلته
تعوذا لئلا اقتل لم يقبل ذلك منه وينبغي للامام ان يعرض الاسلام عليه فان ابى ان يسلم قتله لانا حكمنا
باسلامه فاذا رجع عنه صار مرتدا فلا يقبل قوله انه لم يعتقد الاسلام بعد الحكم بظاهر اسلامه ۝ قال
وان كان قوم من المشركين منا اليهود او غيرهم محاربين للمسلمين وهم يشهدون ان لا اله الا الله والقى
سلاحه فلا باس بقتله ولا يكون قول لا اله الا الله من مثل هذا دليلا على اسلامه فان قال حين وقف اشهد
ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله فليكف عنه ولا يقتله وكذلك لو قال اشهد ان محمدا رسول الله
ولم يقل اشهد ان لا اله الا الله او قال دخلت في الاسلام او في دين محمد وان مات بعد ما قال شيئا من هذا
صلي عليه واستغفر له وهذا على ما قدمنا ان من يعترف بالتوحيد لا يكون بالشهادة مسلما لانه لم
ينتقل عما كان عليه فاذا شهد برسالة النبي صلى الله عليه او اعترف انه على دينه او قال انا مسلم فذلك اسلام
منه لانه قد انتقل عما كان عليه ۝ قال محمد واليهود والنصارى الذين بين ظهراني المسلمين لا يكونوا مسلمين
بالشهادتين لانهم جميعا يقولون هذا عندنا ليس من يهودي ولا نصراني نسأله الا اذا قال اشهد ان لا اله الا
الله وان محمدا رسول الله ويقروا انما جاء به من عند الله وان كان نصرانيا قال وابرا من النصرانية وان كان يهوديا
قال وابرا من اليهودية وهذا على ما قدمنا انهم اذا كانوا يعترفون بالشهادتين دينا [illegible] على ذلك
حتى يتبروا مما كانوا عليه فان قال الواحد منهم اشهد ان محمدا رسول الله وابرا من النصرانية وكان نصرانيا قبل
منه لانهم لا يتبرون من دينهم ويعترفون بالنبي عليه السلام الا بعد الاسلام وكان ذلك اسلاما ۝ قال فان قال اليهودي
او النصراني اشهد ان لا اله الا الله وابرا من النصرانية لا يدخلت في دين اليهودية وهم يقولون اشهد ان لا اله الا الله

فلا يصير مسلما بالاحتمال ۝ وان قال النصراني اشهد ان لا اله الا الله وابرا من النصرانية وادخل في دين الاسلام
او قال وادخل في دين محمد كان مسلما لانه تبرا من دينه ودخل في ديننا وذلك لا يحتمل الا الاسلام فان قال انا مسلم
او مؤمن لم يكن مسلما لانهم يزعمون ان الاسلام ما هم عليه والايمان ما هم عليه ۝ قال الحسن قال ابو حنيفة
لو ان نصرانيا او يهوديا قال انا مسلم او قال قد اسلمت سئل اي شيء اردت بذلك الاسلام كان بذلك مسلما
فان رجع بعد ذلك الى النصرانية كان بذلك مرتدا لانه تبرا من الدين الذي كان عليه ودخل في ديننا قال فان قال
اردت بقولي قد اسلمت او انا مسلم او على الحق او اني مسلم لله ولم ارد بذلك رجوعا عن ديني لم يكن بذلك مسلما
لما بينا انهم يزعمون ان الاسلام ما هم عليه وانهم مستسلمون لله وان الايمان ما هم عليه وانهم مصدقون بالله
واذا احتمل هذا القول منهم لم يحكم باسلامهم قال فان لم يسأل اي شيء اردت بذلك حتى جعل يصلي مع المسلمين
في مساجد الجماعة او اقر انه صلى مع المسلمين في مساجدهم في جماعة او اذن في بعض المساجد للمسلمين كان
بذلك مسلما لان الصلوة في جماعة والاذان للجماعات يختص به الاسلام لو انفرد فاذا انضم عليه الاعتراف بالاسلام
فاولى ۝ وقال الحسن قال ابو حنيفة لو ان يهوديا او نصرانيا او واحدا من اهل الشرك شهد عليه انه قد اسلم
واقر ووصف الاسلام ودخل فيه ويصلي مع المسلمين وجحد ان يكون فعل وقال لم ازل على ديني ولم ادخل في الاسلام
استتابه الامام فان اسلم والا قتله وكذلك لو شهدوا عليه انهم راوه يصلي الصلوات في جماعة من المسلمين
او صلاة واحدة وكذلك لو سمعوه يؤذن في مسجد جماعة من مساجد المسلمين لان هذه الاشياء دلالة على الاسلام
فاذا جحدها بعد الشهادة صار مرتدا ۝ قال وان شهدوا انهم راوه يصلي وحده في صلى المسلمين في مسجد من
مساجد المسلمين او في غيره او راوه يؤذن في غير صلوة لم يكن بذلك مسلما وذلك لانه لم يات بالعبادة على اكمل
صفاتها فصار كمن اتى بالشهادة فقط ولم يتبرا من الاديان وكذلك لو راوه يتلقن القرآن او يقرؤه لم يكن بذلك
مسلما لان القراءة لا تختص بديننا بدلالة انهم يقرؤونه تادبا بقراءته فلم يدل ذلك على الاسلام واما الصلوة اذا
كانت في جماعة فانه يكون به مسلما عندنا وقال الشافعي لا يكون مسلما فان صلى من لم يعلم منه تقدم الكفر كان
ذلك دلالة على اسلامه وروى داود بن رشيد عن محمد انه اذا صلى وحده واستقبل قبلتنا كان مسلما وذلك لقوله
عليه السلام من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا فله ما لنا وعليه ما علينا وقال نهيت عن قتل المصلين
ولانها عبادة يستدل بها على الاسلام ممن لم يعلم تقدم كفره فيستدل بها ممن علم كفره كالشهادتين واما
الحج فقد قالوا انهم اذا راوه يحج وتهيا للاحرام ولبى وشهد المناسك كلها مع المسلمين كان بذلك مسلما
لان هذه العبادة على هذه الهيئة تختص بشريعتنا وقد اتى بها على اكمل احوالها فصارت كالصلوة ۝ فان لبى ولم
يشهد المناسك لم يكن مسلما لان التلبية بعض العبادة وكذلك لو شهد المناسك ولم يلب لان العبادة لا
تكمل الا بعد تقدم التلبية قال داود بن رشيد ان شهدوا انه مؤذن جعلته مسلما فان قالوا سمعناه يؤذن في مسجد
[illegible]

باب ما يؤخذ به اهل الذمة مما يتميزون به من المسلمين

[illegible]

ولا في هيئته فان الوجه ان يوخذوا حتى يجعل كل واحد في وسطه كستيجا مثل الخيط الغليظ يعقده على وسطه وان
يوخذوا بان يلبسوا قلانس مضربة وان يركبوا بسروج على قربوس السرج مثل الرمانة وان يجعلوا شرك نعالهم
مثنية ولا يحذوها على حذو المسلمين ولا يلبسوا طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا اردية مثل ارديتهم ٥
وقال ابو يوسف يمنعون من ركوب الرحايل ٥ قال ويكون قلانس الرجال مضربة طوالا وانما وجب ان يفرق
بينهم وبين المسلمين في الزي لانه يستدل بها على حال الانسان قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم ٥
وقد قال اصحابنا انه من راينا عليه زي الفقر كان لنا دفع الزكوة اليه وقال صلى الله عليه غيروا الشيب
ولا تشبهوا باليهود فدل ذلك على ان الصفات والزي يستدل بها على الاسلام وانما قال ان الكستيج يكون
كالخيط الغليظ لانه اذا لم يكن كذلك لم يظهر الزي فوجب ان يفعل على وجه يظهر عليهم ٥ واما القلانس التي
ذكرها فيحتمل ان يكون كانت زيا لهم قبل الفتح واخذوا بان يبقوا عليها ليعرفوا بها ويحتمل ان يكونوا طولبوا
باتخاذ ذلك حتى لا تشبه قلانسهم قلانس المسلمين ٥ واما السروج فيحتمل ان يكون سروجهم كانت على هذه
الهيئة فاخذوا بان لا يتشبهوا بسروج العرب ويحتمل ان يكونوا طولبوا بتغيير السروج على طريق التمييز وجعلت
العلامة على القربوس ليشاهدها الرائي له وقد قال في الجامع الصغير انهم يركبون على سروج كهيئة الاكف وقد
قال اصحاب الشافعي انهم يوخذون ان يركبوا وارجلهم الى جانب واحد وهذا ليس بصحيح لانه لا يمكن مع ذلك
من الركوب ولا يستقر الفارس وقالوا انهم يوخذون بركب الخشب وهذا ليس بصحيح لان الركب لا تظهر ولان ركب
الخشب يستعملها اهل الثغور في البلاد الباردة ∴ واما شرك النعال المثنية فيجوز ان يكون هذا كان زيهم فطولبوا
بالبقاء عليه ويجوز ان يكون ذلك مما ابتدوا بفعله حتى لا يتشبهوا بالمسلمين الا ترى ان النعل تظهر في قدم الماشي
فيدل على حاله فاما طيالسة المسلمين وارديتهم فهو من اللباس الظاهر فيجب ان يوخذ اهل الذمة بمخالفته فان امكن
ان تخالف في الصفة والهيئة والا خالفوا في اللون وعلى هذا يجب ان تتميز نساؤهم من نساء المسلمين حال مشيهم
في الطرق حتى لا يشتغل الكافرة بمسلمة ويجب ان يتميزوا في الحمامات فيوخذ اهل الذمة ان يكون عليهم
في الحمام ازر تخالف ازر المسلمين وقد قال اصحاب الشافعي انهم يجعلون في رقابهم الخواتيم لتتميز ابدانهم ويجب
ان يكون على دور اهل الذمة علامات يتميز بها من دور المسلمين حتى لا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة
قال ولا باس ان يسكنوا في امصار المسلمين وان يكونوا في اسواقهم يبيعون ويشترون لان في ذلك
منفعة تعود الى المسلمين ولا ضرر عليهم فيه ٥

باب ما يكون لاهل الحرب من احداث البيع والكنائس وبيع الخمور وغيرها

قال محمد واذا صالح الامام قوما من اهل الحرب على ان يصيروا ذمة على ان يودوا عن رقابهم وارضهم
شيئا معلوما على ان يجري عليهم حكم الاسلام الذي يجري على اهل الذمة فهذا جايز ولا ينبغي للامام اذا دعي الى هذا ان لا يجيب
اليه وذلك لان بذل الجزية يقوم مقام بذل الاسلام في حقن الدم فكما لو بذلوا الاسلام وجب قبوله منهم كذلك اذا بذلوا
الجزية وجب قبولها منهم قال فان صالحهم على هذا وكانت اراضيهم مثل ارض الشام مداين وقرى ورساتيق وامصارا
فليس ينبغي للمسلمين ان ينزلوا عليهم منازلهم ولا ياخذوا شيئا من دورهم وارضهم الا بشرى او صدقة او هبة وذلك
لانهم قد حظروا اموالهم بالعهد فلا يجوز الانتفاع بها الا باذنهم فان اتخذ المسلمون في بعض تلك الارضين مصرا
ينزله المسلمون او مدينة فلا باس به اذا اتخذوه اذا كان في ارض موات لا مالك لها احد لان الموات في بلاد المعاهدين
كالموات في دار الاسلام فيجوز احياء مواتها ٥ قال فان كان بقرب ذلك المصر قرى لاهل الذمة فعظم ذلك المصر حتى
بلغ القرى وجاوزها فقد صارت من المصر وليس ينبغي ان يهاج ولا يعرض لها في قليل ولا كثير لانهم ملكهم فاذا احيينا
ما جاورها لم يتغير ملكهم عنها ٥ قال فان كان لهم في تلك القرى كنايس او بيع او بيوت نيران تركت على حالها
لم يهدم منها شي لان الصلح وقع على اقرارهم على ما هم عليه ولو منعناهم من البيع والكنايس كان ذلك نقضا للعهد
وذلك لا يجوز قال فان ارادوا ان يحدثوا في شيء من ذلك القرى كنيسة او بيعة او بيت نار بعد ما صارت من
مصر المسلمين لم يترك لهم ذلك لان هذا مصر من امصارنا فلا يجوز احداث ذلك فيه لقوله عليه السلام لا اخصاء في الاسلام
ولا كنيسة معناه لا تحدث في دار الاسلام كنيسة لم تكن فاما الخصا فقيل فيه معناه انه لا تخصى الرجل وقيل فيه تاويل
معناه قوله تعالى ولآمرنهم فليغيرن خلق الله ان المراد به الخصاء وقيل فيه تاويل ذلك انه التبتل والامتناع
من النساء كما يفعله اهل الكتاب حتى يصير في حكم الخصي قال وان كانوا يبيعون الخمر والخنزير علانية في قراهم ذلك
قبل ان يمصر المصر ثم مصر المصر فدخلت القرى في المصر فليس لهم ان يبيعوا الخمر والخنزير ظاهرين في ذلك المصر
ولا يدخلوا شيئا من ذلك المصر لان هذا فسق ولا يحل اظهار الفسق في بلاد المسلمين وهذا صحيح لانهم اذا اظهروا
ذلك لم يامن ان يتفقه المسلمون ويستحيلوه ولانه معصية فيمنع من اظهاره كساير المعاصي ٥ قال واذا حضر لهم عيد
يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنايسهم القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من
الكنايس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك لان اظهار الصليب معصية فاذا اظهر في دار الاسلام كان ذلك
اعزازا للكفر وهذا لا يجوز ٥ فاما في الكنايس فلا يمنع منه كما لا يمنعون من اظهار الكفر فيها ٥ فاما ضرب الناقوس

فليس

فليس ينبغي ان يمنعوا في المصر اذا كانوا يضربون في جوف كنايسهم القديمة فاما ان يضربوا خارجا منها فليس ينبغي ان
يتركوا يفعلوا ذلك لان ضرب الناقوس معصية فيجوز ان يفعلوا في كنايسهم القديمة ولا يظهروا في غيرها
فاما كل قرية او موضع ليس بمصر من امصار المسلمين فان كان فيهم من اهل الاسلام عدد كثير نزول فليس يمنع
اهل الذمة ان يحدثوا فيه كنايس وبيعا وبيوت النيران ويبيعوا الخمر فيه علانية والخنازير وانما يكره هذا في
امصار المسلمين التي يجمع فيها الجمع وتقام فيها الحدود فاما مصر الغالب عليه اهل الذمة مثل الحيرة ونحوها ليس
فيه منبر ولا حدود تقام ولا قاض فان هذا لا يمنع اهله من احداث الكنايس والبيع وبيوت النيران فيه
وبيع الخمر والخنازير علانية ٥ وكذلك القرى التي اهلها مسلمون الا انها ليست بامصار فيها جمع وحدود
اشترى فيها قوم من اهل الذمة منازل واتخذوا الكنايس والبيع وبيوت النيران وباعوا الخمر والخنازير علانية
فهذا لهم جايز لا يمنعون من ذلك انما يمنعون منه في الامصار فمن اصحابنا من قال انما يعني بذلك القرى التي في
قرى اهل الكوفة وما ذكره نص بخلاف ذلك لانه اعتبر ما لا تقام فيه الجمع والحدود سواء كانت فيه المسلمين او
الذمة لان هذه القرى لا يظهر فيها اعزاز الدين بالجمع والحدود فلذلك لا يظهر منها اذلال الدين باتخاذ
الكنايس والبيع واظهار بيع الخمر ٥ قال ولو ان قوما من اهل الحرب صالحوا على ان يكونوا ذمة على انفسهم وعلى
ارضهم على ان يشترط عليهم المسلمون ان نقاسمهم منازلهم في مداينهم وامصارهم وقراهم وفيها الكنايس
والبيع وبيوت النيران وفيه بيع الخمر والخنزير علانية وتزوج الامهات والبنات والاخوات علانية
وبيع الميتة وبيع ذبيحة المجوس علانية فما كان مصرا او مدينة فقد صار مصرا للمسلمين تجمع فيه الجمع وتقام فيه
الحدود فان اهل الذمة يمنعون من اظهار ذلك كله وليس لهم ان يحدثوا كنيسة لم تكن ولا بيعة ولا بيت نار
ولا يبيعوا في ذلك خمرا او خنزيرا ولا ميتة ولا ذبيحة المجوس علانية وليس لهم ان يظهروا نكاح ذوات المحارم
علانية وليس لهم من ذلك شيء الا خصلة واحدة الكنايس والبيع وبيوت النيران التي كانت تكون فيها قبل ان يصير
ذلك الموضع مصرا للمسلمين فانها تترك على ما كانوا يصنعون قبل ان يكون مصرا للمسلمين ولا يخرجوا صلبانهم
خارجا من كنايسهم وذلك لان الصلح على مقاسمة المسلمين الدور والمساكن صار ذلك مصرا من امصارهم فلا
يجوز ان يظهر فيه ما لا يجوز في ديننا من نكاح المحارم وبيع الخمر ولا يعترض على الكنايس القديمة حتى لا يودي
ذلك الى نقض العهد فان انهدمت كنيسة من كنايسهم هذه او بيعة او بيت نار فلهم ان يبنوه كما كان لانا
لما اقررناهم عليها جاز اعادتها كما يجوز اعادة ساير ابنيتهم ولانا انما اقررناهم على الابنية والابنية لا تبقى
فلو لم يجز اعادتها كان الاقرار موقتا وهذا ليس بصحيح فان قالوا نحوله من هذا الموضع الى موضع اخرى
من المصر فليس لهم ذلك لان هذا احداث كنيسة في دار الاسلام وهذا لا يجوز لما قدمناه ٥ قال ولو ان اماما
ظهر على قوم من اهل الحرب وعلى اراضيهم فراى ان يجعلهم ذمة ويجري عليهم وعلى ارضهم الخراج ولا
يقتلهم كما فعل عمر بن الخطاب باهل سواد الكوفة فذلك جايز مستقيم فاذا فعلوا ذلك فقد صاروا اهل
ذمة لا يمنعون من بنا كنيسة ولا بيعة ولا بيت نار ولا بيع خمر ولا خنزير لان هذه بلاد اهل الذمة فما لم يجاوزه
لا يكون فيه اعزاز الكفر بغاية ٥ قال فان مصر الامام في ارضهم امصارا للمسلمين كما مصر عمر الكوفة والبصرة
فاشترى بيوتها من اهل الذمة دورا وارادوا ان يتخذوها كنايس منعوا من ذلك وكذلك لو استاجروا دورا او
بيتا لشي من ذلك لم يحل للمسلمين ان يواجروهم لان امصار المسلمين لا يحدث فيها شي من ذلك وهذا مصر من الامصار ٥
قال فان تخلى رجل منهم في صومعته او بيت كما يتخلى اصحاب الصوامع في الصوامع منع من ذلك ان كان في مصر من
امصار المسلمين لان الصومعة تجري مجرى الكنايس فكما لا يجوز احداث الكنيسة كذلك الصومعة ٥ قال وكل مصر
من امصار المشركين التي ظهر عليهم عنوة فصالحوه على ان يجعلوا ذمة كانت فيه كنيسة قديمة او بيت نار
او قرية من قراهم كذلك او مدينة فصار ذلك الموضع مصرا فان الامام يمنعهم من الصلوة في تلك الكنايس والبيع
وبيوت النيران ويامرهم ان يجعلوها مساكن يسكنونها ولا ينبغي ان يهدمها ولكن يمنعهم من الصلوة فيها
وذلك لان المسلمين لما فتحوا هذه عنوة فقد كان لهم ان يقسموها فيما بينهم ويمنعوا الكفار منها فاذا اقروهم
عليها فموضع الكنايس انما يستحقونه باقرار المسلمين فكانهم احدثوا ذلك واحداث الكنايس في المصر
لا يجوز ويجوز في القرى فلذلك منعوا من الصلوة في الكنايس القديمة في المصر ولم يمنعوا من القرى فان عطل
المسلمون هذا المصر حتى تركوا الجمع واقامة الحدود فيها كان لاهل الذمة ان يتخذوا فيها ما شاؤوا لانها خرجت
من ان تكون مصرا وعادت الى احكام القرى فجاز فيها ما يجوز في القرى ابتدا قال محمد وليس ينبغي ان
يحدث في ارض العرب كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر مصرا كان او قرية او غيره ويمنع المشركون من اهل
الذمة ان يتخذوا ارض العرب مسكنا ووطنا وذلك لان النبي صلى الله عليه قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب
وقال صلى الله عليه لئن عشت من قابل لاخرجن النصارى من نجران وان لم يجز اقامة الكفار فيها مصرا كانت
او قرية لم يجز ان يتخذوا فيها بيعة ولا يبيعوا فيها الخمر كما لا يجوز في امصار المسلمين ولا يترك فيها الكنايس
القديمة كما لا يترك في البلاد المفتوح عنوة ٥ قال محمد وكل قرية من قرى اهل الذمة او مصر او مدينة
من مداينهم اظهروا فيها شيئا من الفسق مما لم يصالحوا عليه مثل الزنا واتيان الفواحش التي يحرمونها في دينهم

فانهم يمنعون من ذلك في القرى والمصر وكذلك المزامير والطبول والغناء ومن كسر لهم من ذلك شيئاً لم يضمنه لان
هذه معاصي لم يقروا عليها بالامان فلا يجوز تركها في دار الاسلام وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره في البيع
والكنايس التي تكون في الامصار بخراسان والشام قال ما احاط علمي به انه محدث هدمته فان لم اعلم به انه محدث
تركته حتى تقوم بينة انها محدثة وذلك لان القديم لا يجوز هدمه والمحدثة يجوز هدمه فما لم يعلم سبب الهدم فالظاهر
انه مبني بحق فلا يعرض له ٥ قال وامنعهم من ادخال الخمر ولا امنعهم من ادخال الخنازير لان الخمر لا يؤمن ان تقربها
المسلمون ويؤمن عليهم الفتنة بالخنازير لان النفس لا تتبعها ٥ قال وامنعهم ان يخرجوا باعلامهم في اعيادهم
في الامصار الى بيعهم [illegible] ولا ادعهم يخرجون بها في رداب المصر ولا في طريق المسلمين الا ان يكون صنيعهم ذلك
في جوف بيعهم او يخرجون من المصر فيكون ذلك خارجا من المصر ولا امنعهم من بيع الخمر في الرساتيق والسواد ولا
امنعهم من اتخاذ الكنايس والبيع فيها وامنعهم من المزامير والعيدان وضرب الغناء والصنوج والطبول وامنعهم
النائحة والمغنية ولعب الحمام وطيرانها في الرساتيق والسواد وامنعهم من اتخاذ ذلك في البيع والكنايس القديمة
وهذا على ما قدمنا ٥ قال فان بنوا في بعض الرساتيق والقرى ثم اتخذ المسلمون ذلك مصرا تركت ما كان من البيع
قبل اتخاذ المسلمين ذلك مصرا وامنعهم ان يتخذوا بيعة او كنيسة في ذلك المصر وذلك لان ما احدثوه في
القرى فقد بنوه بحق واذا كان مصرا لم يعرض عليهم كما لا يعترض على ما كان قديما في المصر الذي صالحوا عليه ٥
تم كتاب السير

كتاب الشرب

قال الشيخ ابو الحسن روي عن النبي صلى الله عليه انه قال الناس شركاء في ثلثه الماء والكلاء والنار قال ومعنى ذلك ان المياه
التي في الانهار والابار والعيون لا يملكها احد وليس صاحب النهر والبير احق بالشرب فيها من غيره لان النبي عليه السلم
جعل جميع الناس في الماء سواء وهذا في الماء ما دام في منابعه او من خلقته فاذا اخذ الماء من البير او النهر فجعل في وعاء
ملكه الاخذ بالاخذ وصار احق به من غيره وجاز له المنع منه وجاز بيعه له وتصرفه فيه وان اتلفه عليه متلف
ضمنه وذلك لان الناس يبيعون الماء في الظروف والقرب من لدن رسول الله صلى الله عليه الى يومنا هذا من غير مانع فلولا
انهم ملكوه لم يجز بيعهم له ٥ واما الكلاء فهو الحشيش الذي ينبت من غير ان ينبته احد ولا يملكه صاحب الارض بكونه
في ارضه لان النبي عليه السلم جعل الناس كلهم شركاء فيه فهو كالصيد والماء فان قطعه قاطع واحرزه فقد ملكه وصار
اخص به من غيره وجاز بيعه فيه كالماء اذا اخذه في اناء ٥ والنار معنى قوله عليه السلم الناس شركاء فيها معناه في الانتفاع
بضوءها والاصطلاء بها وليس لصاحبها ان يمنع منه ذلك لان النبي عليه السلم سوى بين الناس فيها فاما الجمر الذي فيه
اللهب فهو ملك لصاحبه لا يجوز لاحد اخذه الا باذنه لان ذلك ليس بنار والنبي عليه السلم انما اثبت الشركة في النار
لا في الحطب قال محمد شركة في ذلك شركة اباحة لا شركة ملك لانه غير مملوك في الاصل وانما معنى الشركة
ثبوت حق كل واحد منهم فيما ينتفع منه ٥ قال محمد والشفه عندنا الشرب لبني ادم والبهائم والنعم والدواب
فاما السقي لزرع او نخل او شجر فله ان يمنع من ذلك من كان النهر او العين او القناة او البير او الركي في ملكه
ولا يمنع من الشفه خاصة ومعنى ذلك ان الشركة ثبت في ماء الانهار المملوكة والعيون والابار للشرب خاصة
فاما السقي فلا يجوز ذلك الا لمالك النهر وذلك لان النبي عليه السلم جعل للبير حريما حتى لا يحفر غير حافرها
بيرا الى جنبها فينقص ماءها ولو جوز لكل واحد ان يسقي زرعه منها كان ذلك اضر من حفر بير الى جانبها فلم يجز
ذلك وليس كذلك الشفه لان قدر ما يشرب منها لا ينقطع حق صاحب البير عنها ولا يضر سقيها ولان سقي
الزرع من النهر او البير لا يمكن الا بفتح جانب النهر او جانب البير ليسقي الماء منها وليس لغير مالك النهر ان يفعل
ذلك واذا لم يكن له لم يتمكن من السقي ولانه يجري الماء الى زرعه في ملك صاحب النهر او البير وليس له ان يجري
الماء في ملك غيره الا بامره قال فاما ما لم يكن في ملك احد مثل الفرات والدجلة والاودية التي هي لجماعة المسلمين
غير مملوكة لاحد فانه ليس لاحد من الناس كلهم ان يمنع السقي منه لشفته ولا لغيرها وكذلك من احيا على هذه الانهار
العظام ارضا باذن الامام فشق اليها نهرا من هذه الانهار العظام ليسقي ارضه فذلك له ليس للامام ولا غيره
منعه من ذلك اذا كان لا يضر بالنهر فان كان ذلك يضر فللامام منعه ولغيره من المسلمين واحدا كان المانع او
اكثر من ذلك وذلك لان الانهار العظام ملك لجميع المسلمين لا يختص بها احد كالشوارع العظيمة ولهذا لا يجوز
الشفعة بالشرب منها واذا كانت ملكا لجميع المسلمين جاز لكل واحد منهم ان يسقي منها زرعه ونخله كما يجوز
له ان يجتاز في الطريق وينتفع به فاما اذا اضر ذلك باهل النهر فللامام منعه ولكل واحد من المسلمين لان له
الانتفاع من غير اضرار بغيره كما له ان يجتاز في الطريق ويجلس فيه اذا لم يضر بغيره وان اضر جلوسه بالناس
ومنعهم من الاجتياز منع من ذلك قال واذا امتنع صاحب النهر الخاص السقي من نهره النخل والزرع والشجر
ثم اذن لصاحب الزرع وغيره ان يسقي منه او اعاره فلا باس بذلك لان المنع من الانتفاع لحقه فاذا رضي فقد
اسقط حقه فجاز الانتفاع به وان باعه شرب يوم او اكثر او اقل فلا خير في ذلك لانه اذا باع الماء فقد باع
ما لا يملكه وباع مجهولا لانه [illegible] ياخذ من الماء في اليوم مجهول وان باع حق السقي فالحقوق لا يجوز بيعها
لانه ليس هنالك عين يتناولها العقد فان استاجره واشترط شرب هذه الارض او هذا النخل او هذا الزرع

لم يجز وان اشترط حتى يكتفي او اشترط يوما او يومين فلا خير فيه لان الاجارة انما تقع على المنافع والشرب
يقصد منه الماء وهو عين من الاعيان فلا يجوز ان يستحق بعقد الاجارة ولا يلزم على هذا اجارة الظئر لان
العقد يقع على خدمة الصبي واللبن تبع فهو كالاستيجار على الصبغ ان العقد يقع على منافع الصباغ والصبغ
الذي هو عين تبع وفي مسئلتنا لو صحت الاجارة وقعت على العين خاصة والاعيان لا تستحق بالاجارات
قال وان اشترى الرجل شرب ماء ومعه ارض فهو جائز وان استاجر ارضا معها شربها فهو جائز لان العقد
يقع على رقبة الدار والشرب تبع ويقع الاجارة على منافع الدار والشرب تبع وقد يستحق بالعقد على وجه
التبع ما لا يجوز ان يفرد بالعقد كاعضاء العبد ٥ قال وان استاجر ماء او اشتراه بغير ارض فلا خير فيه
لان الشرا يقع على حق مسيل الماء والحقوق لا يجوز بيعها والاجارة تقع على منافع البقعة التي تسيل فيها
الماء وذلك مجهول لانه لا يعلم قليلا يسيل الماء او كثيرا والمنافع المجهولة لا تستحق بالاجارة ٥ قال واذا
اشترى الرجل ارضا لم يكن له شربها ولا مسيل مائها لانه عقد على الارض والشرب والمسيل خارجان من
حدودها فصار كارض اخرى فلا يدخل في اطلاق البيع ٥ قال فان اشترط شربها فله الشرب وليس له
المسيل وان اشترط المسيل جاز لان الشرب والمسيل لا يدخلان باطلاق العقد فاذا سمى احدهما استحق بالتسمية
وبقي الاخر بغير استحقاق فان شرطه جاز على ما قدمنا انه يدخل في البيع على وجه التبع ٥ قال ولو اشتراها
بكل حق هو لها كان له المسيل والشرب جميعا لانهما من حقوقها فصار ذكر الحقوق وتسمية الشرب والمسيل
سواء وكذلك لو اشترط مرافقها لان المرافق ما يسترفق به في المبيع والشرب ومسيل الماء لان
الشرب والمسيل لا تخلو اما ان يكون من القليل او الكثير وقوله منها معناه من حقوقها وحقوق المضاف اليه
على طريق التحقيق ٥ قال واذا استاجر الرجل ارضا فهو في القياس ليس له مسيل ماء ولا شرب كما له
الشرا ولكني استحسن وادع القياس في هذا واجعل له مسيل الماء والشرب وكذلك لو اشترطها
او اشترط كل حق هو لها او اشترط مرافقها او اشترط كل قليل او كثير هو لها منها او فيها ووجه
القياس ان العقد وقع على الارض والشرب والمسيل خارجان منها فلا يستحق الا بالتسمية كارض اخرى ٥
ووجه الاستحسان ان المقصود بعقد الاجارة الانتفاع بالمستاجر ولهذا لا يجوز اجارة ما لا يمكن
الانتفاع به ولا يمكن الانتفاع بالارض للزراعة الا بالشرب والمسيل فقد دخلا فيها بغير تسمية ولان
المواجر قصد الى تسليم المنافع ليستحق الاجرة وهو لا يستحقها الا بدخول الشرب والمسيل فكانه
شرط ذلك وليس هذا كالبيع لانه يقع على الملك دون الانتفاع والملك يقع في الارض دون شربها
ومسيلها فلذلك لم يدخلا الا بالتسمية ٥ واذا ثبت ان الشرب والمسيل يدخلان في الاجارة بغير تسمية
فاذا سماها وذكر الحقوق والمنافع والمرافق فاولى ان يدخل ٥ قال واذا كان النهر بين قوم [illegible]

[illegible]

لم يكن له ذلك الا برضا اصحابه [illegible]

[illegible]

ولا بالشرب وكاند لك بنا في ملكه خاصة كان له ان يفعل ذلك لان هذا انتوصل الى الشرب بغير ضرر يلحق الشركا فصار
كما لو كري مجري مايه وسقله ٥ قال وان ارادوا القوم ان يكروا هذا النهر فان اباحنيفة قال عليهم جميعا ان
يكروا من اعلاه فاذا جاوزوا ارض رجل واحد رفع عنه حصته وكان الكري بينهم على من بقي وقال ابو يوسف ومحمد
الكري عليهم جميعا من اوله الى اخره بحصص الشرب والارضين لانه ان الاعلى له في الاسفل مسيل ما وبيان
قول ابي حنيفة ان النهر اذا كان بين عشرة لكل واحد منهم ارض عليه فان الكري من فوهة النهر الى مجاوز شرب
اولهم بينهم على عشرة اسهم على كل واحد منهم فاذا انجاوز شرب الاول خرج من الكري فكان الكري على الباقين على
تسعة اسهم فاذا انجاوز شرب الثاني سقط من النفقة وكان الكري على الباقين على ثمانية اسهم وعلى هذا الترتيب
وقالا النفقة بينهم سهم على عشرة اسهم من اول النهر الى اخره وجه قول ابي حنيفة ان فوهة
النهر مشتركة بين جماعتهم لا يتوصل احدهم الى شربه الا بحفرها فكانت النفقة بينهم بالسوا واذا انجاوز شرب
الاول فلا حق له في حفر ما بعد ارضه فلا يجوز ان يلزمه جزء من النفقة ووجبت على من بعده وجه قولهما
ان لصاحب الارض العليا منفعة في حفر اخر النهر كما ان لصاحب الارض السفلى منفعة في حفر اعلاه الا ترى
ان الما اذا لم ينفذ ويسيل الى اخر النهر فسد اوله وانطم فصار لصاحب الارض العليا منفعة في حفر ما
بعده كما لصاحب الارض السفلى منفعة في حفر اعلاه الا ترى ان الما اذا لم ينفذ ويسيل الى اخر النهر فسد اوله
وانطم فصار لصاحب الارض العليا منفعة في حفر ما بعده كما له منفعة في حفر ما قبله فيلزمه الامران ٥ والجواب
ان حقه فيما بعد ارضه انما هو طسيل فضل مايه والنفقة على المسيل اذا كان في ملك غيره لا يلزمه وان انتفع به
الا ترى ان رجلا لو كان له مسيل على سطح غيره لم يكن عليه ان يعمر السطح ليسيل ماوه عليه وانما يلزم ذلك
صاحب السطح خاصة فلذلك هذا مسيلنا ٥ وقال ابو حنيفة فيما اعلم ليس على اهل الشفة في الكري شي وكذلك
قال ابو يوسف ومحمد لان اصحاب الشفة لا يملكون النهر وانما يثبت لهم حق في الما على اصل الاباحة والنفقة
لا يلزم من ليس بمالك ولان اصحاب الشفة لا يحصون لان لجميع الناس ان يشربوا ويسقوا فلا يجوز ان يلزمه
الكري على من لا يحصى ٥ قال والمسلمون جميعا شركا في الفرات وفي كل نهر عظيم نحوه او واد يسقون الشفة
الخف والحافر ليس لاحد ان يمنع من ذلك ولكل قوم شرب ارضهم ونخلهم وشجرهم لا يحبس الما عن احد دون
احد وذلك لان الانهار العظام لا يختص بها احد فهي حق للجماعة كالشوارع فلكل واحد منهم ان ينتفع بها
في الشفة والسقي ٥ قال وان اراد رجل منهم ان يكري نهرا منه في ارضه فان كان ذلك يضر بالنهر الاعظم
لم يكن له ذلك وان كان ذلك لا يضر بالنهر الاعظم فله ذلك لما قدمنا ان حق الجماعة متعلق به فلهم ان ينتفعوا
من غير اضرار كما لهم ذلك في الطرق والشوارع ٥ قال وعلى السلطان كري هذا النهر الاعظم ان احتاج
الى كري وعليه ان يصلح مسناته ان خاف منها غرقا لان هذا النهر ملك الجماعة المسلمين فنفقته عليه لجواز مصالحهم
وقناطرهم وما وجب على جميع المسلمين اخذ من بيت المال المعد للمصالح ٥ قال ابو يوسف سالت ابا حنيفة
عن الرجل يستاجر النهر يصيد فيه السمك قال لا يجوز وذلك لما بينا ان الاجارة تنعقد على المنافع وفي مسالتنا هو
يستحق بها الاعيان وذلك لا يجوز قال وسالته عن الشرب بغير ارض قال لا يجوز وذلك لان الشرب حق
والحقوق لا تملك بعقد البيع الا على وجه التبع للاعيان قال وسالته عن الرجل يستاجر الشرب قال لا يجوز وذلك
لما بينا ان المقصود بالشرب الما وهو عين والاعيان لا تستحق بالاجارة الا على طريق التبع ولا نالو جوزنا استحقاق
الما بالاجارة كان ما بيناه ولان المدة مجهولة وجهالة المعقود عليه في الاجارة لا يجوز ٥ قال وسالته عن الرجل يشتري
عشر النهر بارض النهر او نصيبا منه مسمى بارض النهر قال ذلك جائز وكذلك العين والقناة والبير لان العقد وقع على جزء
من البقعة وبيع الاراضي جائز ثم الشرب يستحق تبعا حتى ملك بقاده ٥ قال وسالت ابا حنيفة عن الرجل يشتري الاجمة
يصيد فيها السمك قال هذا لا يجوز وهذا مثل النهر لما بينا ان السمك عين والاعيان لا تستحق بالاجارة ولانه
عين مملوك فلا يجوز العقد عليه ٥ قال وسالته عن الرجل يستاجر حوضا او بركة او بيرا يستقي منها ما كل شهر بشي
مسمى قال هذا لا يجوز وهذا على ما قدمنا ان الما لا يستحق بعقد الاجارة قال وسالته عن الرجل يستاجر ما بعد ارض
او سريه قال هذا لا يجوز وقد بينا ذلك قال وسالته عن نهر جار لرجل فادعى رب الارض مسناة النهر فقال هذا
هو ارضي وهو لي وقال رب النهر بل هي لي والنهر لا يعرف في يد من هو قال هي لرب الارض يغرس فيها ما بدا له من
كل نخل وشجر وليس له ان يهدمها وقال ابو يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر حريما للنهر وملقى طينه
ومنافعه وهذا في النهر اذا كان لرجل في ارض غيره ٥ قال ابو حنيفة المسناة لصاحب الارض يزرعها ويغرس
عليها ولا يقلعها وقالا هي لصاحب النهر يغرس عليها ويلقي عليها طينه ويجتاز عليها وجه قول ابي حنيفة ان المسناة
مختلطة بالارض مساوية لها مفارقة لصفة النهر في تعبيره فالظاهر انها جزء من الارض فلا يستحقها صاحب النهر
الا بدلالة ولان النهر قد يكون له حريم وقد لا يكون فلا يجوز استحقاق المسناة على صاحب الارض المستحق واذا ثبت
انها لصاحب الارض كان له غراسها والانتفاع بها ومنع صاحب النهر من الاجتياز بها والقا طينه فيها لانه يمكن
ان ينتفع بالنهر من غير اجتيازه على مسناته ويمكن حفره واخراج طينه من ملك صاحب الارض فلا يجوز ان يستحق
ذلك بغير بينة وليس لصاحب الارض قلع المسناة لان ذلك يبطل الانتفاع بالنهر ولا يمنع ان تكون المسناة ملكا

لصاحب الارض ولصاحب النهر حق فيها بمنع من بدد الما كما ان الحايط ملك لصاحبه ولغيره عليه جذوع فلا يملك صاحب
الحايط منع صاحب الجذوع من الانتفاع وجه قولهما ان النهر لا ينتفع به الا بالقا طينه والاجتياز عليه للتطويف
مصالح النهر فكان الظاهر ان المسناة لصاحب النهر ومن حريمه كحريم البير والعين ٥ قال واذا قال الرجل للرجل اسقني يوما
من نهرك على ان اسقيك يوما من نهري الذي في مكان كذا فان هذا لا يجوز لان هذا تمليك الما بالما وقد بينا ان العقد
على الشرب اذا كان في مقابلة عوض لا يجوز لجهالته ولانه حق فاذا كان في مقابلته مثله اولى فان قال اسقني يوما ان تزرع
ارضي هذه سنة او تسقي شيئا هذا اشهرا او يرقيه او يركوب ابلي هذه شهرا او تحج او يرقيها او بهذا الثوب برقبته
او تلبسه كذا وكذا يوما فان هذا كله لا يجوز لانه جعل الشرب اجرة الزراعة والخدمة والركوب واللبس وما لا يجوز ان يكون
بدلا في البياعات لا يجوز ان يكون اجرة في الاجارات قال وعلى الذي اخذ النوبة العبد ان يردها وليس ما اخذ من شربه
قيمة ولا عوض وذلك لان الثوب ماخوذ بعقد فاسد فيجب رده لحق الله تعالى والما الذي سقا منه ليس بمملوك فلا
يتقوم اتلاف ما لا قيمة له فلا يضمن ٥ قال وسئل ابو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم قريب من الفرات اذا
دخل مرو كان ماوه قسمة بين اهلها بالحصص لكل قوم كوا معروفة فاتخذ رجل ارضا كانت مواتا ولم يكن لها في ذلك النهر
شرب فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه احد فساق الما اليها من ذلك النهر العظيم ما يكفيها فقال
ان كان هذا النهر يضر باهل مرو ضررا بينا فيما بينهم فليس له ذلك ويمنعه السلطان منه وان كان لا يضر بهم فهذا له
وليس لهم ان يمنعوه وذلك لان هذا النهر ليس بمملوك فهو مال الجماعة المسلمين فاذا اراد احدهم الانتفاع به
ولم يلحق بهم ضرر اجاز له ذلك وان اضر بهم ذلك لم يجز قيل له فان كان لرجل منهم كوا معروفة الا انه يزيد
فيها قال ان كان الكوا في النهر الاعظم وزاد في ملكه كوة او كوتين وكان ذلك لا يضر باهل النهر فذلك له ٥
وان اضر بهم فليس له ذلك لان حق الانتفاع بالنهر العظيم لا يختص الا فيه ما لا يرسم له فيه اذا استخرج منه
شربا لا يضر باهله جاز فمن له شرب اذا زاد فيه زيادة لا تضر باهله جاز ٥ وسئل عن نهر خاص لقوم ياخذ من هذا
النهر الاعظم له كوا مسماة بين قوم لكل رجل منهم في هذا النهر الخاص كوا مسماة يشرب ارادوا ان يزيد فيها كوة
او كوتين قال ليس له ذلك وان كان لا يضر باهل النهر وذلك لان هذا نهر مملوك فلم يكن لاحدهم ان يستوفي
منه زيادة على حقه وان لم يضر بشركائه كما ليس له في الطريق الخاص ان يستطرق منه الى ملك اخر وان لم يضر
بهم ٥ قال وسالته هل لاحد من اهل هذا النهر الخاص ان يتخذ عليه رحا ما يجري الى نهرا لم يكن فيما مضى وكوى
لها نهرا منه في ارضه ثم يسيل فيه ما النهر ثم يعيده اليه وذلك لا يضر باهل الشرب قال ليس له ذلك وذلك
لانه اذا بنى في ارضه رحا وشق لها ارضا ياخذ الما من النهر المشترك فيدير الرحا ثم يرجع الما الى النهر فقد عدل
بالما عن سننه وليس له ذلك كما ليس له ان يعوج النهر في ارضه ثم يعيده الى ما كان كالمسالة المتقدمة
لان ذلك بناها على ان يستقر الرحا في ملكه على صفة النهر فيما النهر يديره من غير ان يعوج الما عن سننه
فلا يمنع من ذلك اذ لا ضرر فيه ٥ قال وليس له ان يتخذ على هذا النهر جسرا او لا قنطرة الا برضاهم لان جوانب
النهر مشتركة بينهم فلا يعني لواحد منهم فيها بني الا باذن شريكه ٥ قال وسالته عن نهر بين رجلين له خمس كوا
من هذا النهر الاعظم واحد الرجلين ارضه في اعلى النهر والاخر ارضه في اسفل هذا النهر فقال صاحب الاعلى انا اريد
ان اسد من هذه الكوا واحدة او اثنتين لان ما النهر يكثر فيغيض في ارضي او ينز منه فلا يطعما حتى تقل فابى ذلك منه
ما ينفعك فيما تبقى منه ما يضر بي قال ليس له ذلك لانه اذا اسد بعض الكوا فقل الما فاستقصى بذلك شريكه وليس له
ان يدفع الضرر عن نفسه بما يضر به ٥ قال فان قال اجعل لي نصف هذا النهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت
منها ما بدا لي واذا كان في حصتك فتحتها كلها قال ليس له ذلك لانه يقطع حق صاحبه عن النهر في بعض الزمان وليس له
ذلك الا باختياره ٥ قال فان تراضيا على ذلك زمانا ثم بدا لصاحب الاسفل ان ينقض قال له ذلك وذلك لان التراضي
لا يحمل على معنى البيع لان بيع الشرب لا يجوز ولا على الاجارة لان اجارته لا يجوز فلم يبق الا ان يكون اباحة او عارية فيجوز الرجوع
فيها ٥ قال وسالته عن نهر بين رجلين لهما فيه اربع كوا فاضاف اليها رجل اخر كوتين من اسفل النهر كرى نهرا
منه الى ارضه ففعل ذلك برضا منهم واقاموا على ذلك زمانا ثم بدا لاحدهما ان ينقض ذلك فله ان ينقضه لانهما
اعاراه موضع الكوا فاذا بدا لاحدهما فقد رجع في عاريته فلا يجوز لشريكه ان يعيدها بغير رضا شريكه قلت فان لم ينقضه
واخذ منهم حتى ماتوا جميعا ثم بدا لبعض الورثة ان ينقض ذلك فله ان ينقضه وذلك لما بينا ان الاذن عارية وللوارث
ان يرجع في العارية كالمورث ٥ قال وسالت ابا يوسف عن نهر ياخذ من هذا النهر الاعظم بين قوم لكل رجل منهم
نهر منه فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلث فقال اصحاب الاسفل لاصحاب العلو انكم تاخذون اكثر من نصيبكم
لان دفعة الما وكثرته في اول النهر ويدخل في كوا كم شي كثير ولا ياتينا الا وهو قليل فلا يدخل في كوانا الا شي قليل
فنحن نريد ان ننقض كواكم بقدر ذلك ونجعل لكم اياما معلومة ونجعل لنا اياما معلومة ونسد كوانا في اياكم وتسدون
كواكم في ايامنا قال ليس لهم ذلك ويترك الكوا والما والنهر على حاله الاولى كما كان بينهم قبل اليوم لا يحدثون
شيئا فيه وذلك لان اصحاب العلو ثبت حقهم في الما على ما هم عليه لتقدم ارضهم فلم يكن لاصحاب السفل
منعهم منه وان قل انتفاعهم كما لو كان لصاحب العلو نصيب كبير ولصاحب السفل نصيب قليل لم يجز
لاحدهما ان يتعدى في الاخر ٥ قال وسالت ابا يوسف عن نهر ياخذ من هذا النهر الاعظم بين قوم خافوا ان يبثق

فاراد و ان يحصنوه من ذلك فقال بعضهم ادخل معكم في ذلك وقال بعضهم لا ادخل قال ان كان هذا ضررا عاما اجبرتهم جميعا
على ان يحصنوه بالحصص وان لم يكن فيه ضرر عام لم اجبرهم عليه وامرت كل انسان منهم ان يحصن نصيب نفسه وذلك لانه
اذا عم الضرر لم يومن ان يبطل الانتفاع بالنهر ونفقة النهر التي لا يستغنى عنها تجبر عليها الشركاء واذا لم يعم الضرر فالانتفاع
ممكن بالنهر ولا يجبر عليها الشركاء كل واحد منهم على ما يريد به الانتفاع وان اراد ان يحصن ما يخصه فله ذلك ٥ قال وسالت
ابا يوسف عن رجل اتخذ في ارض له رحا على هذا النهر الاعظم الذي للعامة مفتحه في ارضه ومسيله في ارضه لا يضر
باحد واراد جيرانه منعه من ذلك فليس لهم ذلك لان النهر العظيم لا يختص به احد فمن انتفع به على وجه لا يضر
بالناس لم يمنع منه ٥ قال وسالت ابا يوسف عن هذا النهر العظيم ان كانت عليه ارض لرجل جزرها الما فنقص الما
وجزرت الارض فاخذها هذا الرجل وحازها الى ارضه قال ليس له ذلك اذا كان ذلك يضر باهل النهر فقلت بالمعنى
ان الفرات بارض الجزيرة تجزر عن الارض العظيمة فيتخذها الرجل وهي في حيز ارضه قال ليس له ذلك اذا
كان ذلك يضر بالفرات وهذا العامة المسلمين فان كان لا يضر بالفرات فهو له وهو قول ابي يوسف ومحمد اذا
حصنها من الما فقد احياها قال احمد رحمه الله وجملة هذا ان الفرات ملك لجميع المسلمين فلا ينفرد بها احدهم ولانه
اذا انعقد بها ما الفرات على اهل الاراضي التي بازايها من الجانب الاخر فيضر ذلك بهم فاذا امن عود الفرات الى هذه
الارض وكان بازايها موات لا يستضر احد بحمل الفرات عليه فهذه ارض موات يملكها من احياها باذن الامام عند ابي حنيفة
وعلى قولهما يملكها بمجرد الاحيا واحياها ان يحصنها من الما فيمكن الانتفاع بها ٥ قال وسالت ابا يوسف عن رجل له نهر خاص
من هذا النهر الخاص اراد ان يقنطره ويستوثق منه فله ذلك لان القنطرة لا يزيد في الما وانما يمنع ان ياخذ النهر
اكثر من حاجته وذلك لا يضر بالشركا ٥ قال وسالت ابا يوسف عنه ان اراد ان يوسع فوهة النهر هل له ذلك قال
لا لانه اذا وسعها اخذ من الما زيادة على حقه والنهر الخاص لا يجوز لواحد من الشركا فيه ان ياخذ اكثر من حقه قلت
فمن اختلف هذا لو الزيادة في اسفل النهر الخاص ان يكريه حتى لا يكون اكثر لاخذه قال هذا مخالف الحفر في اسفله
من حقوقه والزيادة في عرضه مما ليس له ان يفعل وهذا صحيح لان حفر النهر من حقوقه الا ترى ان الانتفاع
به انما يكون بالحفر فاذا زاد في حفره ليكثر ماوه فقد فعل ما يستحقه باصل الشركة فلم يجز ٥ فان اراد ان يوخر
الكوا عن فوهة النهر فيجعله على اربعة اذرع من فوهة النهر فاستوثق اكثر من حقه ٥ قال وسالت ابا يوسف
عن رجل مات ممن له هذا الشرب قال الشرب ميراث لورثته وذلك لان الشرب حق والميراث يتعلق بالاعيان
والحقوق ٥ قال فان اوصى فيه بوصية جاز لان الوصية تمليك يتعلق بالموت كالميراث فاما البيع والصدقة
والهبة والنحلة والتزويج والعطية فلا يجوز في الشرب الا ان يكون معه ارض لان الشرب حق فلا يملك بالعقود على ما
قدمناه قال فان تزوج رجل امراة على شرب بغير ارض فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شي ولها مهر مثلها
ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول لان المهر من شرطه ان يكون مالا او يستحق بتسليمه تسليم مال
فهذا المعنى غير موجود في الشرب فلم يصح تسميته وكانه تزوجها بغير عوض فيجب لها مهر المثل ٥ قال
ولو اختلعت امراته على شرب بغير ارض كان باطلا ولا يكون لها من الشرب شي ويكون الخلع جائزا عليها
ان ترد المهر الذي اخذت وذلك لان الخلع طلاق فمن شرط وقوعه القبول وقد قبلت فبطلان العوض لا
يمنع من وقوع الطلاق وانما لم يملك الشرب بدلا لانه لا يملك بالعقود والخلع عقد من العقود فهو كالهبة
والبيع وانما ردت المهر لان الزوج لم يرض بخروج البضع من ملكه الا بعوض فاذا لم يسلم له ولم يمكن
الرجوع الى قيمته لجهالته ردت المهر الذي تزوجها عليه ٥ قال واذا صالح رجل من دعوى ادعاها على رجل
على شرب بغير ارض فالصلح باطل لما بينا ان الشرب لا يملك بالعقود والصلح عقد ولانه اما ان يكون فرعا
للبيع او الاجارة وكل واحد منهما لا يصح في الشرب المنفرد ٥ قال فان كان شرب مرده كل سنة او سنتين
فلا ضمان عليه والصلح مردود لما بينا ان الما غير متقوم فلا يجوز ان يضمن بالاتلاف ٥ قال وان صالح في قصاص
في نفس او فيما دونها على شرب بغير ارض فهو باطل وقد جاز العفو وعلى القاتل الدية وارش الجرح لان العفو
من شرطه قبول العوض وقد وجد فيه العفو وبطلان العوض لا يوجب بطلانه لان الفسخ لا يلحقه وعلى
القاتل الدية لان الولي لم يرض باسقاط حقه الا بعوض فاذا لم يسلم له رجع الى قيمة الدم وهو مقوم بالدية ٥
قال واذا استاجر شيئا مما يجوز اجارته بشرب بغير ارض او بمسيل فانه لا يجوز ولوجب الشي المستاجر اجر مثله
لما بينا ان ما لا يكون عوضا في البيع لا يكون بدلا في الاجارة واذا لم يجز فقد استوفيت المنافع بعقد فاسد
فيجب فيها اجر المثل ٥ قال ولا يباع الشرب في الدين لان بيعه لا يصح فاستوى في ذلك الميراث وغيره ٥ وان
اوصى لرجل ان يسقي ارضه يوما او يومين او شهرا من شربه جاز ذلك من ثلثه ٥ فان مات الموصى له بذلك
بطلت وصيته وهذا بمنزلة الخدمة لانه لما اوصى به فهو في حكم المعير وعارية الشرب جائزة فاذا مات
الموصى له لم يستحقها ورثته لان الموصي لم يرض ان يستحق ذلك من حكم ملكه الا الموصى له فلا يثبت لغيره
قال ولو اوصى ان يتصدق بالشرب على المساكين كان ذلك باطلا لان الصدقة تمليك والشرب لا يصح تمليكه
والمسكين وغير المسكين في ذلك سواء ٥ قال وما اشترى بالشرب فهو بيع فاسد وحكمه حكم البيع الفاسد في جميع
احكامه لان الشرب يتقوم ويصح دخوله في البيع على طريق التبع وانما يفسد لجهالته فالعقد به فاسد وليس بباطل

وليس هذا كالبيع بالربح لان ذلك معنى غير متقوم فالعقد به باطل ٥ قال ولو اوصى رجل حقا في ارض يسقيها اسماه
او وهبه او تصدق به او تزوج عليه او اختلعت به امراة من زوجها او صالح به عن دم عمد او جراحة عمد او خطا
او دعوى ادعيت قبله فالقول فيه مثل القول في الشرب لان الطريق مملوك لصاحب الارض وهو مما يملك بالعقد
فما العقد يملك بالعين ٥ قال واذا اختلف قوم في نهر على ان يكون بينهم على مساحة ارضهم ويكون نفقته بينهم
على قدر الارض فوضعوا على رجل منهم اكثر مما عليه غلطا كان له ان يرجع بذلك عليهم ولو فرضوا عليه اقل
من نصيبه كان لهم ان يرجعوا عليه بالفضل وذلك لان النفقة اذا جعلت على حساب الارض فقد اتفقوا على
المستحق فاذا غلطوا ابتغ الزيادة والنقصان فذلك غير مستحق فوجب رد الزيادة واتمام النقصان ٥ تم كتاب الشرب

كتاب الاباحة والحظر

قال محمد لا باس ان ينظر الرجل من امه وابنته البالغة واخته ومن كان ذات رحم محرم منه ومن كل محرم من رضاع او وطي
او نكاح او ما حرم بوطي ابيه او امه او نكاح امه او نكاح ابيه الى شعرها وصدرها وثديها وعضدها وساقها وقدمها
ولا ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى ما بين سرتها حتى تجاوز الركبة ٥ قال احمد رحمه الله الاصل في جواز النظر
من ذوات المحارم الى ما ذكره قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابائهن او اباء بعولتهن او ابنائهن او ابناء
بعولتهن فاجاز ان تبدي المراة زينتها لهولاء والمراد بالزينة موضع الزينة فاليد موضع السوار والعضد موضع الدملج
والصدر موضع القلادة فدل على جواز النظر الى ذلك ٥ وروى ابو البختري عن ابي طالح ان الحسن والحسين رضوان الله عليهما
كانا يدخلان على اختهما ام كلثوم وهي تمتشط ٥ وعن الزبير انه دخل على زينب بنت ام سلمة وكانت
عمته من الرضاعة وهي تمتشط فاخذ بقرون راسها وقال لها اقبلي على ٥ ولان النبي صلى الله عليه حظر على المراة ان تسافر
مع الاجانب واباح لها السفر مع المحارم فلو كان لا يجوز للمحرم ان ينظر الى ما ينظر اليه الاجنبي لم يكن للتفريق معنى ولان
الغالب ان الانسان لا يشتهي امه واخته فصارتا في حقه كالرجال ٥ وكل ما جاز له ان ينظر اليه منهن جاز له
ان يلمسه من غير حايل لما روي ان الزبير اخذ بقرون راس زينب وروي ان النبي صلى الله عليه كان اذا قدم من مغازيه قبل
راس فاطمة عليها السلام وعن مجاهد ان ابا بكر قبل راس عايشة رضي الله عنها وروي ان خالد بن الوليد استشار اخته
في شي فاشارت عليه فقبل راسها وعن محمد بن الحنفية رضي الله عنه انه كان يغلي راس امه وعن محمد بن المنكدر انه كان
يغمز رجل امه واخوه قايم يصلي فقال ما احب ان ليلي مثل هذا يعني ان غمزه لامه افضل من الصلوة ٥ وروي ان
محمد بن ابي بكر ادخل يده في هودج عايشة فوضعها على صدرها فقالت من هذا الذي وضع يده موضع ما وضعها
احد بعد رسول الله فقال انا اخوك ٥ ولان المحرم لما كان لا يشتهي في العادة حلت معه محل الرجل ٥ ولانه
يحتاج الى ذلك اذا سافر في رفعها او وضعها فيجوز له للحاجة وانما لا يجوز ان ينظر الى بطنها وظهرها لقوله تعالى
والذين يظاهرون من نسائهم الاية فحرم الزوجة لانه شبهها بظهر امه فلو كان النظر الى ظهر امه جايزا لم يحرم امراته
بتشبيهها بالحلال واذا ثبت تحريم النظر الى ظهرها فالبطن اولى لان البطن يشتهي ما لا يشتهي الظهر فكان اولى
بالتحريم ٥ واما ما بين سرتها الى ركبتها فلا يجوز النظر اليه لانه عورة في حق كل احد الا ترى ان الرجل لا ينظر اليه من
الرجل والمراة لا تنظر اليه من المراة فلان لا ينظر الرجل اليه من المراة اولى ٥ قال فان كان ينظر الى شي من ذلك
لشهوة فليس له ان ينظر وكذلك ان كان اكثر ظنه انه ان نظر اشتهى فينبغي ان يغض بصره وذلك لانه اذا
اشتهى عرض نفسه للمعصية وقد قال صلى الله عليه دع ما يريبك الى ما لا يريبك وقال عليه السلام ان لكل ملك حمى
وان حمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه ٥ قال ولا باس ان يسافر بها ويكون محرما لها فان خاف
على نفسه فلا يسافر بها ولا يخلو بها ولا ينبغي لها ان خافت ذلك ان تسافر معه وان تخلو معه في بيت وذلك لان
النبي عليه السلام قال لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر ان تسافر سفر ثلثة ايام الا مع محرم او زوج فدل على جواز سفر
المحرم بها وخلوته ٥ وان خاف ذلك لم يجز لانهما يتعرضان للمعصية ٥ قال وان كانت غير محرمة فلا حاجة الى حملها
والنزول بها فلا باس ان يحملها وينزلها وياخذ ببطنها وظهرها وذلك لان المس من فوق الثوب لا يكون معه الشهوة
غالبا فصار كالنظر وان خاف ان يشتهي ان مس فليجتنب ذلك بجهده لما قدمناه ٥ قال ابو حنيفة اذا بلغت
الامة لم ينبغ ان تعرض في ازار وكذلك قال محمد اذا بلغت ان تشتهي ويجامع مثلها وهو قول ابي يوسف قال
والاصل في هذا ان الانسان يجوز له ان ينظر من امة غيره الى ما لا ينظر اليه من ذوات المحارم ولا ينظر الى ما لا ينظر
اليه من ذوات المحارم وذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه راى امة منتقبة فعلاها بالدرة وقال يا لكعا لا تتشبهين بالحراير
وروي عن انس بن مالك قال كن اماء عمر يخدمننا كاشفات رؤوسهن ولان الامة سلعة تباع وتشترى
فتدعو الحاجة الى تقليبها والنظر الى محاسنها فلذلك فارقت الحرة فيما ينظر اليه منها واما بطنها وظهرها فلا ينظر
اليه لانه اذا امتنع منه في ذوات المحارم وان كانت العادة انهن لا يشتهين ففي الامة اولى ٥ وقد حكي عن مقاتل انه
قال يجوز النظر الى بطنها وظهرها لما روي عن محمد بن كعب عن عبد الله بن عباس في حديث فيه طول ٥ قال ومن اراد ان
يشتري جارية فلينظر الى جسدها الا الى عورتها وعورتها ما بين معقد ازارها الى ركبتها وهذا لا دلالة فيه
لان معقد الازار قد يكون تحت الصدر فيغطي البطن ٥ قال ولا باس ان يلمس ما جاز له النظر اليه وذلك لما روي

عن ابن عمر انه مر بالسوق وقد اقيمت جارية تباع فضرب بيده على صدرها وقال اشتروا بارك الله عليكم ولان المعنى الذي جاز لاجله النظر الحاجة الى تقليبها وهذا المعنى موجود في مسها ليقف على لين بشرتها والذي ذكره ابو حنيفة انها اذا بلغت لم تعرض في ازار محمول على بلوغ الحد الذي تشتهي كما ذكر محمد لان الصبية اذا صارت ممن تشتهي لم ينظر اليها وان لم تبلغ الحيض ٥ قال وان خاف على نفسه ان تشتهي لم يلمس شيئا منها لو كان عليه اكبر رايه فليجتنب ان يمس ذلك لانه لا يامن من مواقعة المحظور فالاجتناب اولى ٥ قال ولا باس ان يلمس الامة كل شي منه الا ما بين السرة الى الركبة لا باس بان تدهن راسه وتمرخه وتدهن صدره وظهره وراسه وقدميه وتغمزه لكنها لم تشتهيه او يكون على ذلك اكبر رايها ان فعلت ذلك ولا باس ان تنظر منه الى كل شي الا ما بين السرة الى الركبة لان بدن الرجل ليس بعورة فلا باس بالنظر اليه ٥ ولان الرجال يمشون في الطرق بازار في سائر الاعصار فدل على جواز النظر الى ابدانهم ٥ واما مس الامة للرجل الاجنبي فيجوز لان العادة ان جارية المراة تخدم زوجها وتدهنه وتغمزه فدل على جواز المس ٥ قال فاما المراة الحرة التي لا نكاح بينهما ولا حرمة فليس ينبغي له ان ينظر منها الى شي مكشوف الا الوجه والكف ولا ينظر الى غير ذلك وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن شجاع عن الحسن عن ابي حنيفة انه ينظر الى وجهها وكفها وقدمها اما الوجه فلقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها فقيل في التفسير الكحل والخاتم والكحل موضع الوجه والخاتم موضع اليد ولان المراة تضطر الى كشف وجهها للشهادة عليها وعند المحاكمة فخرج ذلك من ان يكون عورة وتحتاج الى اظهار كفها في الاخذ والعطاء والمعاملات فرخص لها في ذلك ∴ فاما القدم فلا يجوز النظر اليه في احدى الروايتين لان الحاجة لا تدعوا اليه ويجوز في رواية الحسن لما روي عن ابن مسعود انه قال في تاويل قوله الا ما ظهر منها قال القرط والخلخال ولان المراة يضطر الى المشي في الطرق فيبدو قدمها فصار ككفها ولان الوجه والكف يشتهيان ما لا يشتهى القدم فاذا جاز النظر الى وجهها فقدمها اولى ٥ قال ولا ينبغي ان ينظر الى وجهها لشهوة لما روي ان رجلا جا الى النبي عليه السلم فقال انظر الى المراة فاشتهيها فاتبعتها فضرب راسي جدار فقال عليه السلم ان الله تعالى اذا اراد بعبد خيرا عجل عقوبته في الدنيا ∴ قال فاذا دعي الى شهادة عليها او اراد تزويجها او كان حاكما فاراد ان ينظر الى وجهها ليجيز اقرارها عليها وان كان ان نظر اليها تشتهيها او كان عليه اكبر رايه فلا باس ان ينظر الى وجهها وان كان على ذلك لانه محتاج الى النظر في هذه المواضع بغير شهوة فجاز مع الشهوة كما يجوز للشهود النظر الى العورة عند الزنا ليقيموا الشهادة ∴ ولان الحاجة تدعوا الى النظر في هذه الاحوال فجاز مع وجود الشهوة كعدمها ٥ واما اذا اراد ان يتزوجها فيجوز له النظر وان لم يامن الشهوة لما روي ان المغيرة اراد ان يتزوج امراة فقال له النبي عليه السلم انظر اليها فانه احرى ان يودم بينكما ٥ قال ولا ينبغي ان يمس وجه الحرة ولا يدها اذا كانت شابة ممن تشتهى وذلك لان المس اغلظ من النظر الا ترى ان الشهوة فيه اكثر ٥ ولان المراة تنظر الى بدن الاجنبي فلا يجوز ان تمسه فلذلك اباحة النظر الى وجهها لا يدل على اباحة المس ∴ قال فاذا كانت عجوزا ممن لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها فان كانت عليها ثياب فلا باس بان يتامل جسدها ما لم تكن ثيابا يصفها فاذا كانت ثيابا تلتزق ببدنها حتى يستبين له جسدها فينبغي له ان يغض بصره عن ذلك وان كانت ثيابا لا تصف شيا من جسدها فلا باس بالنظر اليها انما ينظر الى الثياب والقامة اما مصافحة العجوز فقد روي ان امراة اتت ابراهيم النخعي فمدت يدها اليه فقال لها اكشفي وجهك فكشفت فاذا هي عجوز فصافحها ولان العجوز لا تشتهى في العادة فصارت كالرجل ∴ فاما النظر الى المراة من ورا الثياب التي لا تصفها فلا يجوز لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تلبسوا نساكم الكتان ولا القباطي فانها الا تشف تصف ∴ وعن ابي الدردا انه قال البسوا نساكم الخز فانه ادمن وابقى واستر ولا تلبسوهن الكتان ولا القباطي فانها الا تشف تصف ∴ واما جواز النظر اليها اذا كانت الثياب لا تصفها فلما روي عن ابن عباس في تفسير قوله الا ما ظهر منها قال النظر من ورا الثياب ∴ ولان النسا يمشين في الطرق في سائر الاعصار ولو لم يجز النظر اليهن منعن من ذلك ٥ قال ولا باس ان تنظر المراة التي لا نكاح بينهما وبين الرجل الى جميع جسده الا الى ما بين سرته الى ركبته فان ذلك عورة وذلك لان بدن الرجل ليس بعورة فجاز لها النظر ٥ قال فان كانت المراة اذا نظرت الى ذلك اشتهت او كان على ذلك اكبر رايها فاحب الي ان تغض بصرها عنه لانها لا تامن مواقعة المعصية فتمتنع عن ذلك ٥ قال ولا ينبغي للرجل ان ينظر من الرجل الى ما بين سرته الى ركبته ولا باس بالنظر الى سرته ويكره النظر الى الركبة والاصل في ذلك ما روي ان النبي صلى الله عليه قال لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الاخر ان يدخل الحمام الا بمئزر وعن علي رضوان الله عليه انه قال عورة الرجل حرمة وعن سلمان انه قال لان اموت ثم احيا ثم اموت ثم احيا ثم اموت ثم احيا احب الي من ان انظر الى عورة احد او ينظر احد الى عورتي ٥ واما الفخذ فعورة لما روي ان النبي عليه السلم مر برجل يقال له جرهد فقال له غط فخذك يا جرهد فان الفخذ عورة وروي عطا بن يسار عن ابي ايوب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول ما فوق الركبتين من العورة وما اسفل السرة من العورة وعن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه قال لا تنظر الى فخذ حي ولا ميت وروي عن علي ان النبي عليه السلم كان جالسا وعنده ابو بكر وعمر فدخل عثمن فغطى فخذه فقيل له في ذلك فقال كيف لا استحيي من رجل تستحيي منه الملايكة والجواب ان هذا الخبر قد روي مجملا انه كان ما دار رجليه وروي انه كان مكشوف الفخذ ولو ثبت اقتضى الاباحة وما ذكروه يقتضي الحظر فكان اولى ٥ واما السرة فليست من العورة بدلالة ما روي عن ابن عمر انه كان اذا اتزر بدت سرته

ولان النبي عليه السلم قال ما تحت السرة عورة ٥ وروي عن ابي هريرة انه قال للحسن رضوان الله عليه ارني الموضع الذي قبله رسول الله صلى الله عليه فكشف عن سرته فقبلها ابو هريرة ∴ واما الركبة فهي من العورة لما روي عن النبي عليه السلم ان الفخذ من العورة وروي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي عليه السلم قال ما تحت السرة الى الركبة عورة فجعلها غاية والغاية قد تدخل في الكلام وقد لا تدخل فكان الاحتياط ان تجعل من العورة ٥ ولان الركبة عظم اجتمع من الفخذ والساق والفخذ عورة والساق ليس بعورة فتغلب حكم الحظر ٥ ويجوز للمراة ان تنظر من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لانها لا تشتهيها في الغالب كما لا يشتهي الرجل الرجل فجاز لها النظر الى ما يجوز للرجل النظر اليه ٥ ... ...

وعن ابن عمر انه كان ... ... ولان الحاجة تدعوا الى ذلك لان النسا ... ... الا لموضع الحاجة ... فلا باس بان يتولى ذلك ... ... ولا باس اذا اراد المراة ان تنظر المراة منها الى موضع الفرج ... ... ولا باس بان تعلم المراة ... موضع عذره وان ... ... قال ولا باس بان ينظر الرجل الى موضع الجرح ... وقد روي ان النبي عليه السلم ... ...

... قال والعبد فيما ينظر من مولاته والحر الذي لا قرابة بينها وبينه سوا ... ... ويجوز للعبد ان ينظر ... ... قال الله تعالى ... ... وما ملكت ايمانهن ... ... قال والخصي فيما يجوز له النظر الى ... ... فلا يحل له ما حرم على غيره ... ولان الشهوة موجودة في الخصي ... ...

... قال واما الزوج فيجوز ان ينظر الى سائر بدن زوجته وكذلك يجوز ان تنظر اليه ... ... وروي عن عايشة انها قالت كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه من انا واحد ... ... ويجوز له الاستمتاع بجميع بدنها ... ...

... وهذا قول محمد خاصة واما ابو حنيفة فقال لا يجوز الاستمتاع بالحايض الا ما فوق الازار وهو قول ابي يوسف وقال محمد يجتنب شعار الدم ويستمتع بما سواه ∴ وقد اختلف اصحابنا المتاخرون في قول ابي حنيفة انه يستمتع بما فوق الازار فمنهم من قال انه ليستمتع بما فوق سرتها ومنهم من قال انه يستمتع بما تحت سرتها سوى الفرج من فوق الازار وجه قولهما ما روي عن عمر بن الخطاب انه سال النبي عليه السلم ما يحل للرجل من امراته الحايض فقال ما فوق الازار وروي عن ام سلمة انها قالت كنت مع رسول الله صلى الله عليه في فراش واحد فقمت فقال لي انفست فقلت نعم فقال خذي عليك ازارك وعودي الى مضجعك ∴ وروي ان خادم ميمونة دخلت على ابن عباس فرات فراش امراته ناحية من فراشه فقال لها اهجران انت قالت لا ولكني اذا حضت لم يقرب من اشي فذكرت الخادم ذلك لميمونة فقالت ميمونة لابن عباس ارغبة عن سنة رسول الله صلى الله عليه كنا اذا حضنا باشرنا من فوق الازار ولان ما دون الفرج موضع مقصود بالوطي فصار كالفرج ٥ وجه قول محمد ما روي عن عايشة انها سئلت عما يحل للرجل من امراته الحايض فقالت تجتنب الفرج فقيل لها فما يحرم عليه من المحرم فقالت ... الا الكلام واما اختلف فيه اصحابنا من ... قول ابي حنيفة فبين كل واحد من القولين

سنة وروي عن ابي هريرة انه قال يستدفي بالازار ويباشرها من فوقه . ولما الوطي في حال الحيض فمحرم لقوله تعالى
فاعتزلوا النساء في المحيض وروي علي رضي الله عنه عن النبي عليه السلم انه قال من اتى حائضا او امراة في دبرها او اتى كاهنا
فصدقه فيما يقول فهو كافر بما انزل على محمد ٥ و اذا اراد ان يشتري الامة فلا باس ان ينظر اليها وان
اشتهى لان النظر للشهوة انما منع منه اذا كان الغرض الشهوة فاما اذا كان غرض صحيح جاز فالنظر للشهوة
غير ممنوع منه كما لا يمنع الشاهد من النظر اليها وان اشتهى . وروي ابن سماعة عن هشام و الكيساني عن
محمد في رجل راى رجلا يقتل اباه متعمدا فانكر القاتل ان يكون قتله او قال لابنه فيما بينه وبينه اني قتلت اباك
لانه قتل ولي فلانا عمدا او قال ان اباك ارتد عن الاسلام فاستحللت قتله ولا يعلم الابن شيئا مما قال القاتل ولا
وارث للمقتول غير ابنه هذا فالابن في سعة من قتل القاتل اذا اراد قتله ومن راه ايضا يقتل اباه فهو في
سعة من اعانة الابن على قتله وكذلك لو لم يره قتله ولكنه اقر عنده بذلك ثم ادعى بعض ما وصفت
لك فانه يسعه قتله ويسع من سمعه يقر ان يعينه وذلك لانه اذا شاهده يقتل اباه فقد وجب عليه القصاص
في الظاهر ودعواه استحقاق القتل والقتل يجوز ان يكون ويجوز ان لا يكون فلم يسقط الاستحقاق بالتجويز فلذلك
جاز ان يقتله وكذلك لو لم يشاهده ولكنه اقر لان الاقرار يثبت حكمه بنفسه فهو كالمعاينة وحكم من يعينه
حكمه لانه معونة على استيفاء حق وعلى امر معروف فجاز ذلك قال وان لم يره الابن قتله ولم يقر عنده
ولكن شهد عند الابن رجلان عدلان على معاينة القتل او على اقراره بذلك وهو يجحد لم يسع الابن قتله
حتى يقضي القاضي بشهادتهما او الامام وكذلك من حضر شهادة الشاهدين لا ينبغي له ان يعين الابن على
قتله لان الشهادة لا يتعلق بها حكم الا بانضمام حكم الحاكم اليها فلم يجز ان يعمل عليها من غير حاكم ٥ ولان التجويز
حصل من وجهين يجوز ان يكون له الاقدام على القتل وفي الفصل الاول حصل التجويز من وجه واحد ولانه
تحقق القتل وجوز ان يكون قتله بحق او غيره واما اذا قضى القاضي بشهادتهما جاز للولي ان يقتله وكان لكل من
علم بحكم الحاكم ان يعينه لان الشهادة قد تعلق الحكم بها وثبت الاستحقاق فصارت كالاقرار قال فان نهى الابن
قبل ان يشهد عنده عدلان بما ادعى على الاب مما يحل دمه به فان الابن لا ينبغي له ان يعجل بقتل القاتل حتى يتبين
ويثبت له ٥ قال ايده الله والاصل في ذلك انه اذا شهد عند الابن من لو شهد عند القاضي منع من القتل فان
الابن يمتنع وان شهد عنده من لو شهد عند القاضي لم يمنعه من القتل لم يمتنع واذا شهد شاهدان عدلان عند القاضي
ان القتل كان بحق منع الولي من القصاص وكذلك اذا شهد عند الابن وجب عليه ان يمتنع ولا يقال ان الشهادة ما لم ينضم
اليها الحكم لا يجب العمل عليها لان اسقاط القتل يوثر فيه الشبهه فلا يمتنع ان يجب التوقف على القتل بهذه الشهادة
وان لم يحل الاقدام على القتل بها واما اذا شهد عنده محدودان في قذف او النساء لا رجال معهن فانه لا يتوقف عن
القتل لان هولاء لو شهدوا عند القاضي لم يمنعه من القتل فكذلك اذا شهدوا عنده ولهذا قالوا انه لو شهد عنده
واحد عدل لزمه ان يتوقف لان الواحد العدل لو شهد عند القاضي منع الولي ان يستعجل في القتل حتى ينظر هل ينضم
الى هذا الشاهد فكذلك اذا شهد عنده الواحد توقف ٥ قال محمد واذا شهد محدودان في قذف فالان توقف
فهو احب الي لان القتل لا يستدرك بعد وقوعه فلا يامن ان يكونا صدقا ٥ قال وان شهد عنده واحد عدل فاستعجل
في قتله كان في سعة والانتظار افضل لان شهادة الواحد لا يثبت بها الاستحقاق فلا يسقط القتل المستحق بها ٥
قال ولو ان عبدا في يد رجل او ثوبا فشهد شاهدان ان هذا الثوب او العبد لابي هذا غصبه هذا منه والذي
هو في يديه يجحد ويدعيه لنفسه فليس ينبغي للوارث ان ياخذ الشي من يد من هو في يديه حتى يقضي له القاضي بشهادتهما
لما بينا ان الشهادة لا يتعلق بها الاستحقاق قبل الحكم فلا يجوز ان ياخذ المال قبل حكم الحاكم بها ٥ قال ولو كان
الوارث عاين الذي في يده وهو ياخذه من ابيه وسعه اخذه منه وان قاتله عليه ووسع من عاين ذلك معه ان يعينه
على ذلك وان اتى على نفسه اذا امتنع وهو في موضع لا يقدر فيه على سلطان ياخذ له بحقه لانه اذا عاينه يغصب
فقد تحقق الاستحقاق فيجوز له ان يستوفيه وكذلك لو اقر عنده بذلك لما بينا ان الاقرار يثبت حكمه بنفسه وانما
جاز قتاله عليه اذا امتنع وقتله لانه ظالم في الامتناع فجاز ان يقاتل عليه لقوله عليه السلم من قتل دون ماله فهو شهيد ٥

باب آخر في الحظر والاباحة

قال محمد في املايه لو ان رجلا من الفقها قال لامراته انت طالق البتة وهو ممن يراها ثلثا فرافعته الى القاضي وظنت ان
ذلك لا يبينها فجعلها القاضي امراته وجعل له تطليقة رجعية وسع ذلك الفقيه ان يقيم على امراته وان كان يرى خلاف
ما قضى القاضي به ٥ قال محمد وكل قضا كان من قاضي مما يختلف فيه الفقها قضى به القاضي على فقيه عالم يرى خلاف
قضائه من تحليل او تحريم او اخذ مال او غيره فانه ينبغي لذلك الفقيه ان ياخذ بقضاء القاضي ويدع رايه ويلزم نفسه
ما الزمه القاضي وياخذ ما اعطاه مما جعله له وروى الخليل بن ابي حجر عن ابي يوسف لا يسعه ان يقيم معها ويجب
عليه ان ياخذ براي نفسه ولا يلتفت الى اباحة القاضي فيما يعتقده حراما ولو كان رايه انها واحدة رجعية
ففرق القاضي بينهما ثلثا فليس يسعه ان يطاها ولا يعرض بحكم الحاكم وجه قول ابي يوسف ان المجتهد
معتقد لما ادى اليه اجتهاده دون اجتهاد غيره فلم يجز له ان يستبيح ما هو حرام عنده ٥ ولم يجز له ذلك اذا اعتقد اباحتها

فحكم الحاكم بالتحريم لان حكم الحاكم ينفذ فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولا يجوز ان يستبيحه مع تحريم القاضي له وجه
قول محمد ان المحكوم عليه يجب ان يتابع راي القاضي اذا راى ما يسوغ فيه الاجتهاد فيسقط اجتهاده مع اجتهاده
ولان الاجتهادين اذا تعارضا وانضم الى احدهما الحكم فصار كما لو انضم الترجيح الى احدهما ٥ قال محمد وكذلك
رجل ابتلي ببلية وهو لا يعلم العلم فسال عنها الفقها فافتوه فيها بحلال او حرام وقضى عليه القاضي من المسلمين
بخلاف ذلك وهو مما يختلف فيه الفقها فينبغي له ان ياخذ بقضا القاضي ويدع ما افتاه فيه الفقها وذلك لان المجتهد
عنده يتبع راي القاضي وان خالف اجتهاده فالمقلد اولى ٥ قال وان قضى له قاض بقضا من حلال او حرام
عنده ثم رفع الى قاض اخر فقضى له في ذلك الشي بعينه بخلاف قضا الاول وهو مما يختلف فيه الفقها اخذ بقضا
الاول وابطل قضا الثاني لان الحكم اذا وقع في موضع اجتهاد لم يجز لقاض غيره من القضاه فسخه فلا ينفذ حكم الحاكم
الثاني الا ان يكون الاول لا يسوغ فيه الاجتهاد فلا يعتد به ٥ قال محمد ولو ان فقيها عالما قال لامراته انت طالق
البتة وهو يرى انها ثلث تطليقات فامضى رايه فيما بينه وبينها وعزم على انها قد حرمت عليه ثم راى بعد ذلك ان راي
عمر بن الخطاب في ذلك هو الصواب وانها تطليقة تملك الرجعة امضى رايه الذي كان عزم عليه في امراته ولا يردها
الى ان يكون زوجته براي حدث منه ولا يشبه هذا قضا القاضي بخلاف رايه الاول لان قضا القاضي يهدم الراي والراي
لا يهدم الراي وهذا صحيح لانه اذا امضى اجتهاده ثبت التحريم في حقه فصار كالاجتهاد اذا انضم اليه حكم فلا يتغير
اجتهاده بعد ذلك الا ان يستانف فيما يحدث من بعد ولم ينقضه به ما كان امضاه ٥ فان قال لامراته انت طالق البتة
وهو يرى انها واحدة يملك الرجعة فعزم على انها امراته ثم راى بعد ذلك ان الرجل اذا قال لامراته انت طالق البتة
انها ثلث تطليقات وانها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره لم يحرم عليه وكانت امراته على حالها وهذا على ما قدمنا انه
اذا عزم على امضا الاجتهاد لم ينفسخ باجتهاد اخر ٥ قال ولو ان رجلا فقيها عالما قال لامراته انت طالق البتة
وهو ممن يرى انها ثلث فلم يعزم على ذلك في امراته لم يمض ذلك فيها وكانت امراته ولو كان اول ما يراها
واحدة يملك الرجعة فلم يعزم على ذلك عينها ولم يمضه حتى راها ثلثا لم يسعه المقام معها لانه لما لم يعزم على
امضا الاجتهاد حتى ظهر خلافه صار ذلك كالحاكم اذا راى مذهبا فلم يحكم به حتى ظهر خلافه ان الحكم بالاجتهاد
الثاني اولى ٥ قال وكذلك رجل ليس بفقيه ابتلي بمسالة فسال عنها بعض الفقها فافتاه بحلال او حرام فلم
يعزم على ذلك في زوجته حتى استفتى فقيها اخر فافتاه بخلاف ذلك لم يسعه ان يرجع الى قوله لانه متعبد
بالتقليد كما يتعبد المجتهد بالاجتهاد فاذا وجب على المجتهد ان يعمل على اجتهاده اذا امضاه وان تغير بعد ذلك
كذلك المقلد اذا عزم على العمل في فتوى فقيه لم يسعه ان ينقض ذلك بفتوى اخرى ٥ قال خلف بن ايوب سمعت
ابا يوسف قال في رجل مات وترك جده واخا فاختصما الى القاضي في ميراثه فقضى بالمال للجد وافتاه فقيه من
الفقهاء بمذهب زيد وذلك اعدل عنده لم يسع للاخ ان ياخذ ذلك المال وذلك لان الحكم انضم الى الاجتهاد فلم يجز
ان ينفسخ بالاجتهاد حكم معه ولان الفقيه المفتي بمذهب زيد لا يجوز له ان يحكم بفسخ الحكم الاول
فكيف يجوز ان ينفسخ ذلك بالاجتهاد ٥ قال ولو كان القاضي قضى بينهما على قول زيد وكان الاخ ممن يرى
ان الجد اب وهو ممن يجوز ان يتقي ويفتي فانه يسعه ان يدفع المال الى الجد ولا يسعه ان ياكل ما
اطعمه القاضي فهذا على اصل قول ابي يوسف ان قضا القاضي لا يحل له ما هو محرم عليه باجتهاده فاما على
اصل محمد فيحل له ذلك ويجوز له اتباع راي القاضي وترك اجتهاده ٥ قال وان كان الاخ جاهلا فهو في سعة
من الوجهين جميعا ان ياخذ بما افتى به القاضي لان فرضه التقليد ولا يجوز ان يخالف حكم الحاكم فيه عليه
قال فان عرف ذلك بعد رجوعه الى الحال التي تسعه ان يتقي ويفتي فالجواب فيه الجواب في الاول
يعني انه يجب عليه العمل بما يقتضيه اجتهاده وترك ما حكم الحاكم ٥

باب استعمال الحرير في اللبس وغيره

قال ابو الحسن رحمه الله قال ابو حنيفة رضي الله عنه لبس الحرير المصمت حرام على الذكور من الناس في حال غير
الحرب وغيرها والاصل فيه ما روى عن ابي موسى انه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم احل الحرير والذهب للاناث من امتي وحرم على
ذكورها وعن علي رضي الله عنه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم حريرا بشماله وذهبا بيمينه ثم رفع بهما يديه فقال ان هذين
حرام على ذكور امتي حل لاناثهم وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تلبسوا الحرير فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير على الرجال
الا ما كان هكذا وهكذا وذكر اصبعين وثلاثا واربعا . وروي عن عمر انه انفذ جيشا فغنموا غنائم فلما استقبلهم
فلبسوا الحرير والديباج فلما راهم تغير وجهه واعرض عنهم فقالوا له اعرضت عنا فقال انزعوا عنكم ثياب
اهل النار فنزعوا ذلك ٥ واما لبسه في الحرب فقال ابو حنيفة اكره ذلك وقال ابو يوسف ومحمد لا باس به ٥
وجه قول ابي حنيفة ان النبي عليه السلم حرم الحرير على الرجال عن لبسه ولم يفصل ولانه ملبس لا يتفوق فمنعه
الحرب وغيره وجه قولهما ان الحاجة اليه في الحرب ماسة لانه ادفع للسلاح وابلغ في الديباج فصار ذلك موضع ضرورة
فلذلك ابيح ٥ وقد قال ابو حنيفة لا باس بالملحم في الحرب وانما يعني بذلك ما لحمته حرير وسداه غير حرير ولان هذا ممنوع
منه في حال الحرب عنده ومباح في حال الحرب لانه حرير من وجه وليس بحرير من وجه فكان اخف من غيره ٥

فأما إذا كان لحمته غير الحرير فهو مباح في جميع الأحوال. قال وأكره لباسه للصبيان الذكور وذلك لأن الصبيان يعودون ما يبيحه الشرع في الكبر ولهذا نمنعهم من شرب الخمر ونأخذهم بالصلاة والصوم ولذلك يجنبون لبس الحرير حتى لا يألفونه. قال وكرهوا جميعا لبس الثوب الحرير الذي لحمته حرير في غير الحرب وأجازوه في الحرب لأن اللحمة هي الظاهرة من الثوب فإذا كانت حريرا لم يجز لبسه إلا في الحرب للحاجة إليه وأما ما كان سداه حريرا ولحمته غير حرير فإن لبسه جائز عندهم جميعا لأن السلف لبسوا الخز ولم ينكروه وسداه حرير ولأن اللحمة هي الظاهرة من الثوب فإذا كانت غير حرير لم يمنع منها. قال أبو حنيفة لا بأس بافتراش الحرير والديباج والنوم عليها وكره أبو يوسف ومحمد. وجه قوله ما روي أن أنسا حضر وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور. وعن راشد قال رأيت على فراش عبد الله بن عباس أو مجلسه مرفقة من حرير ولأن الجلوس عليه استخفاف به ولبسه تعظيم له فجرى مجرى الجلوس على بساط فيه تصاوير أن ذلك يجوز وإن كره لبسه. وجه قولهما أن هذا من زي الأعاجم. وروي عن عمر أنه قال إياكم وزي العجم. وعن سعد بن أبي وقاص أنه قال لأن أتكئ على جمر الغضا أحب إلي من أن أتكئ على الحرير. وعن ابن سيرين قال قلت لعبيدة السلماني افتراش الديباج كلبسه قال نعم. ولأن لبسه لا يجوز فكذلك الجلوس عليه ألا ترى أن التحلي بالذهب والفضة لما لم يجز لبسه لم يجز الجلوس على سرير من ذهب أو فضة. وقال أبو حنيفة لا بأس بالعلم في الثوب إذا كان أصبعا أو أصبعين أو ثلاثا أو أربعا رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ولم يحك خلافا وذلك لأن العلم تبع للثوب فصار كالسدى ولأن النبي عليه السلم لبس فروة أطرافها من الديباج وكان المعنى في ذلك أنه تبع. ولأن الناس يلبسون الثياب وعليها الأعلام والطراز في سائر الأعصار. قال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لا بأس بالفراء كلها وعني بذلك الميتة والمدبوغة والذكية قال جاء به ذكاته ولذلك قال في الصوف والعظم والشعر والعصب والظلف والحافر وكذلك قال أبو يوسف. أما الفراء فلأن الجلود كلها تطهر بالدباغ إلا جلد الخنزير والآدمي وذلك لقوله عليه السلم أيما إهاب دبغ فقد طهر وروي أنه أراد أن يتوضأ من ماء من شن فقيل له إنه جلد ميتة فقال أليس في الشث والقرظ ما يطهره. ولأن الدباغ يحيل الجلد والاستحالة تؤثر في التطهير كالخمر إذا تخللت. وأما شعر الميتة وصوفها ووبرها وعظمها فطاهر وعند الشافعي نجس وفرق مالك بين العظم والشعر فقال الشعر طاهر والعظم نجس. لنا قوله عليه السلم في شاة ميمونة هلا أخذتم جلدها فدبغتموه فانتفعتم به ولم يأمر بإزالة الشعر منه ولو كان نجسا لم يجز الانتفاع بالجلد إلا بعد إزالته. وفي حديث أم سلمة أن النبي عليه السلم قال لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ وصوفها وشعرها وقرنها إذا غسل بالماء ولأن الشعر ينفصل في حال الحياة فيحكم بطهارته ولو كان ينجس بالموت نجس بالانفصال حال الحياة كالأعضاء وطرده الولد لما لم ينجس إذا انفصل بعد الموت حيا كذلك في حال الحياة. وأما فرق مالك بين العظم والشعر فليس بصحيح لأن كل واحد منهما لا حياة فيه ألا ترى أن الحيوان لا يألم بأخذه من غير آفة فيه ولو كان فيه حياة لألم بالقطع وإذا لم يكن فيه حياة لم يحله الموت. فأما القرن والظلف فهما في حكم العظم لأن الحيوان لا يألم بقطعهما. وأما العصب فكان أبو بكر الرازي يقول يجوز الانتفاع به بعد الدباغ لأن الدباغ يتأتى فيه فهو كالجلد.

مسائل استعمال آنية الذهب والفضة

قال أبو الحسن رحمه الله كان أصحابنا جميعا يكرهون الشرب في آنية الذهب والفضة والادهان فيها. قال الأصل في ذلك ما روي أن النبي عليه السلم نهى عن الشرب في آنية الذهب والفضة وقال من شرب فيها فكأنما يجرجر في بطنه نار جهنم وفي بعض الأخبار من أكل أو شرب. ولأن المنع من الشرب فيها إنما هو لما فيه من التشبه بالأكاسرة وهذا المعنى موجود في الأكل وقد قال أصحابنا إنه يكره الانتفاع بها في كل ما يعود إلى الأبدان مثل الادهان والطيب لأنها منفعة تختص بالبدن كالأكل والشرب. ولأن المنع منها للتفاخر وهذا المعنى لا يختص بالأكل دون الطيب. قال أبو حنيفة في الآنية المفضضة لا بأس بالشرب منها إذا وضع فاه على العود وكره أبو يوسف ذلك. وقال أبو يوسف الفضة قد صارت كأنها بعض الإناء فالمكره الشرب به كالإناء وكذلك الأكل والدهن وكذلك المداهن والمجامر وكذلك المرآة ولو رخصت في هذا لرخصت في السرير المضبب بالفضة أن يقعد عليه وكذلك السرج وكذلك باب الدار وكذلك اللجام والركاب وكذلك السقف لا أجيز أن يفضض شيء من ذلك ولا يذهب وهو مكروه عندنا. قال أبو الحسن يعني أبو يوسف نفسه وكذلك المصحف يضبب بالذهب والفضة قال ولو رخصنا في شيء من ذلك كان المصحف أولى ألا ترى أن هذا زي المجوس وأهل الشرك وإن لم يكن زيهم بعينه فهو يشبهه وقريب منه. قال وكان أبو حنيفة لا يرى بأسا بتذهيب السقف وكذلك قياس قوله في الباب والسرج والسرير إذا كان مفضضا وكان القاعد على غير الفضة فلا بأس به في قياس قوله ذلك ولا أحفظه رواية. فأما أبو يوسف فقال أكره ذلك كله وأنهى عنه ولا أرخص في شيء من الأشياء تتخذ من فضة أو ذهب أو مذهب أو مفضض ما خلا الخاتم يلبسه الرجال من الفضة أو حلية السيف أو المنطقة لما جاء في ذلك من الرخصة ولا بأس بتمويه السلاح بالفضة والذهب. وجه قول أبي حنيفة أن الفضة تابعة في ذلك فهي كطراز الثوب وعلمه ولأن المنع من المفضض للتشبه بالأعاجم والتفاخر وهذا المعنى لا يوجد في المفضض. وأما أبو يوسف فقال إنه استعمال للفضة فصار كما لو استعملها منفردة وأما التمويه فيجوز في السلاح لأن ذلك مستهلك لا يخلص فيصير كاللون المفرد وأما الذي روي عن أبي حنيفة أنه يجعل فاه على العود دون الفضة فلأنه إذا وضع فمه على الفضة فقد استعمل الفضة وذلك لا يجوز وقد روي عنه جواز ذلك لأن الفضة لما صارت تابعة لم يكره أن يباشرها بيده كما لا يكره في علم الثوب. قال فأما النساء فلا بأس بأن يلبسن الديباج والحرير والذهب والفضة واللؤلؤ وهن فيما سوى الحلي من الأكل والشرب في الذهب والفضة والقعود عليه والادهان فيه بمنزلة الرجال وذلك لما روي أن النبي عليه السلم قال في الحرير والذهب هما حرام على ذكور أمتي حل لإناثها. فأما الأكل والشرب فقد ورد النهي فيه عاما فيتناول الرجال والنساء. قال ولا يجوز أن يكتحل بمكحلة من ذهب أو بميل من ذهب أو فضة وكذلك المرأة وكذلك ... وكذلك حلقة المرآة فلا بأس بها في قول أبي حنيفة إذا كانت المرآة حديدا أو صفرا ولا خير في ذلك عند أبي يوسف وذلك لأن الاكتحال منفعة تعود إلى البدن فهو كالأكل والطيب. وكذلك استعمال الأشنان من الفضة وكذلك النظر في مرآة الفضة منفعة تختص بالبدن فأما إذا كانت المرآة من حديد وهي مفضضة فلا بأس بها عند أبي حنيفة كالإناء المفضض وكره أبو يوسف ذلك كما كره في الإناء المفضض. قال فأما اللجام المطلي فإن أبا يوسف رخص فيه وكذلك الركاب وهذا لما بينا أن الطلاء مستهلك لا يخلص ولا يعتد به. قال فأما اللجم من الفضة والركاب الفضة فلا خير فيه لأن هذا استعمال الفضة بعينها فيكره كما يكره التحلي بها. قال أبو يوسف ولا ينبغي للرجل أن يلبس ثوبا فيه كتابة بذهب أو بفضة ولا بأس بأن تلبسه المرأة وذلك لأن استعمال الذهب في الثوب كاستعماله في السقف والإناء فيكره ذلك فأما على قول أبي حنيفة فلا يكره لأن الذهب تابع للثوب فيصير كالذهب على الإناء. قال ورخص أبو حنيفة في مسمار ذهب أو فضة للرجل وكذلك قال أبو يوسف وإنما يريد بذلك المسمار الذي يحفظ به الفص لأنه تابع للخاتم فلا يعتد به ولأن ذلك لا يتزين به في العادة فلا يمنع منه ولأنه لا يظهر وقد روي عن جماعة من الصحابة أنه كان على خواتيمهم صورة وإنما استجاز ذلك لأن الصورة لا تظهر فلا يمنع منه وإن منع ذلك على الثوب.

فصل قال بشر عن أبي يوسف في كتاب الأشربة من الأمالي ولو أن رجلا تحركت سنه ولم تسقط فخاف سقوطها فشدها بذهب أو فضة لم يكن به بأس في قول أبي حنيفة وأبي يوسف هذا يشبه المسمار في الفص. وقال في الجامع الصغير في الرجل تتحرك سنه قال لا يشدها بالذهب. وقال محمد لا بأس بذلك وكان أبو حنيفة لا يرى بأسا أن يشدها بفضة. وجه قول أبي حنيفة أنه لا حاجة به إلى استعمال الذهب لأن الفضة تقوم مقامها واستعمال الذهب في الأبدان من غير حاجة لا يجوز. وجه الرواية الأخرى وهو قول أبي يوسف أن الفضة تنتن في فمه والذهب لا رائحة له فصارت الحاجة ماسة إليه وقد روي أن عرفجة بن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب في الجاهلية فاتخذ أنفا من فضة فأنتن عليه فأمره رسول الله صلى الله عليه أن يتخذ أنفا من ذهب. قال أبو حنيفة فإن سقطت ثنية رجل كره أن يعيدها ويشدها بفضة أو ذهب ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيشدها مكانها وخالفه أبو يوسف فقال لا بأس أن يشد ثنيته مكانها قال ولا يشبه سن ميت استحسن ذلك وبينهما فصل عندي وإن لم يحضرني. وجه قول أبي حنيفة أن السن إذا انفصلت صارت في حكم سن الميت ألا ترى أنها تنتن لخلقة فكما يكره أن ينتفع بسن غيره فكذلك بسنه. وأما أبو يوسف فيقول إن السن لا تتغير بالانفصال لأنه لا حياة فيه وإنما يكره سن غيره لأن ذلك مستقذر في العادة وهذا المعنى لا يوجد في سنه.

مسائل منثورة

قال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه كان يكره لحوم الأتن وألبانها وقال بشر المريسي لا يكره. لنا ما روى عبد الله بن أوفى قال أصبنا حمرا أهلية يوم خيبر فذبحناها وطبخناها وإن القدور لتغلي حتى خرج رسول الله صلى الله عليه فأمرنا بإكفائها وقال إنها رجس وروي أنه سأل فقال أوحشية أو إنسية فهذا يدل على اختلاف حكمهما. وروى جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه نهى عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل. وروى أبو حنيفة عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر. وجه قول بشر ما روي أن عائشة سئلت عن ذلك فتلت قوله قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه الآية. وقال عمرو بن دينار قلت لجابر بن زيد إنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه نهى عن لحوم الحمر فقال كان الحكم بن عمرو الغفاري يقول ذلك وأبى ذلك الحبر يعني ابن عباس. قال ولا بأس ببيع السرقين وكره بيع العذرة. وقال الشافعي لا يجوز بيعهما. أما السرقين فلأن الناس ينتفعون به في سائر الأعصار منفعة عامة من غير نكير والحاجة إلى الانتفاع تدل على جواز البيع. وأما العذرة فيكره الانتفاع بها فلذلك لا يجوز بيعها وقد روي عن ابن عباس أنه كره أن تعذر الأرض بالعذرة وكان ابن عمر إذا دفع أرضا مزارعة شرط على المزارع أن لا يعذرها. وروي عن سعيد أنه كان يعذر أرضه وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال يجوز استعمال العذرة في الأرض وروي عنه أنها لا تجوز. وقال محمد إن غلب التراب عليها جاز والصحيح أن يمنع من استعمالها إلا أن يغلبه التراب لأن عين النجاسة يكره الانتفاع بها كالخمر فإذا غلب التراب عليه زال حكم العين وصارت النجاسة تابعة

فيجوز الاستقاء كالثوب النجس وعلى هذا اصحابنا الانتفاع به جاز بيعه ٥ قال وكان ابو حنيفه يكره ابوال الابل ولحم الفرس وقالا
لا باس بذلك ∴ اما ابوال الابل فهي نجسه عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد طاهره وقد قدمنا الكلام في ذلك واما الانتفاع
بها فقال ابو حنيفه لا ينتفع بها وقال ابو يوسف لا باس بالتداوي بها اما ابو حنيفه فذهب الى ما روي عن النبي عليه السلام انه قال
ان الله لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم ولانه مائع نجس فلا يجوز التداوي به كالخمر ٥ واما ابو يوسف فذهب الى ما روي
عن النبي عليه السلام انه امر العرنيين ان يشربوا من ابوال الابل والبانها ٥ واما لحم الفرس فيكره عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف
ومحمد لا يكره وجه قول ابي حنيفه قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وهذا يدل على ان المنفعه المباحه هي الركوب
وقد استدل ابن عباس بهذه الايه على كراهه اكلها وروي حديث المقدام بن معدي كرب ان النبي عليه السلام نهى عن اكل
لحوم الخيل والبغال والحمير ولان ولدها لا يوكل فلا توكل هي لان حكم الولد معتبر بالام وجه قولهما ما روي في حديث
جابر ان النبي عليه السلام نهى عن لحوم الحمر ورخص في لحوم الخيل ٥ قال ابو حنيفه لا باس بعياده اليهودي والنصراني وذلك
لما روي عن النبي عليه السلام انه دخل على يهودي يعوده فقال له اشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله فسكت فاعاد
ذلك ثلثا فاسلم فخرج رسول الله وهو يقول الحمد لله الذي اعتق بي رقبة من النار ٥ ولان عيادتهم تالف بهم على
الاسلام ولانه لا باس بمخالطتهم ومفاوضتهم في العباده مقاربه لهم وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم
يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم ٥ قال وكان يكره هذه الخرقه التي تحمل وتمسح بها العرق وذلك
لان هذا التشبه بالمجوس وقد قال عليه السلام من تشبه بقوم فهو منهم ولان في ذلك اظهار التصنع والترفه
وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال اخشوشنوا وتمعددوا واياكم والخفاف والبسوا الازر واتزروا على الخيل نزوا وقد
اصحابنا من قال انما اكره ذلك اذا كانت الخرقه قيمه كثيره فاما اذا لم يكن لها قيمه فلا يكره ∴ ولان اعداد ماله قيمه لازاله
العرق فيه تضييع فيمتنع منه ذلك ٥ قال وكان يكره اكل الزنبور وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن اكل حشرات
الارض والزنبور في حكم الحشرات ∴ ولانه يقع على النجاسات فهو مستخبث في العاده وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبايث
ولانه من حيوان البر لم يجعل لنذكوه فاذا لم يقطع بالحنه كره اكله كساير الحشرات ٥ قال وكان يكره ان يدعو فيقول
اسالك بمعقد العز من عرشك وذكر بعد هذا قال بشر سمعت ابا يوسف قال قال ابو حنيفه لا ينبغي لاحد ان يدعو الله الا
به واكره ان يقول بمعقد العز من عرشك او بحق خلقك وهو قول ابي يوسف قال ابو يوسف بمعقد العز من عرشه
هو الله ولا اكره هذا واكره بحق فلان او بحق انبيايك ورسلك وبحق البيت والمشعر الحرام وهذا الحرف نكرهه وجه
قول ابي حنيفه انه اذا اضاف العز الى مكان بعينه اوهم كون الموصوف بالعزه في ذلك المكان والله عز وجل متعال عن ذلك
واما المسله بخلقه فلا يجوز لانه لا حق للخلق على الخالق فلا يجوز ان يسال بما ليس بمستحق وجه قول ابي يوسف ما روي ان النبي عليه السلام
قال في دعايه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمه من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامه ٥
قال وكان لا يرى باسا بربط الخيط في خاتمه او في اصبعه للحاجه لان هذا يتذكر به حاجته او حاجه اخيه المسلم فلا يمنع منه وروي
ان النبي عليه السلام كان يفعل ذلك ٥ وعن انس انه كان يحول خاتمه للحاجه ٥ قال وكان يكره ان يصلى على جنازه في مسجد وذلك
لما روي ابو هريره ان النبي عليه السلام قال من صلى على جنازه في مسجد فلا شي له وروي فلا اجر له وقال صلى الله عليه جنبوا مساجدكم
صبيانكم لانه لا يومن منهم النجاسه وهذا المعنى موجود في الميت ∴ ولان الناس في ساير الاعصار افردوا مسجدا للجنايز
ولو جاز ان يصلى على الموتى في مساجد الجماعه لم يكن لافراد مسجد لها معنى ٥ والذي يروى ان عايشه امرت بجنازه سعد بن ابي
وقاص فادخلت المسجد فصلى عليها ازواج النبي صلى الله عليه فقالت عايشه ايسر الناس هل عابوا علينا ادخال الجنازه في المسجد فقلن
نعم فقالت ما اسرع الناس تناسوا ما صلى رسول الله صلى الله عليه على سهيل بن البيضا الا في المسجد فلا دلاله فيه لان الذي انكر
على عايشه في ذلك الوقت انما هم المهاجرون والانصار ∴ ولان الصلوه لو جازت على الميت في المسجد لم يختص بذلك
ميت واحد في زمن النبي صلى الله عليه وهذا يدل على ما قلناه ويجوز ان يكون سهيل مخصوصا بذلك ويجوز ان يكون صلى عليه
لعذر من مطر او غيره ٥ قال وكان يكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعه عشر وكل اللهو وذلك لما روي عن النبي عليه السلام
انه قال لهو المومن باطل الا في ثلث تاديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال علي عليه السلام ما انا من دد ولا
الدد مني يعني اللعب وقال ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر وقال عطا الميسر كل قمار حتى لعب الصبيان بالكعاب ∴
وروي عن علي عليه السلام انه مر على قوم يلعبون بالشطرنج فقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون ∴ ولان الغالب
من اللعب بها الاشتغال عن الصلوه والكلام الفاحش فلا يجوز ان يقال انه يتعلم بها الحرب لان هذا يودي الى ان
يفعل اللعب يقصد به الفرجه وقد قال الله تعالى لا تتخذوا ايات الله هزوا ٥ وقال في مسلم باع خمرا واخذ ثمنها وكان
عليه دين انه يكره لصاحب الدين ان يقبضه منه من ثمن الخمر وان كان البايع نصرانيا فلا باس وذلك لما روي عن النبي عليه السلام
انه قال لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها واكلوا اثمانها الم يعلموا ان الله اذا حرم شيا حرم
ثمنه ٥ ولان المسلم لا يحل له بيع الخمر فاذا اخذ الثمن فقد اخذه بغير حق فيكره لصاحب الدين اخذه منه ٥ واما النصراني
اذا باع الخمر فلا باس ان ياخذ المسلم منه ثمنها لما روي عن النبي صلى الله عليه انه كتب في عهد نجران ان يذروا الربوا ولا يظهروا
بيع الخمر في امصار المسلمين وهذا يدل على انهم لا يمنعون من بيعها سرا ∴ وروي عن عمر انه قال ولوهم بيعها وخذوا
العشر من اثمانها وهذا يدل على جواز عقدهم عليها ∴ واذا جاز العقد فالثمن ماخوذ بحق فيجوز للمسلم ان يقبضه ٥ قال
ابو حنيفه لا باس ان يدخل اهل الذمه المسجد الحرام وقال مالك لا يدخلون المسجد الحرام ولا غيره من المساجد وقال الشافعي

يجوز لهم دخول المساجد ولا يجوز دخول المسجد الحرام اما دخول ساير المساجد فلما روي ان ابا سفين دخل مسجد
النبي عليه السلام وهو مشرك ∴ وروي ان وفد ثقيف وفدوا على النبي عليه السلام فضرب لهم خيمه في المسجد فقيل يا
رسول الله انهم قوم انجاس فقال ليس على الارض من انجاس الناس شي انما انجاسهم على ابدانهم ∴ واما دخول المسجد
الحرام فلان من جاز له دخول ساير المساجد جاز له دخول المسجد الحرام كالمسلمين ∴ واما قوله تعالى انما المشركون
نجس فالمراد به النهي عن قرب المسجد على طريق الحج والعمره ولذلك خصه بالعام وقد قيل ان المراد به منعهم
من دخوله على طريق الولايه والموسم لانهم كانوا يدخلون على وجه الولايه فمنع بعد الفتح من ذلك وقد قيل ان اطلاق
المشرك يتناول الوثني وعبده الاوثان كانوا اهل الحرب فمنع من دخولهم الحرم ∴ ولان دخول الحربي الحرم ممنوع
قبله فنهوا لاجل ذلك ∴ قال وعن ابي حنيفه انه كان يكره استقبال القبله بالفرج في الخلا وقال الشافعي لا يكره
ذلك في البنيان والدليل عليه حديث ابي ايوب ان النبي عليه السلام قال اذا اتيتم الغايط فعظموا قبله الله ولا تستقبلوها
ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا قال ابو ايوب فلما قدمنا الشام وجدنا مراحيضهم بنيت نحو القبله فنحن
ننحرف عنها ونستغفر الله ∴ ولان المنع من الاستقبال لتعظيم القبله وهذا المعنى يستوي فيه الحالتان ٥
واما الاستدبار فقد روي عن ابي حنيفه انه لا يجوز بظاهر الخبر وروي عنه انه يجوز لما روي عن ابن عمر انه
اطلع على النبي عليه السلام وهو على سطح جالس على لبنتين مستدبر الكعبه ٥ وكان ابو حنيفه لا يرى باسا ببيع بنا بيوت
مكه وقد مضت هذه المسله في كتاب البيوع ٥ قال رحمه الله جمله المذهب عند ابي حنيفه يجوز بيع البنا واجارته
ولا يجوز بيع العرصه ولا اجارتها وروى الحسن عن ابي حنيفه جواز بيع ذلك والدليل على امتناع جواز بيع ذلك
ما روى عبد الله بن عمر ان النبي عليه السلام قال ان الله حرم مكه وحرم بيع رباعها وروي انه قال من اكل اجور بيوت
مكه فكانما اكل الربوا وروي انها كانت تدعى في زمن النبي عليه السلام وابي بكر وعمر السوايب من احتاج سكن ومن
استغنى اسكن وروي ان عمر كان يضرب اهل مكه حتى لا يغلقوا ابوابهم بالليل مخافه ان تطرقهم العرب
وهذا يدل على انهم لا يملكون البيوت ∴ ولانها بقعه من بقاع الحرم كالمسجد ∴ ولان تحريم الصيد يتعلق بها كما
يتعلق بالمسجد واذا لم يجز بيع احد الموضعين فكذلك الاخر وجه الروايه الاخرى ما روي ان عقيلا باع
دور النبي صلى الله عليه فلما دخل عليه السلام مكه قيل له الا تنزل دارك يا رسول الله فقال وهل ترك لنا عقيل من ربع ∴
ولان الناس يتبايعونها في ساير الاعصار ٥ وقال محمد ذبح السلحفاه انه شي عليه وكان يكره اكلها وذلك لانها
من حيوان البحر وقد قال الله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسياره الى قوله حرما واما كراهه
اكلها فقد بينا في كتاب الصيد انه لا يوكل من حيوان البحر الا السمك ∴ ولان السلحفاه مستخبثه في العاده وقال
الله تعالى ويحرم عليهم الخبايث ٥ قال ابو حنيفه في الرجل يكون له الاجير المجوسي او الخادم او البايع
فيرسله يشتري له لحما فياتيه باللحم فيقول اشتريته من نصراني او يهودي او مسلم انه يسعه ان ياكل ذلك
منه وذلك لان الصحابه كان لهم خدم من العلوج وكانوا يرجعون الى قولهم في الماكل ∴ ولان هذا من اخبار
المعاملات فلا تعتبر العداله فيه لما في ذلك من الضيق على الناس واذا لم تعتبر العداله لم يعتبر الاسلام ٥ وقال
في رجل علم ان جاريه في يد رجل كانت لغيره فذكر الذي بيده ان صاحبها وكله ببيعها او انه ملكها اياه بوجه
من وجوه الملك فانه يسعه ان يقبل منه ويشتريها لان هذا من اخبار المعاملات فيقبل قول الواحد عدلا
كان او غير عدل الا ترى ان الناس في ساير الاعصار يتباعون من الدلال والمنادي ويرجعون الى قولهم وان
قالوا ان السلعه لغيرنا ٥ ولان الامه اجمعت على قبول قول الرسول في الهديه واخبار المعاملات مقيسه على ذلك
قال وان قال الذي في يده ان فلانا كان يدعي ملكها والجاريه جاريتي لم يسعه ان يشتريها منه وذلك لانا قد علمنا انها كانت
في يد الاول والظاهر من دعواه الملك انها صحيحه فاذا قال انها لي حكم بنقل الملك اليه من جهته وانما يسقط قوله ولا
يلتفت اليه ٥ قال ولا باس بالحقنه وذلك لانها تداوي وقال النبي عليه السلام ان الله لم يخلق دا الا خلق له دوا الا السام ٥
وقال ابن سماعه في نوادره عن محمد في القاضي لا باس ان يجيب دعوه غير ذي رحم محرم اذا كانت دعوه عامه عرسا او ولاده
او ختانا فاما غير ذلك من دعوه رجل في خاصته من سعف او بيتي يحدث لاخوانه او خبر انه قلاني قال ويجيب دعوه
ذي المحرم خاصه وياكل عنده ويقبل هديته قال وهذا قول ابي حنيفه في المسلمين جميعا وذلك لان الدعوه العامه
لا تلحقه فيها التهمه الا ترى انها لم تتخذ للقاضي ولا تبعه الخلوه به واذا لم تلحقه تهمه لم تمنع منها ٥ وكذلك المحرم
لان الظاهر انه دعاه صله لرحمه ولم يدعه لاجل الولايه ∴ وقال في القاضي لا باس ان يقبل الصله من الوالي
للبلده التي هو عليها اذا كان الوالي قد ولى امر القاضي ولا استحق احرز الصله منه وان لم يكن
واليا عليه فارجوا ان لا يكون بقبول الصله منه باس وذلك لان القاضي لا ينبسط بايه الى الوالي ولا يكون
هديه الوالي له في معنى الرشوه فلذلك لم يكره ٥ قال ولا باس ان يقبل صله الرجل من اخوانه وان يزرع
له الارض اذا كان من اخوانه قديم المعرفه به وقد كان يكون بينهما ذلك قبل ولايته القضا وذلك لانه يجري على
عاده تقدمت لم يستانفها بالولايه فلا يتهم فيها وهذا اذا لم له حكومه فاما اذا كانت له حكومه فلا يجوز قبول
هديته لانه يتهم انه يفعل ذلك لاجل الحكومه ∴ قال الخلف بن ايوب قال ابو حنيفه اذا كان المسجد مسجد جماعه
لم ينبغي ان يكون مقبوضا او محجرا او حماما وان كان مسجدا خاصا بيت فلا باس بذلك وهو قول ابي يوسف

وذلك لأن المسجد قد أمرنا بتعظيمه وتنزيهه فاذا كانت القبله الى الخلا والحمام فذلك فيه استخفاف بالقبله فلا يجوز
واما مسجد البيت فهو الموضع الذي يفرده الانسان من بيته ليصلي فيه وذلك ليس بمسجد في الحقيقه فلا يمنع من هذا
المعنى فيه ولان البيوت تضيق باهلها فلا باس ان يتحرز من هذا المعنى ٥ قال بشر عن ابي يوسف في رجل ظاهر من امراته
فان ابا حنيفه قال لا يباشرها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها لشهوه ولا يقربها حتى يكفر وذلك كله في الكفارات سوا وذلك
لقوله تعالى فتحرير رقبه من قبل ان يتماسا وهو عام في الوطي فيما دونه ولان الاستمتاع اذا امتنع منه لتحريم البضع استوى
فيه اللمس والوطي كالمبتوته واما قوله وذلك كله في الكفارات سوا يعني ان من كفارته الصوم او الاطعام لم يجز له الوطي قبل الكفاره
لانه احد انواع التكفير فلا يجوز الوطي قبله كالعتق وانما ذكر الله تعالى الاطعام ولم يشترط فيه ترك المسيس لانه اكتفى بما تقدم
من تحريم المسيس قبل العتق والصوم ٥ قال ابو يوسف لا يحرم عليه النظر الى الشعر ولا الى الصدر ولا الى الظهر ولا الى البطن
لانها امراته وانما نهاه عن القبله واللمس والنظر الى الفرج حتى يكفر وذلك لان هذا التحريم مع بقا الملك فمنع الاستمتاع المقصود
والاستمتاع المقصود ما يتعلق به تحريم المناكحه وذلك يختص بالنظر الى الفرج دون ساير البدن ٥ قال واما الجاريه التي يشتريها
فان ابا حنيفه قال لا يلمس من شهوه ولا ينظر الى فرج لشهوه ولا يقبل لشهوه ولا يقربها حتى تحيض حيضه او يكون ممن لا تحيض
فيستبريها شهرا وكذلك قال ابو يوسف لان هذا تحريم مع وجود الملك فصار كتحريم الظهار ٥ قال وكل مملوكتين
لا يحل الجمع بينهما بعقد النكاح فلا يجمع بين وطيهما في ملكه وان وطيهما فقد اسا فان اراد ان يطا احديهما فلا ينبغي له ان يعاودها
حتى يزوج الاخرى او يخرجها من ملكه وقد بينا هذا في كتاب النكاح ٥ قال ولا ينظر الى فرج لشهوه ولا الى بطن ولا الى ظهر ولا
يباشر ولا يقبل حتى يحرم فرج الاخرى بنكاح او تمليكها او بعضها وكذلك رجل تزوج اخت امراته ودخل بها ففرق القاضي بينهما
فانه لا يقرب امراته ولا يلمس ولا يقبل لشهوه ولا ينظر الى فرجها لشهوه ولا ينظر الى بطن ولا الى الظهر حتى تنقضي عده التي
فرق بينه وبينها وحال نسايه الاربع كحال الاخت يعني اذا تزوج خامسه وفرق بينه وبينها بعد ما دخل وذلك لان هذا التحريم
من طريق الجمع وكل معنى يصير به جامعا بينهما في حكم من احكام النكاح فاذا استباحه مع وطي الاخرى فقد جمع بينهما في
الوجه الممنوع منه فلا يجوز ٥ قال وكذلك امراه نعي اليها زوجها فتزوجت ودخل بها ثم قدم الاول ويفرق بينهما وبين
الاخر ولا يقربها الاول وحالها كحال الاربع والاخت ولان الجمع بين الزوجين كالجمع بين الاختين فما حرم في احد الموضعين
حرم في الموضع الاخر ٥ قال وكذلك امراه سبيت من دار الحرب فاشتراها رجل وهي حامل فحالها في الاستبرا مثل
حال التي عليها الاستبرا بحيضه وذلك لانه تحريم مع الملك فلا فرق بين الحبل والحيض الا ترى ان رجلا لو زوج ام ولده
فمات عنها الزوج لم يحل للسيد ولا شي من امرها حتى تنقضي العده وكذلك لو طلقها الزوج وكذلك لو كانت امه
وكذلك ان كان النكاح فاسدا او دخل بها وكذلك امراه تنكح زوجا اخر ودخل بها ففرق بينهما وترد الى الاول ٥
وكذلك الخامسه وكذلك التي تزوج باخت امراته فدخل بها ولا يعلم وهذا كله قياس واحد وذلك لان المعتده محبوسه
على الزوج فلا يجوز لغيره استباحه النظر اليها كما لا يجوز لمسها فاما بقيه الفصول فهو تحريم من طريق الجمع وقد بينا ٥ قال بشر عن
ابي يوسف عن ابي حنيفه ليس النظر الى الوجه والكف حراما يعني من الحره وقال ابو يوسف في رجل حلف ان لا ينظر الى حرام
فطلق امراته فنظر الى وجه امراه او يديها قال لا تطلق امراته وليس النظر اليه حراما واكره ذلك له وجواز النظر الى وجه
الاجنبيه ويديها اذا كان هناك حاجه وانما يكره النظر لغير حاجه لانه لا يومن معه الشهوه واذا لم يكن حراما لم يحنث
فيه ٥ قال بشر عن ابي يوسف في رجل امر رجلا ان يشتري له طعاما فاشترى له بمايه درهم غله وقال اني اشتريت
لك بغله فاعطاه دراهم صحاحا فربح فيها بدراهم غله واستفضل قال ابو يوسف الفضل جايز وقال في مضارب اشترى بالف المضاربه
متاعا فهلك المال قال يرجع على رب المال بالف اخرى فان استفضل لم يطب له الفضل وذلك لان الوكيل يثبت له الثمن
دينا على الموكل فاذا اخذ منه عوضه واستفضل فهو ربح ما في ضمانه فيطيب له واما المضارب فما يثبت له على رب المال ليس بدين
الا ترى انه ياخذه منه على طريق الامانه حتى لو هلك في يديه قبل ان يقضي البايع رجع على رب المال وربح ما ليس في ضمانه لا يطيب له
قال بشر عن ابي يوسف سمعته يقول الحمره البان الاتن ولحومها للمرض او لغير ذلك وهو قول ابي حنيفه وذلك لانا قد
بينا تحريم الحمار وما حرم لحمه لغير حرمته فانه محرم والتداوي بالمحرم لا يجوز لقوله عليه السلم ان الله لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم
ورخص ابو يوسف ... بول ما يوكل لحمه لان النص ورد باباحه التداوي بالبول فخص ذلك وما سواه على اصله قال
بشر سمعت ابا يوسف قال في رجل ان لم اكن وجدت فلانا على حرام فامراتي طالق ثم ذكر انه راه قد خلا بامراه فقال اما في
القضا فتطلق لانه ليس بحرام وذلك لان الخلوه بالاجنبيه يكره ولا يطلق اسم التحريم عليها فلم يوجد شرط البر فيحنث ٥
قال بشر عن ابي يوسف في رجل وضع دراهم عند رجل فقال ياخذ منها ما شا قال اكره ذلك ولكن يستودعه الدراهم
فياخذ منه ما شا بشي مسمى فان ... فهي وديعه ولا شي عليه وان كان على وجه بيع فهو ضامن وذلك
لانه اذا ملكه الدينار فقد اقرضه اياه فاذا اشترط ان ياخذ له ما يريد حالا فحالا فله في ذلك نفع فيصير في معنى القرض
المنتفع به فيكره واما اذا اودعه اياه فليس بقرض وانما يملكها ما يعطيه جزا جزا فلا يكره ٥ قال بشر سمعت ابا يوسف
سئل عن رجل اشتكى فاشترى له بغير امره شيا فاكله قال اذا اشترى له ابنه او والده استحسن ذلك ولا اجيزه في
المتاع ولا فيما يحتاج اليه المريض وان كان في سفر اشترى له الذي معه وهذا استحسان وان كان ...
المريض ياذن في العاده ان يشتري له ما يحتاج اليه من الطعام والدوا ولا يجب ان ... والماذون

في العاده كالماذون فيه بالنطق وكذلك رفيقه في السفر في حكم اهله لانه هو الذي يقرب منه ٥ فاما
الاجانب فلم يجر لهم عاده بالقيام بمصالحه فحمل امرهم على القياس ٥ قال بشر عن ابي يوسف في رجل ارتهن من
رجل دارا قال اكره له ان يسكنها لان الرهن في يده كالوديعه الا ترى انه يمسك باذن مالكه فاذا انتفع به
بغير اذنه لم يجز وان اذن له في الانتفاع فقد صار ذلك نفعا يسلم له بسبب الدين ويكره له ان يداين ويستنفع
نفعا بسبب دينه ٥ قال بشر سمعت ابا يوسف قال ابو حنيفه في رجل اشرع ظله او كنيفا او دكانا لا يضر
بالطريق فانه يسعه فيما بينه وبين الله تعالى ٥ وان خوصم فيه قلعته وان كان يضر بالطريق لم يسعه فيما بينه وبين الله
وان خوصم فيه قلعته وهو قول ابي يوسف وقد بينا هذه المسله وذكرنا ان من لا يضر بالطريق اذا خوصم فيه قلع
عند ابي حنيفه ولم يقلع عندهما فاما ما يضر بالطريق فلا يقف قلعه على الخصومه بل يجب على القاضي ازالته خاصم
اليه فيه او لم يخاصم ٥ قال بشر سمعنا ابا يوسف يقول في دار يسمع فيها شرب ومزامير ومعازف قال ادخل عليهم
بغير اذنهم لانكار المنكر وذلك لان المنع من هذا واجب فلو لم يجز الدخول الا باذنهم لم يمكن المنع منه ولانهم اسقطوا
حرمتهم بفعل المنكر فجاز هتكها كما ان للشهود ان ينظروا الى عوره الزاني ليشهدوا عليه حين هتك حرمه نفسه
قال سمعت ابا يوسف في رجل دفع الى رجل درهما ليشتري له زيتا خمسه ارطال فاشترى له بدرهم عشره ارطال
مثل ما وصف ثم قال ابو حنيفه له خمسه ارطال بنصف وللمشتري خمسه وقال ابو يوسف استحسن ان
اجعله كله للامر بدرهم وهذه المسله موضعها الوكاله ووجه قول ابي حنيفه انه وكله بشرا مقدار معلوم ولم يوكله
بالزياده منه وذلك ما وكله بابتياعه بثمن معلوم فاذا اشتراه باقل منه جاز واما الخمسه الاخرى فلم يوكله بها فلزم
الوكيل لان الشرا لا يقف ووجه قول ابي يوسف وهو قول محمد انه امره ان يشتري بالدرهم زيتا وظن ان الزيت خمسه
ارطال بدرهم فاذا اشترى عشره فقد فعل المامور وزاده خيرا وصار كمن وكل رجلا يبيع عبده بمايه فباعه بمايتين ٥
قال بشر سمعت ابا يوسف سيل عن رجل يريد ان يوصي وله ورثه صغار قال تركه لورثته افضل وذلك لقوله عليه السلم
لان تدع ورثتك اغنيا خير لك من ان تدعهم عاله يتكففون الناس ٥ وروي عن ابي بكر وعمر وعايشه رضي الله عنهم انهم قالوا
لان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث ولان يوصي بالخمس احب الينا من ان يوصي بالربع فدل على اعتبار حظ الورثه
قال بشر سمعت ابا يوسف قال اذا راى الرجل في يد رجل دارا او متاعا ثم قال الذي كان في يده اشهد انه لي
فان فلانا قد اخذ متاعي قال قال ابو حنيفه اذا عرف انه له معرفه بالقلب مكث ذلك عنده زمانا فليشهد
وهو قول ابي يوسف اذا وقع في قلبه انه له وذلك لان حقيقه الملك لا يمكن الوصول اليها وانما اعتبر ان يبقا
في يده ليحصل تصرفه تصرف الملاك فيغلب في الظن انه له ٥ قال بشر سمعت ابا يوسف قال في رجل باع
شيا في الصدقه من رجل قبل ان يقبضها ثم قال له الوالي اذهب فخذها هل يجوز بيعها منه او لمن اراد
المشتري ان يبيعها فقال اما البيع الاول فهو فاسد ولا ينبغي ولا يجوز وان قدر عليه عند المشتري فعل
ان يبيعها رددت البيع وان كان باعها المشتري فان البيع الثاني جايز فيما بينهما واكره للمشتري الاول البيع
فان باعها المشتري الثاني فبيعه جايز وذلك لان الصدقه لا تملك الا بالقبض فاذا باعها الوالي قبل ان
يقبضها فقد باع ما لم يملكه الفقرا فلا يجوز بيعه الا ان هذا العقد فيه عوض له قيمه فاذا قبضه المشتري ملكه
كساير البياعات الفاسده فاذا باعها المشتري فقد ملكها بالتسليط فينفذ بيعه ولا يتعلق به الفسخ فان قيل
لما باع الوالي قبل القبض فقد باع بما هو على ملك المتصدق فجرى ذلك مجرى البيع الموقوف فلا يقع به
الملك ٥ فالجواب ان الوالي له حق في قبض الصدقه فبيعه يجري مجرى بيع المالك مع الفساد والبايع
لملك غيره لا حق له فيما اخذه والتصرف فيه فلا يقع ببيعه الملك ويجوز ان يقال ان المسله مبنيه على ان
المتصدق بذل الصدقه فاذا باعها الوالي ع اذن في قبضها لم يمنع التصدق بها تحصين كالاجازه ٥ وقال
بشر سمعت ابا يوسف قال لا تصلح العروض مضاربه ٥ فان قال بعه واجعل ثمنه مضاربه ففعل ذلك قال
اكرهه وهو جايز وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف واما المضاربه في العروض فلا يجوز وقد بينا ذلك
في كتاب المضاربه فاذا قال بعها واعمل بثمنها مضاربه فهذه وكاله معلقه بشرط وذلك جايز واما الكراهه فلانه
لا يدري مقدار الثمن فكانه اعطاه مالا مجهولا مضاربه فيكره ذلك واما امره بالبيع ليتوصل به الى تحصيل
راس المال فكانه يشترط على المضارب عملا غير المضاربه وذلك يكره ٥ قال بشر اخبره ابو يوسف عن
ليث عن مجاهد انه كان يكره ان يجعل الخيط في الخاتم فيتذكر به وقال ابو حنيفه لا باس به وقد روي
عن انس انه كان يحول خاتمه ليتذكر به حاجته ولان هذا يتنبه به على حاجته وذلك غير ممنوع وقد روي
عن النبي عليه السلم كراهه ذلك وروي عنه الاباحه ٥ قال وسالت ابا يوسف عن الشعر يوصل بالراس فقال
اكرهه ولا باس بشعر غير بني ادم وانما كره ان تصل المراه شعرها بشعر ادميه لان ما انفصل من الادمي من
الاجزا لا يحل الانتفاع بها وانما يجب دفنها ولهذا لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الواصله والمستوصله وهي
التي تصل شعرها بشعر غيرها فاما اذا وصلته بشعر بهيمه فالشعر عندنا طاهر ويحل الانتفاع به فاذا وصلت
بشعر بهيمه ... الانتفاع بها فانما قصدت الزينه وذلك غير ممنوع ٥ قال بشر وسمعت ابا يوسف

قال ابو ... لبن المرأة وان باعته ابطلته ولا باس باجارة الظير اما بيع لبن الآدمية فقد مضت في البيوع والوجه فيه انه مايع
منفصل من الآدمي فلا يجوز بيعه كالدمع والعرق وَلانه لبن حيوان محرم الاكل كلبن الكلب والخنزير ه واما الاجارة فالاصل
في جوازها قوله تعلى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ه وقد اختلف اصحابنا في المعقود عليه ما هو فمنهم من قال انه
المنافع وخدمة الصبي والتربية ومنهم من قال ان العقد على اللبن ويجوز ان يستحق بالاجارة ما لا يجوز بيعه كالمنافع وقد
بينا هذا في الاجارة ه قال وسمعت ابا يوسف في رجل يصاد سمكة في بطنها اخرى قال يأكلها وكذلك طاير في بطنه سمكة
او جرادة وذلك لانا قد بينا في كتاب الصيد ان السمك اذا مات بسبب حادث حل وان لم يكن بفعل آدمي وابتلاع السمكة
سمكة اخرى سبب حادث في تلفها فهو كاخذها بالشبكة كما لو جزر الماء عنها ه فاما الجرادة فلا يحتاج في اباحتها
الى سبب حادث واكلها جايز بكل حال ه فاما اذا ذرقها الطير او خرجت من دبر السمكة فلا يوكل لانها استحالت على هذا
الوجه الا وقد استحالت فصارت كطعام متغير ه قال بشر سمعت ابا يوسف قال ابو حنيفة لا باس بان يلتقط الرجل
النوى وما اشبهه مثل قشور الرمان اذا نبذه صاحبه وهو قول ابي يوسف وقال ابو يوسف ان شا صاحب النوى
اخذه من هذا وقال ان كان كوما من نوى لم ياخذه وكذلك ماله قيمة مثل النوى وذلك لان العادة جرت ان الناس يلقون النوى
والزجاج المكسور في الطرق ولا يعودون الى اخذه ويبيحوا للناس التقاطه فيصير كالماذون له في اخذه بالعادة والماذون
بالعادة كالماذون بالنطق واما اذا كان كثيرا اجتمع فلم يجمع الا للحاجة اليه ولم تجر العادة بتضييع ما لم يجز استباحته
كساير الاموال وانما كان لصاحب النوى اخذه من الملتقط وان كان يسيرا لان من طرحه اباحه والاباحة يجوز
معها الانتفاع ولا يملك بها فماله مستهلك للمبيح فللمبيح الاسترجاع كمن اباح طعامه لغيره ه قال ابو يوسف
في اخذ اللقطة وتعريفها احب الي من تركها قال ابو الحسن وهو قول ابي حنيفة ومحمد ايضا وذلك لان اخذها
حفظ على صاحبها واذا تركها لم يامن ان يمتد اليها يد خاينة فكان الحفظ اولى ه ولانها امانة فاذا تحملها فقد تعرض للثواب
واذا تركها فلم يتعرض والتعرض للثواب اولى ه قال بشر قال ابو يوسف في شاة ميتة نبذها اهلها فاخذ رجل
صوفها او اخذ جلدها ودبغه قال هو له فان جا صاحبها اخذ الجلد ورد ما زاد الدباغ فيه ان شا وياخذ الصوف
وذلك لان القا الميتة اباحة الانتفاع بما يجوز ان ينتفع به منها وقد بينا ان الاباحة بالعادة كالاباحة بالنطق فلذلك
جاز اخذ جلدها وشعرها وانما جاز لمالكها اخذه لان موت الحيوان لا يزيل ملك المالك عما يحل الانتفاع به من
الشاة وذلك يكون احق به واذا بقي ملكه فيه لم يزل عنه بالنبذ والاباحة كما في باب النوى الا انه لا يعود
على استرجاع الجلد اذا دبغ بماله قيمة الا برد ما زاد الدباغ فيه لان ما دبغ به عين مال قايم فصار كالصبغ في الثوب
ولا يجوز ان يتملك بغير عوض واما الشعر فلا زيادة فيه فياخذه بغير شي ه قال هشام سالت ابا يوسف
رجل امر صايغا ان يصوغ له من عنده خاتما فيه وزن درهم وجعل له عليه اجرا دانقا فصاغه ورضيه وقبله قال لا يجوز
ان يعطيه وياخذ درهما ودانقا وذلك لان الفضة لا يملكها المستعمل الا بالقبض واذا صاغها قبل التسليم فالخاتم
على ملك الصايغ فاذا اخذ العوض فقد باع بالاكثر من وزنه فلا يجوز ه قال ابن سماعة عن ابي يوسف اكره ثوب
القز يكون بين القز والظهارة ولا ارى بحشو القز باسا وذلك لان الثوب اذا كان غير محشو فهو ملبوس ولبس الحرير
لا يجوز للرجال فاما الحشو فليس بملبوس فلا يكره عند ابي حنيفة وعندهما لبس غير ملبوس ولا مفروش فلا يكره
قال وما كان من الثياب الغالب عليه غير القز فلا باس به مثل الخز والطيلسان لحمة الابريسم وقد بينا ان ما
كانت لحمته غير القز فلا باس به وقال في القز بالقز لا خير فيه لان ظاهره قز وذلك لان الحكم لما يظهر في الثوب
وما لا يظهر تبع فالمتبوع لما كان القز لم يجز لبسه ؞ قال ابن سماعه عن ابي يوسف قال ابو حنيفة اكره سجدة الشكر
قال ابو يوسف لا ارى باسا بسجدة الشكر وهذه المسالة قد بيناها في كتاب الصلوة وذكرناها في الجامع الصغير ان
سجدة الشكر ليس بشي ومعناه ليس بشي مسنون ان فعله جاز وان تركه جاز وقال ابو يوسف ومحمد هو سنة وعلى
هذه الرواية يكره لانها سجدة مفردة تفعل عند سبب حادث فلا يومن ان تعتقد وجوبها كسجود التلاوة فيلحق
بالشريعة ما ليس منها ه قال عمر بن ابي عمر سالت محمدا عن خز كلب الما قال لا باس به قلت والجلود باعيانها
قال والجلود باعيانها وكذلك جنادير الما التي يعمل بها البساط لا باس بها الا انه لا يوكل شي من حيوان البحر الا السمك
وقد بينا الكلام في حيوان البحر في كتاب الصيد وذكرنا ان ما سوى السمك طاهر لا يجوز اكله واذا كان طاهرا جاز
الانتفاع بجلده ووبره ؞ قال عمر وسالت محمدا عن رجل بلع درة لرجل فمات البالع ولم يدع مالا قال عليه القيمة
ولا يشق بطنه لان شق جوف الميت مثلة وذلك ممنوع منه لحق الله تعلى وحق صاحب الدرة لا يذهب لانه دين
في الذمة ويجوز ان يوجد له مال وقد تقابل حق الادميين فترجح حق الميت لما فيه من حق الله تعلى ه وسالت
عن امراة حامل ماتت فاضطرب في بطنها شي قال ان كان اكبر رايه انه حي شق بطنها وذلك لان شق البطن ممنوع لحق
الله تعلى ولحقها وتلف الحمل ممنوع لحق الله تعلى ولحقه فتساوى الامران ولان حرمة النفس اعظم من حرمة المال
فجاز شق البطن لحرمة النفس وان لم يجز لحرمة المال ه قال عمر وقال محمد اخبرنا بعض اصحابنا عن عبيد الله بن محيريز
قال كتب اليه بعض اخوانه ما ترى في لبس الحرير والديباج فكتب اليه عبد الله بن محيريز ان كره اشد ما يكون كراهة لما
نهى رسول الله صلى الله عليه حين تعرض للشهادة ويكره ذلك له وهذا موافق لقول ابي حنيفة ان لبس الحرير المصمت
مكروه في حال الحرب وغيرها ؞ قال وسالت محمدا عن لبس الحرير فقال كان ابو حنيفة لا يرى بلبسه اربع اصابع في عرض الثوب

قلت فان هناك منسوجة يكون فيها اقل من اربع اصابع في عرض الثوب فقال لا ينبغي ذلك لان مقدار اربع اصابع
في جملة الثوب [illegible] تابعة لغيرها فيكره كما يكره الثوب من الحرير وذكر [illegible] هذا [illegible] وقد بينا الخلاف فيه ه
قال محمد في النوادر [illegible] المسلمين لا ينقض [illegible] في بيته [illegible] حيث شاءت وذلك الصليب والتماثيل
عن النبي عليه السلام انه قال لعدي بن حاتم [illegible] شعر الكفر واخلع هذا الوثن من صدرك يعني الصليب ولا يجوز
للمسلمين ان [illegible] من نصب الاوثان في بيته فاما [illegible] فلا يمنع منها كما لا يمنع من اعتقادها [illegible] قال محمد وقال
ابو يوسف احرق الزق [illegible] فيه خمر المسلم والنصراني وهذا على اصلهما ان الملاهي يجوز كسرها وان امكن
الانتفاع بها في غير الوجه المحظور لانها معدة للمعصية كذلك هذا الزق صار معدا للمعصية فيجوز اتلافه
فاما على قول ابي حنيفة فلا يجوز اتلافه لانه يمكن الانتفاع به في غير الوجه المحظور واما لو شوه بين المسلم
والنصراني فلانه لا يجوز لهم اظهار الخمر في امصار المسلمين وانما اقروا على التصرف فيه فيما بينهم

آخر الحظر والاباحة

كتاب الاشربة

قال ابو بكر الاصل في هذا ان الاشيا كلها [illegible] على اصل الاباحة الا ما [illegible] فالاشربة
كلها مباحة بالعقل وانما يثبت تحريم ما حرم منها بالشرع والكلام في هذا الكتاب فيما ورد الشرع بتحريمه منها وما
بقي على اصل الاباحة [illegible] قال ابو حنيفة الاشربة كلها حلال الا اربعة الخمر والمطبوخ
اذا ذهب [illegible] ونقيع التمر ونقيع الزبيب [illegible]
اذا غلى واشتد وقذف بالزبد وقال ابو يوسف ومحمد [illegible] وان لم يقذف بالزبد ووجه قول
ابي حنيفة ان الاصل في العصير الاباحة [illegible] بدليل شرعي وقد دلت الدلالة على تحريمه اذا بلغ الى الحد
الذي قال ابو حنيفة وما قبل ذلك على اصل الاباحة ولانها اذا لم تقذف لم تبلغ غايتها فصارت كما قبل الغليان
ولان الخمر تتعلق بها الحدود والحدود تجب في المقصود من كل نوع وما لم يقذف العصير بالزبد فلم يبلغ الغاية
المقصودة من الشراب فلم يجز وجوب الحد فيه ووجه قولهما ان الحكم يتعلق بحدوث الشدة وذلك موجود اذا
غلى ولان القذف بالزبد انما يعتبر ليعرف به صفوا وعدم هذا المعنى لا يمنع من التحريم فاذا عرفنا الخمر على القولين
فالاصل في تحريمها قوله تعلى يسلونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس وقال في الاية الاخرى
قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والاثم والبغي بغير الحق وقد قيل ان الاثم من اسما الخمر وانشد فيه
شربت الاثم حتى زال عقلي كذاك الاثم يذهب بالعقول ه ويدل عليه قوله تعلى انما الخمر والميسر الاية
وقد روي ان عمر رضي الله عنه قال اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا فنزل قوله تعلى يسلونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم
كبير ومنافع للناس فقال اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا فانزل الله تعلى فهل انتم منتهون فقال انتهينا ؞ ولان
تحريمها قد علم ضرورة من النبي عليه السلام وانه كان يدعو الى ذلك ويتدين به كما يعلم انه تدين به وجوب
الصلوات الخمسة وصوم شهر رمضان ه واما نقيع الزبيب والتمر فحرام وقال شريك هما حلال والاصل فيه
ذلك قوله صلى الله عليه الخمر من هاتين الشجرتين وهذا يدل على ان ما كان منهما على حد الابتدا فهو جايز
وقد روي عن ابن مسعود انه سيل عن السكر يتداوى به من الصفر فقال ان الله لم يجعل شفاكم فيما حرم
عليكم والسكر نقيع التمر وقد علم من مذهب ابن مسعود القول باباحة نبيذ التمر فاذا زعم ان الله تعلى حرم التمر النيء
دل على انه اعتقد اباحة المطبوخ خاصة وهذا ابطل قول من قال ان ابا حنيفة خالف الاجماع في شرط الطبخ في
نبيذ التمر والزبيب فقال لان السلف اختلفوا على قولين فمنهم من قال بتحريمه بكل حال ومنهم من قال باباحته
بكل حال فمن شرط الطبيخ خالف اجماعهم لان تحريم ابن مسعود السكر مع اشتهار قوله في اباحة نبيذ التمر دلالة
على شرط الطبخ فيه واما عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه فهو حرام عندنا وقال حماد بن ابي سليمن
اذا طبخ حتى نضج فهو مباح وهو قول بشر المريسي وبعض المتكلمين وكان قول ابي يوسف الاباحة للمنصف وروي
مثله عن عمر وقال عمر رضي الله عنه يحل اذا ذهب ثلثاه وهو قول ابي حنيفة والدليل على تحريم طبيخ العصير اذا لم
يبلغ الحد الذي ذكرناه ما روي الشعبي عن جابر بن حصين الاسدي ان عمار اراه كتاب عمر بن الخطاب اليه يامره ان
يامر المسلمين بشرب العصير الذي طبخ فذهب ثلثاه وبقي ثلثه وان عمار اشربه وامر الناس به وقال هذا
شراب لم يكن نشربه حتى امرنا امير المومنين عمر رضي الله عنه ه وعن داود بن ابي هند قال قلت لسعيد بن المسيب
الطلا الذي احله عمر للناس ما هو قال الذي يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه ولا يجوز ان يقال انما اباح ذلك عمر لانه
قيل له انه لا يسكر وذلك لان عمر اباحه لدفع ضرر الطعام وذلك لا يكون مع الشدة والذي روي انه قال
حين ذاه ذهب حظ الشيطان منه ؞ وروي انه قال ذهب شيطانه وريح جنونه فلم يرد بذلك الاسكار
وانما اراد زوال المعنى الموجب للضرر وهذا معنى قوله ذهب حظ الشيطان منه واذا ثبت انه رضي الله عنه
حد في ذلك ذهاب الثلثين بحضرة الصحابة وكتب به الى الامصار من غير خلاف دل على ان ذلك حد الاباحة
ولان العصير انما يطبخ ادنى طبخ استصلاحا للخمر وحتى لا يفسد بالبقا واستصلاحها لا يجوز ان يكون سبب
ابيحتها واما العنب اذا طبخ فما هو عنقود روى الحسن عن ابي حنيفة انه يحل بادنى طبخ فوزن ذلك

للحسن برأي مالك فأنكره وقال سمعت أبا يوسف يحكي عن أبي حنيفة أنه لا يحل حتى يذهب ثلثاه وجه رواية الحسن
أن الزبيب إذا طبخ عاد إلى صفة العنب وحل بأدنى طبخ فإذا طبخ العنب فهو مثله وجه رواية أبي يوسف أن العنب
إذا طبخ فالعصير قائم فيه لم يتغير فطبخه قبل العصر كطبخه بعد العصر فلا يحل إلا بذهاب ثلثيه ∴ قال الخمر حرام
قليلها وكثيرها ومن شرب منها قليلا أو كثيرا أوجب عليه الحد صرفا شربها أو ممزوجة أما تحريم قليل الخمر وكثيرها
فلأن الدلائل التي قدمناها في التحريم لا تفصل بين القليل والكثير ولأنها محرمة عندنا بأسمها ولهذا قال ابن عباس
حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب والاسم موجود في القليل وأما وجوب الحد بها فلأن النبي عليه السلام حد
الشارب ولا خلاف في ذلك وأما الممزوجة فمتى كانت الخمر غالبة فالحد واجب لأن المقصود منها لا يزول فوجب
الحد كما لو شربها صرفا فأما إذا غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها فلا حد بشربها لأن المقصود من الشرب يزول
بهذا التغيير والحدود يجب في المقصود من كل نوع إلا أن شرب ذلك حرام لأن الحظر والإباحة إذا اجتمعا غلب الحظر
ولأنها نجسة عندنا والنجاسة إذا خالطت الماء لم يجز شربه ∘ قال محمد في الأصل في العصير الحلو لا بأس بشربه
فإذا غلى وقذف بالزبد لم يجز شربه ولم يجز بيع المسلمين له وذلك لأنه ما لم يغل فليس بخمر فهو على أصل الإباحة
فإذا غلى وقذف بالزبد صار خمرا فلم يجز شربه وأما بيعه فلا يجوز للمسلمين لما روي أن النبي عليه السلام لعن الخمر
ومشتريها قال محمد فإن طبخ بعدما غلى وقذف بالزبد لم يشرب منه وحد شاربه ولم يحل له الطبخ وذلك
لأن الطبخ حصل في العين المحرمة لا يؤثر في إباحتها كطبخ لحم الخنزير وإنما وجب الحد لأن الطبخ لا يغير اسمها
ولا يزيل معناها ∘ وليس كذلك إذا طبخ العصير حتى يذهب ثلثاه لأن الطبخ حصل في عين مباحة فتغيرت
عن هيئة العصير فحدثت الشدة فيها وليست بعصير فلذلك حلت ∘ وأما إذا طبخ العصير حتى يذهب نصفه
فإن الحسن روى عن أبي حنيفة أنه قال أكره شربه وأجيز بيعه ولا أحد منه إلا في السكر وكذلك محمد في الأصل
وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز بيعه ولا حد فيه أما كراهة شربه فلأن عمر رضي الله عنه شرط في الإباحة ذهاب ثلثيه وذلك
بحضرة الصحابة من غير خلاف وإذا لم يحصل شرط الإباحة لم يحل شربه ∘ وأما الحد فلا يجب بشربه لأنه ليس بخمر
ألا ترى أن المقصود بالخمر ما فيه من الرقة وذلك يزول بهذا القدر من الطبخ وإذا لم يتناوله الاسم لم يجب الحد
وأما البيع فوجه قول أبي حنيفة أنه شراب ليس بخمر فصار كنبيذ التمر وجه قولهما أنه شراب محرم كالخمر
وقد قال أبو حنيفة إن بيع الأشربة كلها جائز ما خلا الخمر وقال أبو يوسف لا أجيز بيع المسكر ولا نقيع التمر إذا اشتد
ونقيع الزبيب وهذا على ما بينا ∘ وأما إذا طبخ العصير حتى ذهب منه أقل من النصف عشرة أو أربعة فإن أبا حنيفة
قال لا يحل شربه إذا اشتد ولا أحد من شربه ويجوز بيعه وذلك لأن الطبخ يزيل اسم الخمر عنه وما ليس بخمر لا يجب الحد
بشربه ولأنه مختلف في إباحته والاختلاف شبهة في سقوط الحد ∴ ولأن الشراب المختلف فيه لا يحكم بفساد
العقد عليه عنده كمطبوخ التمر ∘ وأما الأشربة المباحة فعصير التمر والزبيب إذا طبخا حتى نضجا فهما حلال وقال
شريك هو حلال طبخ أو لم يطبخ وقال مالك والشافعي كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام أما الكلام على شريك
فما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين ∴ قال وهو في الابتداء ما كان من النخل والكرم على حكم الابتداء
فهو محرم بهذا الظاهر ما لم يطبخ وهو على حد الابتداء وأما المطبوخ فالأصل في إباحته ما روي أن ابن مسعود الأنصاري
أن النبي عليه السلام طاف بالبيت في حجة الوداع ثم استسقى من السقاية فأتي بشراب فشمه وقطب ثم دعا بماء فصبه
عليه وشرب منه وقال إذا اغتلمت عليكم الأشربة فاكسروا متونها بالماء وهذا يدل على جواز شرب النبيذ ومن حمل
ذلك على الحموضة فقد غلط لأن الخل لا يستقى في السقاية ولا يشربه الناس ويدل عليه ما روي أنه صلى الله عليه قال
كنت نهيتكم عن الأوعية ثم رأيت أنها لا تحرم شيئا فانتبذوا واشربوا ولا تشربوا مسكرا ∴ والأوعية المنهي
عنها هي التي تحدث في الشراب شدة فدل الإباحة بعد الحظر على جواز شرب النبيذ الشديد ما لم يسكر ∘ وروي
عن ابن مسعود أنه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم وشهدت الإباحة وغبتم فحكى الإباحة بعد الحظر والإباحة
بعد الحظر لا تكون إلا من صاحب الشريعة ∘ وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال إنا نأكل لحم الجزور ونشرب النبيذ الشديد
فيقطعه في بطوننا ∴ وروي أنه أتي بسكران فقال له إنما شربت من أداويك فطلب له مخرجا فلم يجد فحده ثم أخذ
الإداوة فشرب منها وقطب وقال هذا الذي قتله فهذا يدل على جواز شرب ما يسكر كثيره ولأن الأشربة كانت كثيرة
بالمدينة من غير العنب فكان الخمر قليله لأنها كانت تحمل من الشام وعند مخالفنا أن تحريم سائر الأشربة كتحريم الخمر ولو كان
كذلك لكان بيان تحريم سائر الأشربة كبيان تحريم الخمر أو أقوى فلما حرمت الخمر بطريق مقطوع به ولم يوجد مثل ذلك
في غيرها مع شدة الحاجة إلى العلم به دل على أنها لا يتساويان في التحريم ولأن كل نوع حرمه الله فقد أباح من نوعه
ما يستغني به عنه فلما حرم الخمر أباح ما يستغني به عنها وهي الأشربة المشتدة فلو قلنا بتحريم جميعها لم يتعوض عن تحريم
الخمر بما يستغني به وهذا خلاف الأصول ∘ فأما دعوى مخالفنا أن الأنبذة محرمة بتحريم الخمر لأن اسم الخمر يتناول
كل شراب مسكر فهو غلط لأن الخمر عند العرب عصير العنب إذا اشتد وما سواه خصوه باسم آخر وطريق العرب
في الفرق بين الأسامي أن يخصوا كل عين باسم فدل ذلك على نفي الأشربة إلا أن ينقل عنهم ما يعني الأشربة
وإذا لم يسم ذلك خمرا لم يدخل في الآية التي اقتضت تحريم الخمر ولأن الأمة أجمعت على تحريم أحد الأمرين غير الآخر حتى لا يجمع
على حكمين ضدين ∘ فأما قولهم إن الخمر إنما سميت بذلك لمخامرة العقل وهذا المعنى موجود في الشديد [illegible]

قد قيل إن الخمر سميت خمرا للتخمر ولو سلمنا ما قالوا لم يلزم أن يطرد العلة ألا ترى أنهم قد يسموا أعيانا بأسامي لم يخصوها
بها وإن وجد معناها في غيرها كما قالوا في الفرس الذي اجتمع فيه السواد والبياض أبلق ولم يقولوا للثوب أبلق
وقد قالوا للنجم نجما للظهور ولم يسموا كل ظاهر نجما ولا يمنع أن يسمى الخمر لمخامرة العقل ولا يسمى كل ما خامر العقل
خمرا ∘ فأما احتجاجهم بما روي عن النبي عليه السلام أنه قال كل مسكر خمر فقال يحيى بن معين إن هذا لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه
ولو ثبت لكان الجواب عنه أن النبي عليه السلام لا يعلمنا الأسامي إنما يعلمنا الأحكام فكأنه قال ما أسكر كثيره فحكمه حكم الخمر
وكذلك الجواب عما روي عن النبي عليه السلام أنه قال الخمر من النخل والكرم والحنطة والشعير والذرة ∘ فأما قولهم إن
العصير إذا حدث فيه شدة سمي خمرا فإذا زالت الشدة زال الاسم ولا يمتنع أن يسمى الشيء باسم لوجود معنى فيه ويخص الاسم به
فلا يسمون ما وجد فيه ذلك المعنى باسمه كما ذكرناه في الجنس فأما التزيد وما روي عن النبي عليه السلام أنه قال كل مسكر حرام وما
أسكر كثيره فقليله حرام وما أسكر الفرق منه فالجرعة منه حرام فلا دلالة لهم فيه لأنه يجوز أن يكون قبل الإباحة
وقد بينا أن الإباحة حدثت بعد الحظر ولأن المسكر ما حدث السكر عنه كما أن المولم ما حدث عنه الألم والسكر إنما
يكون من القدح الأخير دون غيره واليسير لا يحدث فيه سكر فلا يسمى مسكرا كما لا يقال الطعام مشبع وإن
حدث الشبع منه مع غيره فأما قوله صلى الله عليه ما أسكر كثيره فقليله حرام فصحيح على قولنا لأنه إذا شرب الكثير
فسكر فالمحرم منه ما حدث منه السكر وما قبله غير محرم فإذا المحرم في الحقيقة هو اليسير الذي يسكر كثيره
قالوا الشدة المطربة سبب للتحريم بدلالة الخمر ∘ والجواب أن الخمر لا يجوز أن يكون حرمت لهذه العلة
لأن قليلها وكثيرها حرام على وجه واحد وهذه العلة لا توجد في القليل ولا يقال إن الحكم يوجد بوجودها ويعدم
بعدمها لأن القليل منها إذا حرم بالطريق الذي حرم الكثير وهذه العلة لا توجد فيه دل على فسادها فإن وجد
الحكم بوجودها وعدم بعدمها ∴ ولأنه ليس تعليق الحكم بما قالوه أولى ممن قال العلة فيها أنها نيء مشتد فلا
يمكن أن يرد الحكم إلى المطبوخ والحكم يوجد بوجود هذه في الأصل ويعدم بعدمها فإن قالوا إن العلة عندنا
وجود هذا المعنى في الكثير فدل على أن تحريم الجنس لم يقع لأن الأصل أن الأحكام تعلل بعلل فيها لا في غيرها
فلا يجوز أن تعلل القليل بعلة توجد في غيره ∘ وأما الأنبذة من غير التمر والعنب مثل نبيذ العسل والحنطة والشعير
والذرة لا يعتبر فيه الطبخ لأن النبي عليه السلام قال الخمر من هاتين الشجرتين فخص التحريم بهما ولأن هذه أطعمة معتادة فلا يعتبر
الشدة فيها وحدوث السكر كما لا يعتبر المسكر الذي يوجد في الخبز الذي يوجد في بعض البلاد والسكر الذي يوجد
بشرب اللبن ∘ فصل وهذا مذهب أبي حنيفة في الأنبذة فأما قول أبي يوسف ومحمد فكان قولهما إن النبيذ
المطبوخ إذا كان لا يفسد بالبقاء عشرة أيام فصاعدا فهو حرام وإن كان يفسد فهو مباح وإن اشتد ثم رجع أبو يوسف
عن هذا إلى قول أبي حنيفة روى رجوعه محمد بن الحسن وبشر بن الوليد ومعلى وأما محمد فروي أنه وقف في ذلك
وقال لا أحرمه ولا أبيحه وقد روى الحسن عن أبي حنيفة في نبيذ [illegible] والحنطة والشعير إذا اشتد فهو
مكروه [illegible] ووجه رواية الحسن أن ما حدثت
فيه الشدة [illegible] لم يجز شربه كنقيع التمر والزبيب وقد ذكر محمد في الأصل في
نبيذ التوت والتين وقصب السكر والفانيد والناطف والقند والأرز قال لا أرى بأسا بذلك وكذلك ما كان في معنى ذلك
لا بأس بالشراب الذي يصنع من الكمثرى والشعير فيعتق وهذا على ما قدمناه ∘

باب ما يخرج من الكرم والنخل إذا طبخ

قال وما طبخ من الزبيب وما خرج من النخل فأنضجته النار فنبيذه لا بأس به [illegible]
[illegible] طبخ يسير بالنار وهو أدنى طبخ [illegible] من حكم الابتداء وقليل الطبخ
فيه [illegible] لأنه لا يجعل فيه [illegible] الشدة [illegible]
الخمر فأما عصير العنب فالمعتبر فيه أن يطبخ حتى يذهب ثلثاه [illegible]
[illegible]
[illegible] قال هشام عن أبي يوسف [illegible]
[illegible]
في العصير [illegible]
أنه قال ما يستخرج ماؤه [illegible] فهو حرام [illegible] فهو حلال [illegible] والزبيب يستخرج ماؤه [illegible]
فهو [illegible] وقد حكى الحسن عن أبي حنيفة في نقيع الزبيب [illegible]
في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف [illegible] وأما الخليطان [illegible]
بيعه عند أبي حنيفة فأما أبو يوسف فالصحيح من مذهبه أن بيعه لا يجوز لأنه شراب محرم وقال الحسن عن
أبي حنيفة لا بأس بالخليطين [illegible] عن النبي عليه السلام
أنه نهى عن الخليطين [illegible] من التوسع ولهذا روي أنه نهى عن الجمع

بين طرفين ولعنبين فاما الزبيب والعنب والتمر فيجب ان يعتبر فيه ذهاب الثلثين على رواية ابي يوسف ولهذا ذكر هذا
الحسن لانه روي عن ابي حنيفة اذا العنب كالتمر والزبيب يعتبر فيه ادنى طبخ وقد بين محمد في الاصل ان الزبيب والعنب
اذا اجتمعا ان المعتبر ذهاب الثلثين فالو طبخ العنب على حياله ٥ قال معلى في نوادره في ماء طبخ ثم القي فيه تمر فغلى قال
قال اذا كان التمر الذي فيه لو نبذ على حدة لكان منه نبيذ فلا خير في هذا النبيذ هذا مطبوخ ونقيع ولو لم يطرح فيه
تمر فطرح فيه زبيب مثله على حدة كان مثل ذلك وذلك لانه القي تمرا لم يطبخ بعد الغاية حتى ينضج وهو مما يثبت حكمه بنفسه
لكثرته فقد جمع بين المطبوخ والنقيع فلا يجوز ولما اذا كان يسيرا لا ينبذ بنفسه لم يعتد به لانه لا يحدث فيه الشدة
بانفراده فلا يعتبر حكم المطبوخ ٥ قال ولو صب قدح نقيع في خابية مطبوخ افسده وهذا صحيح لان النقيع المشتد
حرام والحظر والاباحة اذا اجتمعا فالحكم للحظر ٥

باب المسكر ما هو

قال رحمه هذا الباب ان المسكر ما حدث عنه السكر كما ان المشبع ما حدث عنه الشبع والمولم ما حدث منه الالم وهذا المعنى هو القدح
الاخير ولا يقال ان السكر لا يقع بالجزء الاخر الا بعد تقدم الجزء الاول فصار السكر بهما لان الاول لا يمتنع ان يكون سببا فالعلة ما
جاورها الحكم قال بشر عن ابي يوسف المسكر عندنا القدح الاخير ٥ قال بشر وكان ابو حنيفة يقول انما يحرم القدح الذي
اسكر وقال ابو يوسف ان قصد بطلب السكر فالاول عليه حرام والمقعد عليه حرام والمشي الى المقعد اليه حرام وذلك لان السكر
اذا كان محرما فما يتوصل به اليه في حكمه كما ان المشي الى الزنا محرم ٥ وروي محمد عن ابي يوسف عن ابي جهضم عن ابن عباس انه
قال الخامس المسكر هو الحرام وهذا ابو افق قولنا وليس يمتنع ان يختلف حكم كثير الشي وقليله كما ان القليل من الدم يعفى عنه
في الصلوة وكثيره يمنع منها وكما ان النفقة مباحة والسرف فيها محرم ٥ وقد قالوا ان شرب البنج يجوز للتداوي فاذا زال
العقل لم يجز ٥ قال ابو الحسن واعلم ان الروايات عن رسول الله صلى الله عليه بالتحريم ضربان احد الضربين تحريم لاجل ظرفه
وهو ما روي انه نهى عن الدبا والحنتم والنقير والمزفت ونحو ذلك وهذا الضرب منسوخ عندنا بسنة رسول الله صلى الله عليه
يعني انه ورد عنه انه قال كنت نهيتكم عن الظروف ثم رايت انها لا تحرم شيئا فاشربوا ولا تشربوا مسكرا ٥ قال
والضرب الاخر فالتحريم نفس المشروب وهو قوله كل مسكر حرام واختلف العلما فيما وقع عليه قوله كل مسكر
حرام فقالت طائفة هي الشربة التي تعقبها السكر وقالت الطائفة الاخرى ما اسكر كثيره فالسكر واقع على جميعه والقول
الاول اصح واختلاف المشهور عن الفقها واهل الحديث ثلثة اقاويل احدها ان ما اسكر كثيره فقليله وكثيره حرام
نيا كان او مطبوخا وقول ثاني وهو ان نيئ ذلك ومطبوخه حلال ما خلا ما يخرج من الكرم والنخل فان في ذلك حرام نيئه
وقليله ومطبوخه حلال الا الشربة التي تسكر ٥ وشرط بعضهم في مطبوخ العصير والزبيب ان يذهب بالطبخ
ثلثاه ويبقى ثلثه ولم يشترطوا في غير العصير والزبيب ذلك ٥ وسوى الفريق الاخر بين سائر ما يطبخ من ذلك
اذا غيرته النار عن حاله ونقلته عما كان عليه فاما نسخ التحريم بالظروف فحديث ابي بردة عن ابيه عن النبي عليه السلام
انه قال نهيتكم عن ثلث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحوم
الاضاحي ان تمسكوها فوق ثلث فامسكوها ما بدا لكم وتزودوا فانا انما نهيناكم ليتسع موسعكم على فقيركم وعن
النبيذ في الدبا والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان ظرفا لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر ٥
وروي ابن مسعود عن النبي عليه السلام نحو ذلك ٥ وروي ابو بردة بن نيار قال قال رسول الله صلى الله عليه اشربوا في الظروف ولا
تسكروا ٥ وذكر ابو الحسن عن نعيم بن حماد قال كنا عند يحيى بن سعيد القطان بالكوفة وهو يحدثنا في تحريم النبيذ
فجا ابو بكر بن عياش حتى وقف عليه فقال ابو بكر اسكت يا صبي حدثنا الاعمش عن ابرهيم عن علقمة قال شربنا
عند ابن مسعود شرابا صلبا اخره يسكر ٥ وحدثنا ابو اسحق عن عمرو بن ميمون قال شهدت عمر بن الخطاب حين طعن اتي
بنبيذ فشرب قال فتعجبنا من قول ابي بكر ليحيى اسكت يا صبي ٥ وذكر عن عبد الله بن الحرث قال خرج عمر بن الخطاب حاجا
او معتمرا فجعل له امير من الامرا طعاما فلم يبلغهم حتى اشتد النبيذ فاتى بالطعام فطعم ثم اتي بنبيذ زبيب
فلما شمه قطب ثم قال ان في زبيب الطائف لغراما ثم دعا بما فصبه عليه ثم شرب ٥ وعن سعيد بن المسيب ان ناسا
من ثقيف انواعهم وهو قريب من مكة فدعاهم ناس منه فاتوه بقدح من نبيذ فقربه الى فيه ثم دعا بما فصبه
عليه مرتين او ثلثا وقال اذا رابكم شرابكم فاكسروه بالما وعن علي رضوان الله عليه انه قال ان القوم يجلسون على
الشراب وهو لهم حلال فلا يزالون حتى يحرم عليهم وهذا يدل على اباحة ما يسكر كثيره وقال الشعبي فشهد عندي
عبد الرحمن بن ابي ليلى انه شرب نبيذا شديدا في الجرار الخضر عند البدرية من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وعن
الشعبي قال رزق علي عليه السلام طلاء من طلاء كانت فشرب منه رجل فسكر فجلده وقال عامر شرب رجل من اداوة
عمر فسكر فجلده عمر ثمانين ٥ وذكر عن ابن عباس انه قال حرمت الخمر لعينها القليل منها والكثير والسكر من
كل شراب ٥ وعن عبد الرحمن بن ابي ليلى قال شربت عند علي بن ابي طالب نبيذا فخرجت من عنده عند المغرب
فارسل معي قنبر مولاه يهديني الى بيتي وهذا محمول على انه شرب ما يظن انه لا يغيره فغيره ذلك وذكر ابو بكر
بن عياش عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه كل مسكر حرام فقلنا لابن عباس ان هذا النبيذ
الذي نشرب ليسكرنا قال ليس هكذا ان شرب احدكم تسعة اقداح فلم يسكر فهو حلال وان شرب العاشر فسكر
فهو حرام ٥ وذكر عن ابن مسعود قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت تحليله كما شهدتم فحفظت

وقال ابرهيم المسكر الشربة التي تسكر ٥ وعن الحسن بن علي عليه السلام انه سئل عن النبيذ فقال اشرب فاذا رهبت
ان تسكر فدع وروي ان رجلا اخذ بساق علي عليه السلام فقال افتني في النبيذ فقال اشرب ولا تسكر وذكر عن
الشعبي وابرهيم انهما كانا يشربان النبيذ المسكر وعن عطاء وابرهيم لا بأس في النبيذ الا من سكر وذكر الحكم
عن شريح انه كان يشرب الطلا الشديد والمنصف فذكرت ذلك لابرهيم فقال وما زال قد عابه ابرهيم فسقاه
اصحابه فمنهم من شرب ومنهم من كره شربه ٥ وذكر عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن نبيذ الجر فقالت
يا نساء المؤمنين انكن تسالن عن اوعية وظروف ما كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه فلتتق احديكن ولا تشرب
ما يسكرها فان اسكرها ماحبها فلتجتنبه ٥ وعن سعيد بن مسروق قال دعيت انا وبكر بن ماعز الى طعام فسقينا
نبيذ الدن فابيت ان اشرب قال فنظر الى نظرا علمت انه قد صغرني ٥ قال ابو الحسن فهولا الاكابر من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه واهل بدر علي وعمر وعبد الله بن مسعود وابو مسعود رضي الله عنهم قد ثبت عنهم ما ذكرنا من
تحليلهم شرب النبيذ وما روي عن علي عليه السلام من قوله ان القوم يجلسون على الشراب وهو لهم حلال فما
يزالون حتى يحرم عليهم فمعناه ان يبلغوا السكر وروي عنه انه رزق الناس الطلا فشرب منه رجل فسكر
فحده وما روي عن عبد الله بن مسعود فهو مصرح فان علقمة روي انه شرب عنده نبيذا صلبا اخره يسكر ٥
وقال ابو وايل شربت عنده نبيذا صلبا شديدا وقول عبد الله شهدنا تحريمه كما شهدتم ثم شهدنا تحليله
فحفظنا ونسيتم يدل على نسخ التحريم ٥ وحديث ابن عباس ما نوك لنا ظن شيخ حين قال حرمت الخمر لعينها
القليل منها والكثير والسكر من كل شراب فاخبر ان قليل الخمر وكثيرها حرام ما اسكر منه وما لم يسكر
وان السكر من غيرها هو المحرم خاصة دون ما سواه ٥ وقد روي ابن عمر وابن عباس كل مسكر حرام فاحتمل
قليل ذلك دليل على ان التاويل ما قلنا وهو ان المراد بالخبر ما يكون عنده المسكر فانظر في الاخبار فما ورد
فيها من ذكر الظروف فهو منسوخ وما كان بلفظ كل مسكر حرام فالتاويل فيه ما قد دللنا عليه وقد روي
لفظ اخر انه صلى الله عليه قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وروي ما اسكر الفرق منه فمل الكف حرام فلها
وجهان من التاويل احدهما رواه بشر عن ابي يوسف انه اذا جلس على الشرب يقصد السكر فالقليل والكثير
حرام والتاويل ما قدمناه ان المسكر جزء منه وهو ما احدث السكر وذلك حرام فاما الحجة في تحريم ما
لم يطبخ من التمر والزبيب فما رويناه عن ابن مسعود انه سئل عن السكر فقال لم يكن الله ليجعل شفاكم فيما
حرم عليكم فنص على تحريم السكر وهذا القطع لا يكون الا بنص لولا ذلك لم يقطع على الله تعالى به

كتاب الكفارات

قال الشيخ رفع الله قدره هذا كتاب افرده الشيخ ابو الحسن رحمه الله ولم يفرده اصحابنا وانما ذكروا الكفارات
متفرقة في مواضعها والذي فيه من المسائل قد مضت قال ابو الحسن قال الله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم
فابتدا بكفارة اليمين لانها اوسع الكفارات انواعا ولان البلوى بالايمان اكثر من البلوى باسباب الكفارات فاليمين
على ضربين احدهما على الماضي والاخر على المستقبل فما كان على الماضي على ضربين لغو وغموس ولا كفارة في واحد منهما وقد بينا
ذلك في الايمان ٥ واما المستقبل فهي اليمين المنعقدة والكفارة تتعلق بها لقوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان
فكفارته اطعام عشرة مساكين والكفارات تجب على وجهين احدهما على الترتيب ككفارة الظهار والقتل والاخر
كفارة الاذى وهو على التخيير وكفارة اليمين تجمع الترتيب والتخيير فالتخيير بين الاطعام والكسوة والعتق
والترتيب بين هذه الاشياء وبين الصيام والدليل على انه مخير بين الاشيا الثلثة ان الله تعالى ذكرها بلفظ او وظاهر
هذا اللفظ يفيد التخيير ولانه بدا بالاخف وختم بالاغلظ فلو كان مراده الترتيب لبدا بالاغلظ وختم بالاخف
فاما الاطعام اذا اختاره المكفر فهو اطعام عشرة مساكين كما قال الله تعالى ويجري في ذلك التمليك والتمكين فاما التمليك
فلا خلاف فيه واما التمكين فلان الله تعالى اوجب الكفارة بلفظ الاطعام وذلك يقتضي التمكين ولانه قال
من اوسط ما تطعمون اهليكم واطعام الاهل يكون بالتمكين دون التمليك في العادة واما صفة التمكين فهو
ان يغدي المساكين ويعشيهم في يوم فيحصل له الكفاف او يعشيهم ويعشيهم في يوم اخر او يغديهم
ويغديهم في يوم اخر او يعشيهم ويسحرهم جاز وذلك لان الاكل المعتاد الغداء والعشاء وهما اكلتان مقصودتان
فاذا اعشاهم في يومين او غداهم في يومين فهو كاكلتين في يوم واحد لا انه يجب ان يحصل في عدد واحد لان
الغداء والعشاء اقيم مقام ما يقع التمليك للمسكين ٥ ولو فرقه مسكين على مسكينين لم يجز فكذلك
اذا غدا واحدا وعشا اخر منه ٥ واما ان اختار التمليك اعطى كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او شعير وقال الشافعي مدا وقد بينا ذلك فيما مضى ٥ قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد قال
ابو حنيفة ان غداهم وعشاهم خبزا وادما او خبزا بغير ادم او سويقا او تمرا اجزى ذلك لان الله تعالى شبهه
باطعام الاهل فوجب ان يعتبر ما يقصد بالاكل في العادة وهذه الاشيا تقصد بالاكل فجازت في الكفارة ولان اطعام
الاهل قد يكون مادوما وقد يكون غير مادوم فكذلك طعام المساكين وقال ابن سماعة عن ابي يوسف ان اطعم
مسكينا [illegible] غداه وعشاه اجزاه من طعام مسكين وان لم ياكل الا رغيفا واحدا لان المقصود بالاطعام كفاية

المسكين في اليوم فلا معتبر بالوقت الكثرة ٥ ولان المقدار انما يعتبر في التمليك ليحصل فيه الكفايه المعتاده فاذا امكنه فقد حصلت الكفايه ٥ قال وان اعطاه اربعه ارغفه فان كان يعدل ذلك نصف صاع اجزاه وان لم يعدل ذلك لم يجز وذلك لان الخبز لا يجزي بنفسه فلا بد ان يكون قيمه للطعام فان وفي بقيمه نصف صاع والا لم يجز ٥ وقال ابو يوسف لو غدا عشره مساكين في يوم ثم اعطاهم مدا مدا اجزاه لانه جمع بين التمليك والتمكين وكل واحد منهما جايز ٥ ولان الغدا مقدر بنصف كفايه المسكين والمد مقدر بنصف كفايته فان اعطى عشرهم مدا مدا لم يجز لانه فرق طعام العشره على عشرين فلم يحصل لكل واحد منهما المقدار المقدر ٥ قال ولو اعطى قيمه العشا فلوسا او دراهم اجزاه لان القيمه في الكفاره تقوم مقام المنصوص عليه لما يحصل بها من منفعه المسكين ٥ وقال اصحابنا جميعا ان غدا مسكينا في يوم وعشاه فيه حتى فعل ذلك في عشره ايام متفرقه اجزاه ٥ قال هشام عن محمد وكذلك لو غدا رجلا واحدا عشرين يوما او عشى رجلا واحدا في رمضان عشرين يوما اجزاه وذلك لان سد الجوعه في ايام لواحد كسد الجوعه في يوم واحد لجماعه فاذا جاز احد الامرين جاز الاخر ٥ ولان الكفاره يعتبر فيها القدر والعدد فاذا جاز ان يتكرر الدفع في عين واحده لمساكين جاز ان يتكرر في مسكين واحد قال فان اعطى واحدا طعام عشره في يوم واحد لم يجزه وذلك لان تكرار الدفع مستحق فاذا اعطاه في يوم واحد فلم يتكرر الدفع ولم يمتنع ان يجوز الدفع المفرق ولا يجوز الدفع مجتمعا كما يجوز رمي الجمار اذا تفرق الرمي ولو رمى الجمار دفعه واحده لم يجز الا عن واحده ٥ وقالوا جميعا ان اعطى من الطعام المنصوص عليه بعضا عن بعض وهو اقل من كيله لم يجزه وذلك لان المنصوص عليه في الاطعام يقصد به معنى واحدا واذا اخرج التمر عن الحنطه وقع عن نفسه كما لو اخرج الحنطه عن الحنطه واذا وقع عن نفسه اعتبر كيله ٥ قال والغرض من الطعام من البر وما يخرج منه من الدقيق والسويق لان المقصود بالحنطه دقيقها او سويقها فاذا دفع ذلك فقد وفاه المقصود واسقط عنه مونه الطحن ٥ فاما الارز والذره والجاورس فيجوز عن المنصوص بالقيمه فلا يعتبر تمام كيله لان النص لم يتناوله فصار كالدراهم وذكر عن علي رضي الله عنه قال كفاره اليمين لكل مسكين نصف صاع من حنطه وعن عمر رضي الله عنه قال لكل مسكين مدان من حنطه او صاع من تمر او شعير وعن عايشه في كفاره اليمين نصف صاع بر او صاع تمر لكل مسكين وذكر عن الحسن انه يجوز الغدا والعشا في كفاره اليمين وعن سعيد بن المسيب قال لكل مسكين مدان او صاع من تمر وعن ابي مالك قال كفاره اليمين نصف صاع من بر لكل مسكين وعن ابن عباس لكل مسكين مدان من حنطه بغير ادام وهذا قول مشهور عن السلف فلم يقع خلافه ٥

باب الكفارة بالكسوة

قال ابو الحسن رحمه الله اذا اختار المكفر الكسوه كسا عشره مساكين فادنى الكسوه ثوب جامع لكل مسكين قميص او كسا او ملحفه او ازار او جبه او قبا ٥ ولا يجزي في ذلك العمامه ولا القلنسوه ولا السراويل وروى ذلك ابن سماعه وبشر وعلي عن ابي يوسف ورواه الكيساني عن محمد في املايه وروى هشام عن محمد ان السراويل لا يجزي قال وان كان الازار صغيرا لم يجزه وان كان كبيرا اجزاه ٥ والاصل في هذا ان الله تعالى اوجب الكفاره بلفظ الكسوه فما يتناوله الاسم يجزي وما لا يتناوله لا يجزي والقميص والملحفه والجبه والقبا يقال للابسها مكتسي فتجزي في الكفاره فاما القلنسوه والخف فلابسها لا يسمى مكتسيا فلا تجزي لانها كسوه الراس كالقلنسوه ولان اطلاق الكسوه لا يتناولها ٥ فاما السراويل فالصحيح عندهم انه لا يجوز لان لابسه يقال عريان فلم يتناوله اسم الكسوه وقد روي عن محمد انه قال يجوز لان الصلوه تجزي فيه فصار كالقميص ٥ قال ابو يوسف ولا يجزي الكسوه عن الطعام الا بالنيه ومعنى ذلك اذا اعطى عن الكسوه وكان قيمه الطعام جاز عن الطعام وان لم ينو وجه قول ابي يوسف ان البدل لا يجزي الا بالنيه ولم ينو البدل وانما قصد ان يجزي الكسوه نفسها فلم يجز عن الكسوه لانها ليست كامله ولم يجز عن الطعام لانه لم يقصد بدله وجه قول محمد انه نوى كما اعطى التكفير وذلك لا يجوز الا على وجه القيمه للاطعام فكانه نوى ذلك وقد قالوا انه لو اعطى المساكين دراهم ينوي بالكفاره وهي لا تبلغ قيمه الكسوه وتبلغ قيمه الطعام جازت عن الكسوه لانها لا تكون الا بدلا فاذا اخرجها بنيه الكفاره فانه نوى البدل وليس كذلك الكسوه على قول ابي يوسف لانها تجزي عن نفسها تاره وعن غيرها اخرى فلم يقصد باطلاق اخراجها البدل فلا يكون بدلا الا بالنيه ٥ وقال ابو يوسف لو ان رجلا عليه كفارة يمين فاعطى عشره مساكين مسكينا نصف صاع حنطه ومسكينا صاعا من شعير ومسكينا صاعا من تمر ومسكينا او غدى مسكينا او عشاه لم يجزه ذلك حتى يجمع عشره كما امر في الطعام نصف صاع من بر او صاع من شعير وذلك لان الكفاره اما ان تكون عن الاطعام او الكسوه فاما الجمع بينهما فهو نوع رابع فلا يجوز لكنه اذا اختار الاطعام جاز ان يعطي مسكينا حنطه ومسكينا شعيرا لانه اسم الاطعام يتناول جميع ذلك ٥ واما اذا اعطى نصف صاع تمر جيد يساوي نصف صاع من بر لم يجز لان التمر منصوص عليه في الاطعام كالبر فلا يجزي احدهما عن الاخر ولا يجزي عن التمر ويجزي التمر عن الكسوه لان المقصود لكل واحد منهم غير المقصود بالاخر فصار الجنسين المختلفين فجاز ان يخرج احدهما عن الاخر بالقيمه وذكر ابو الحسن عن الزهري في قوله تعالى او كسوتهم قال ازار فصاعدا لكل مسكين ٥ وعن ابي موسى الاشعري انه كسا ثوبا ثوبا وعن ابرهيم قال لكل مسكين ثوب جامع عباه وعمامه وعن ابن عباس ثوب ثوب لكل انسان وقد كانت العباه يومئذ تقضى من الكسوه وعن مجاهد قال ادناه ثوب واعلاه ما شئت وذكر ابن سيرين ان ابا موسى الاشعري كسا عشره مساكين في كفارة اليمين ثوبين ثوبين من معقد البحرين

وعن الحسن قال ثوب ثوب وعن ابن سيرين والحسن قالا ثوبان لكل مسكين يعني علي بن ابي طالب نحو ذلك نفسا ٥ وعن عطا قال كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه يعطون في كفارة اليمين المساكين في الكسوه عباه لكل مسكين ٥

باب الكفارة بالعتق

واذا اعتق الرجل عن يمينه عبدا صغيرا او كبيرا مسلما او كافرا اجزاه اما الصغير فلقوله تعالى فتحرير رقبه وهذا عام في الصغير والكبير ولانها رقبه كامله الرق والاعضا كالكبير ولا يقال ان الصغير ليس لاعضايه منفعه فهو كالزمن لان الصغير منافع اعضايه كامله وانما فيه ضعف فصار كالكبير الضعيف ولا يقال انه لا اطعام للصغير لا يجوز فكذلك العتق لان الاطعام يجزي للصغير على طريق التمليك ٥ وانما قالوا لا يجوز تمكين الصغير لانه لا ياكل الاكل المعتاد ٥ اما الكافر فيجزي في كفاره اليمين والظهار وقال الشافعي لا يجوز لنا قوله تعالى فتحرير رقبه وهذا عام ولانها رقبه كامله الرق والاعضا فجازت في الكفارات كالمسلم ٥ ولا يلزم كفاره القتل لان التعليل لجوازها في الكفارات دون التعيين ٥ ولا يجوز ان يقاس كفاره اليمين على كفاره القتل لان قياس المنصوص على المنصوص لا يجوز عندنا ولان شرط الايمان في كفاره الظهار واليمين زياده في النص وذلك لا يجوز عندنا بالقياس ولا بخبر الواحد فلو قسنا على كفاره اليمين لزدنا في النص بالقياس ولا يقال ان هذا تخصيص وليس بزياده لان من جوز الرقبه المومنه لم يجوزها لانها رقبه حتى ينضم اليها الايمان وهذا معنى قولنا انه زياده ٥ فان اعتق حملا لم يجزه وان ولد بعد يوم حيا وذلك لان الحمل ناقص الخلق ما لم ينفصل الا ترى انه لا يبصر فصار كعتق العبد الاعمى ٥ قال وان اعتق مدبرا او ام ولد لم يجزه وذلك لان رقهما ناقص الا ترى ان حق الحريه منع من جواز التصرف فيهما والمستحق عليه عتق رق كامل ولان حق الولا ثابت لهما كالتدبير والاستيلاد فاذا اعتقهما لم يثبت الولا بالعتق وانما يثبت بالسبب السابق والعتق المستحق في الكفاره هو الذي يوجب الولا ٥ فاما المكاتب اذا ادى شيا لم يجز عتقه لانه سلم للمولى عوض عن رقه فاذا اعتقه مع سلامه العوض صار كالعتق ببدل ٥ واما اذا لم يود شيا فلم يسلم له بدل عن رقبته وانما هنالك قربه متعلقه بشرط حال الحيوه فيصير كما لو علق عتقه بدخول الدار ٥ قال ولو اعتق عبدا اعورا او مقطوع احدى اليدين او الرجلين او اليد والرجل من خلاف اجزاه وذلك لان منفعه الجنس باقيه فصار كالمقطوع الاصبع والمشجوج ٥ واما الاعمى والمقطوع اليدين او المقطوع اليد والرجل من جانب واحد فلا يجزي لان منفعه الجنس معدومه فصار كالميت واما المجنون والمغلوب فلا يجزي لان منفعه الجنس معدومه ٥ ولان الجنون يبطل منافع جميع الاعضا واما الاصم فالقياس ان لا يجوز لان منفعه الجنس معدومه وفي الاستحسان انه يجوز لانه يسمع اذا بولغ في الصياح فدل على ان منفعه الجنس لا تعدم وانما ينقص وقد قيل ان السمع لا يفوت الا في الاخرس وذلك لا يجوز في الكفاره قال ولا يجوز المفلوج اليابس الشق لان منفعه البطش معدومه ٥ قال والعبد بين رجلين اذا اعتق احدهم حصته لم يجز وان كان المعتق موسرا فضمنه شريكه فانه لا يجزي عند ابي حنيفه ويجزي عند ابي يوسف ومحمد اما اذا كان المعتق معسرا فلا يجوز عتقه لان السعايه تجب على العبد في نصيب الشريك فيصير كالعتق بعوض فلا يجزي وان ابرى من العوض ٥ واما اذا كان موسرا فعند ابي حنيفه ان العتق يتبعض فاذا اعتق احدهما عتق نصيبه واستحق النصف الاخر حق الحريه وذلك نقص فيه وهذا النقص لم ينصرف الى الكفاره فاذا ضمن فاعتق الباقي فكانه اعتق عبدا الا اشيا ٥ وليس كذلك اذا كان العبد كله له فاعتق نصفه ثم اعتق باقيه لان عتق النصف اوجب نقصا في النصف الاخر وذلك النقص انصرف الى الكفاره لانه على ملكه فاذا اعتق الباقي فصار كمن اعتق النصف وزياده جزء ثم اعتق الباقي واما على قولهما فالعتق لا يتبعض فاذا اعتق احدهما وهو موسر عتق الجميع فلم يلزم العبد سعايه فكانه ملكه ابتدا ثم اعتقه ٥ قال واذا اشترى اباه ينوي به العتق عن يمينه اجزاه استحسانا وكذلك لو وهب له او اوصى له به فمات ورثه ونوى به العتق عن يمينه لم يجزه وجه القياس ان عتق الاب مستحق لغير الكفاره كام الولد وجه الاستحسان ان السبب الذي يتعلق به الحريه من جهته هو الشرى وقد وجد مقارنا لنيه الكفاره فصار كما لو اعتق عبدا عن كفاره يمينه ٥ وانما استوى الشرى والهبه والوصيه لان الملك يقع في جميع ذلك بفعله وتقارنه النيه فيصير كالعتق ٥ واما الميراث فيدخل في ملكه بغير قبول فلا يوجد من جهته سبب الحريه فلا يجزيه ٥ وليس هذا كمن قال لعبد ان اشتريتك فانت حر ثم اشتراه ينوي به الكفاره لان سبب الحريه من جهته اليمين السابقه وقد وجدت غير مقارنه لنيه الكفاره فلم يجز عن الكفاره ٥ قال واذا قال الرجل فلان حر يوم اشتريه عن يميني ثم اشتراه ينوي به ذلك فانه يجزيه لان سبب الحريه من جهته هو اليمين وقد قارنتها نيه الكفاره ٥ قال ولو ان رجلا اعتق عبدا له في رقبته دين فاختار الغرما ان يستسعوا العبد اجزاه وذلك لان الرقبه كامله الرق والسعايه ليست ببدل عن الرق وانما هي دين لزم العبد قبل الحريه فلا يمنع من جواز العتق وكذلك لو اعتق عبدا رهنا فيستسعى العبد بالدين فانه يرجع به على المولى ويجوز العتق لان الرقبه كامله وهذه السعايه ليست بدل الرق وانما هو دين لزمه على المولى ٥ قال ولو ان رجلا اعتق عبدا بينه وبين رجل عن يمينه لم يجزه لان العتق يجب صرفه الى واحد فاذا فرقه في شخصين صار كمن اعطى اطعام مسكين الى اثنين ٥ ولان المقصود بالعتق تخليص

الرقبه من الرق فاذا اعتق نصف عبد بن فلم يخلص احدا منهما ٥ قال ولو ان شاتين بين رجلين فذبحاهما عن نسكهما اجزاهما لان الشركه في النسك يجوز اذا اصاب كل واحد منهما مقدار شاه الا ترى انه يجزيه سبع بدنه و نصف شاتين يحصل به في المعنى شاه ٥ قال ولو اعتق عبد احلال الدم عن يمينه اجزاه لانه اضاف العتق عن الكفاره الى الشرى فكانه نوى الكفاره عند الشرى ٥ قال ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر عن ظهاري ثم قال بعد ذلك ان اشتريته فهو حر عن قتلي ثم اشتراه فهو حر عن الظهار وذلك لان اليمين بالعتق لا يلحقها الفسخ فاذا نوى بها الظهار ثم نوى القتل فقد فسخ حكم اليمين الاولى وذلك لا يجوز ٥ و لو قال ان اشتريت فلانا فهو حر تطوعا ثم قال ان اشتريته فهو حر عن ظهاري ثم اشتراه كان تطوعا لان اليمين الاولى لا تنفسخ و قد وجدت غير مقارنه لنيه الكفاره ٥ قال ولو اعتق نصف عبد عن ظهاره و اطعم ثلثين مسكينا لم يجزه وذلك لان الله تعالى اجاز العتق وجعل الاطعام في كفاره الظهار بدلا منه فلا يجوز الجمع بين البدل والمبدل عنه ولان الكفاره اما العتق او الاطعام بكماله ولم توجد واحد منهما ٥

باب في اعطا اهل الذمه المساكين من الكفاره

قال واذا اعطى مساكين اهل الذمه من الكفاره اجزاعنه في قول ابي محمد عن ابي حنيفه وهو قول محمد وقال ابو يوسف في رجل قال لله علي اطعام عشره مساكين فاطعم عشره مساكين من اهل الذمه فانه يجزيه في قياس قول ابي حنيفه وقال ابو حنيفه لا يجزي ان يطعم اهل الذمه في كفاره قتل او ظهار او افطار في رمضان او يمين او جزا صيد فانه لا يجزي في القياس في قول ابي حنيفه من قبل انه هذا واجب ولا يجزي الا على فقرا المسلمين وقال ابو يوسف لا يجزي شي من ذلك بيد فقرا اهل الذمه من صدقه فطر ولا غيرها من قبل انه هذا واجب فاما قوله لله علي فانه يجزي استحسانا وليس بقياس وقال ابو يوسف فيمن قد تحرى بدنه في متعه او تطوع اجزاه ان يطعم منها فقرا اهل الذمه واغنياهم و قال في كتاب الزكوه قال ابو حنيفه لا يعطي من الزكوه الا مسلما وان اعطاها ذميا او حربيا لم يجزه ٥ فاما الكفارات فتجوز على فقرا اهل الذمه ولا يجوز على فقرا اهل الحرب وقال محمد عن ابي حنيفه تجزي الصدقه على اهل الذمه من ساير ما في القران الا زكوه المال ٥ وجه قول ابي حنيفه ومحمد المشهور انها صدقه ليس للامام حق في اخذها كالتطوع ولانها لم تجب بسبب من جهه الله ابتدا كالنذر وجه قول ابي يوسف انها صدقه وجبت بايجاب الله تعالى كالزكوه واما الزكوه فلان النبي عليه السلم قال امرت ان اخذ الصدقه من اغنيايكم و اردها في فقرايكم ٥ ولا تحق الاخذ فيها الى الامام وهو قايم مقام المسلمين فدل على انها حق لهم ٥ والذي ذكر ابو يوسف في بدنه التطوع والمتعه فصحيح لان الصدقه بلحمها غير واجبه فجاز دفعها الى اهل الذمه كما يجوز للاغنيا ٥ قال ولو ان رجلا اعتق في دار الحرب عبدا حربيا لم يجزه عن كفارته وذلك لان العتق لا يقع عند ابي حنيفه لوجود ما ينافيه فاذا لم يعتق لم يجز عن الكفاره ٥

باب كفاره الظهار و القتل

قال الله تعالى في كفاره الظهار فتحرير رقبه من قبل ان يتماسا الى قوله فاطعام ستين مسكينا فجعل الله هذه الكفاره مرتبه من انواع ثلثه وشرط فيها عدم المسيس و لم يشترط ذلك في الاطعام و العتق الواجب كالعتق الواجب في كفاره اليمين وقد بيناه ٥ واما شرط المسيس فلا يجوز له ان يقربها حتى يعتق لقوله تعالى فتحرير رقبه من قبل ان يتماسا واما الصوم فهو صوم شهرين متتابعين فلا يجوز الا قبل المسيس فاما الاطعام فهو اطعام ستين مسكينا يعتبر قدره وصفته ما يعتبر في الاطعام في كفاره اليمين ولا يجوز ان يقدم المسيس على الاطعام عندنا وقال مالك يجوز ذلك وقد بيناه في الطلاق ٥ واما كفاره القتل فقال الله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبه مومنه ودية مسلمه الى اهله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فجعل الله تعالى هذه الكفاره من نوعين وشرط في الرقبه الايمان و لم يشترط ذلك في كفاره الظهار فجعل اصحابنا تلك الكفاره مطلقه والعتق في هذه مقيده بالايمان و لم يحملوا احدهما على الاخر لان المنصوصات لا يقاس بعضها على بعض فاما سوى الايمان من الشرايط فهو ككفاره اليمين واما الصيام فشهرين متتابعين كالصوم في كفاره الظهار وليس في هذه الكفاره اطعام لانا لو اقمنا الاطعام فيها بدلا عن الصيام اثبتنا كفاره بقياس ومن اصلنا ان الكفاره لا تثبت بالقياس قال وما يبطل الصوم في بعض الكفارات يبطله في باقيها الا في حيض المراه وذلك لان الصومين بدل واحد منهما كالاخر الا ان عدم المسيس شرط في كفاره الظهار فاذا حصل في خلال الصوم ابطل التتابع ولا يوجد ذلك في بقيه الكفارات ٥

باب ما يجب فيه الطعام مكان الصيام وما لا يجب وما يجزي فيه الطعام وما لا يجزي ٥

قال محمد في الزيادات فيمن لم يقدر على صوم رمضان من علة مرض او حمل كان بالمراه او كانت مرضعا فخافت على ولدها فاراد واحد منهم ان يطعم مكان كل يوم مسكينا لم يجزه ذلك ولكنه يوخر الصيام حتى يقدر ٥ ثم يصوم وانما يجزي الطعام عن الصيام في وجه واحد الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الصوم ولا يطمع له في ذلك حتى يموت فهذا يطعم ان يطعم مكان كل يوم نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير وذلك لان المريض والحامل وان عجزا عن الصوم فالقضا مرجو لهما والله تعالى امرهما بتاخير الصوم مع العجز الى حين القدره لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر فلما امرهما بتاخير الصوم لم يكن لهما

عن العدول الى الاطعام مع بقا حكم الاصل ٥ فاما الشيخ الذي لا يرجى له القضا فقد عجز عن الاصل في الحال والثاني فسقط الصوم عنه فلذلك جاز ان ينتقل الى الاطعام وقد دل على هذا قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فديه روي عن ابن عباس انه قال وعلى الذين يطوقونه اي لا يطيقونه فديه ويقوم الاطعام مقام الصوم في وجه اخر وهو ان من مات وعليه قضا رمضان فاوصى به اطعم عنه لكل يوم نصف صاع لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من مات وعليه قضا رمضان اطعم عنه وليه ٥ ولان الصوم سقط في حقه فجاز ان ينتقل الى ما قام مقامه وانما صفه الاطعام الذي يقوم مقام الصوم فان تطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير فيعتبر في ذلك ما يعتبر في الكفارات لان الله تعالى جعل سد جوعه المسكين في مقابله المشقه التي تلحق الصايم بالصوم وانما اعتبرت الوصيه في قضا رمضان لان الفرض عندنا تسقط بالموت وانما تجب بالوصيه عباده مبتداه فاذا لم يوص لم يجب فان احب ورثته ان يتبرعوا عنه بالاطعام جاز لان سعدا قال للنبي صلى الله عليه وسلم ان امي افتلتت وانها كانت تحب الصدقه افاتصدق عنها فقال نعم وهذا يدل على ان فعل الوارث يقوم مقام فعل المورث في القرب وان لم يامره بذلك ٥ قال ولو ان رجلا وجبت عليه الكفاره ليمين فلم يجد ما يعتق ولا ما يكسو ولا ما يطعم عشره مساكين وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم ولا مطمع له فيه فاراد ان يطعم عن صيام ثلثه ايام ثلث مساكين او مات فاوصى ان يطعم عنه ذلك لم يجز ان يطعموا عنه ولا يجزيه الا ان يطعم عشره مساكين وذلك لان الصوم بدل فلا يجوز ان يقيم الاطعام مقامه في القياس لما في ذلك من اثبات بدل بقياس ولان الله تعالى جعل هذه الكفاره ثلثه انواع خيره فيها وجعل لها بدلا وهو الصوم فلو اثبتنا للصوم بدلا صارت خمسه انواع وهذا خلاف النص ٥ ولان اصل الفرض فيها العتق او الاطعام او الكسوه وانما قام الصوم مقام ذلك فاذا عجز عن الصوم بقي اصل الفرض عليه فاذا اراد ان يطعم وقع الاطعام عن المستحق فلم يجزه اقل من عشره مساكين ٥ قال ولو لم يوص فاحبوا ان يتبرعوا عنه لم يجزهم اقل من اطعام عشره مساكين او كسوتهم لانهم انما تبرعوا بالواجب عليه وقد بينا ان الواجب مقدر بذلك ٥ قال ولا يجوز ان يعتقوا عنه لان العتق اذا تبرع به الانسان عن غيره وقع عن المعتق دون المعتق عنه وانما يقع عن المعتق عنه اذا شرط العوض عنه اما الاطعام فيجوز عن الغير وان لم يشترط العوض كمن قال لغيره اطعم عن كفاره يميني ٥ قال ولذلك القايل اذا لم يجد رقبه وكان شيخا كبيرا لا يقدر على الصوم فاراد ان يطعم عن الصوم ثلثين مسكينا لم يجزه ولذلك لو اوصى لان الصوم بدل في هذه الكفاره فلا يجوز ان يثبت له بدل بقياس ولانه اذا عجز عن الصوم سقط فبقي الخطاب بالعتق ولا يجزي الاطعام عنه وكذلك المتمتع اذا لم يجد الهدي و لم يقدر على الصوم لم يجز ان يطعم مكان الصيام لان الصوم بدل فلا يجوز ان يثبت عنه بدل بقياس ولان الصوم اذا سقط عاد الى الهدي فلا يقوم الاطعام مقامه والدليل على ان من عجز عن الصوم ففرضه المبدل انه لو استدان فاعتق او اهدى جاز قال وكذلك المحرم اذا وجبت عليه كفاره الاذى فلم يجد الهدي ولا الاطعام لسته مساكين و لم يقدر على الصوم فاراد ان يطعم عن ثلثه ايام ثلث مساكين لم يجز لان الصوم سقط بالعجز عاد الى فرض الاصل الذي هو الاطعام فلم يجز اقل من سته مساكين ٥ قال والتمكين جايز في هذه الكفارات كلها عند ابي يوسف وقال محمد ما اوجبه الله بلفظ الاطعام جاز فيه التمكين وما اوجبه بلفظ الصدقه لم يجز فيه الا التمليك وجه قول ابي يوسف ان المقصود بالتكفير سد خله الفقير وهذا المعنى موجود في التمكين ولانها كفاره فجاز فيها التمكين ككفاره اليمين وقد روي عن ابي يوسف ان التمكين يجوز في الزكوه لان المقصود بها سد خله الفقير وقد روي عنه ان التمكين لا يجوز فيها لان التمكين اباحه والزكوه من شرطها التمليك ٥ وجه قول محمد ان الصدقه اسم للتمليك فلا تقوم الاباحه والتمكين مقامها وليس كذلك الاطعام لانه اسم للاباحه والتمكين ٥

باب

قال هشام فقال سالت محمدا عن رجل اوصى ان يطعم عنه عشره مساكين كفاره عن يمين فغدا الموصى عشره ثم ماتوا فقال محمد يغديه و يعشي غيرهم ولا يضمن الوصي شيا وذلك لان الكفاره يعتبر فيها حصول الطعام للمساكين ليستوفي كل واحد منهم قوت يوم ولا يجوز ان يفرق قوت يوم على اثنين فاذا غدى عشره وماتوا فقد تعذر اكمال الكفاره في حقهم فلم يجز ما اعطاهم ووجب الاستيناف ولا يضمن الوصي لانه غير متعد في الدفع الا ترى انه فعل ما امر به وانما فات الجواز بالموت وذلك ليس من فعله ٥ قال ولو قال اطعموا عني عشره مساكين غدا وعشا و لم يسم كفاره فغدا عشره ثم ماتوا قال يعشي عشره غيرهم وذلك لان المامور به هاهنا ليس بكفاره فاذا فرق المدفوع جاز كالنذر ٥ قال هشام سمعت ابا يوسف يقول اذا كان للرجل فضل في مسكنه عن الكفاف يبلغ زادا او راحله فعليه الحج وان لم يكن له فضل عن مسكنه يبلغ ذلك وكان له فضل عن كسوته وكان له فضل عن خدمته عن الكفاف يبلغ زادا او راحله فعليه الحج قال وعليه كفاره اليمين في جميع ما ذكرنا اذا كان الفضل مايتي درهم فصاعدا وذلك لان الحج يجب على المستطيع ومقدار ما يحتاج اليه السكنى والكسوه غير محتسب عليه كما لا يحتسب بقوته فاذا كان في ذلك فضل عن الحاجه فهو مستطيع للحج من غير ضرر فيجب عليه ٥ واما الكفاره اذا كان في مسكنه من كسوته فضل لم يجزه الصوم لانه يقدر على الاطعام من غير ضرر الا ان ابا يوسف اعتبر ان يكون الفضل يساوي مايتي درهم وهو حد الغنى في الشرع

الا ترى ان هذا القدر هو المعتبر في وجوب الفطره فكذلك الكفاره ٭ فاما على هذه الروايه فاذا كان الفضل يبلغ الكسوه او الاطعام وجب عليه لان الله تعالى جوز الانتقال الى الصوم لمن لم يجد ما يطعم ولم يعتبر في ذلك الغنى وهذا واجد فاما اذا كان عنده عبد ليس فيه فضل عن خدمته فلا يجزيه الصوم وذلك لان الحاجه الى خدمه العبد ليست عامه في الناس لان اكثرهم بلا عبيد فلا يعتبر الحاجه التي لا تعم ضرورتها كما لا تعتبر الحاجه الى ما زاد على اللفافتين في الكسوه فاما المسكن والكسوه فالضرر يلحق في بيعها فاعتبر الفاضل منها عن الحاجه وكذلك قالوا في الثياب اذا كانت تفضل عن حاجته والطعام اذا فضل عن حاجته ٭ قال بشر عن ابي يوسف اذا جعل الرجل على نفسه ان يطعم عشره مساكين ولم يسم فعليه ذلك ٭ فان اطعم خمسه لم يجزه وذلك لان النذر محمول على اصله في الفرض وما اوجبه الله تعالى لعدد من المساكين لا يجوز دفعه الى بعضهم الا ان يكرر عليهم في الايام فكذلك النذر ٥ قال ولو قال لله علي ان اتصدق بهذه الدراهم على مسكين فتصدق بها على واحد اجزاه لان الصدقه التي فرضها الله تعالى لا تتقدر بعدد المساكين في الدراهم بدلاله الزكوه ٥ قال ولو قال لله علي ان اطعم هذا المسكين هذا الطعام بعينه فاعطاه غيره اجزاه والافضل ان يعطيه لان الصدقه المتعلقه بالمال المعين لا يتعين فيها المساكين بدلاله الزكوه ولانه لما عين الطعام صار هو المقصود فلم يعتبر تعيين الفقير ٥ ولو قال لله علي ان اطعم المسكين شيئا سماه ولم يعينه فلا بد من ان يعطيه الذي سماه لانه لما لم يعين المنذور صار تعيين الفقير مقصودا فلم يجز ان يعطي غيره قال ولو قال لله علي طعام عشره مساكين وهو لا ينوي ان يطعم عشره لكنما ينوي ان يعطي واحدا ما يكفي عشره اجزاه وذلك لان الطعام اسم للقدر فكانه اوجب مقدار ما يطعم عشره فيجوز ان يطعم بعضهم ولو قال لله علي اطعام عشره لم يجز الاقتصار على بعضهم لان الاطعام عباره عن فعله فلا بد من تكرار الفعل ٥ قال فان لم يكن له نيه فهو على العدد فيهما لان اطلاق النذر في الاطعام محمول على اصل الفرض ٥ قال فان قال لله علي ان اتصدق بهذه الدراهم يوم يقدم فلان وقال ان كلمت فلانا فعلي ان اتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وقدم فلان اجزاه ان يتصدق بالدراهم الواحد عنهما جميعا وكذلك الصيام اذا سمى يوما بعينه وذلك لان الواجب يجوز ان يتعلق بشرط واحد ويجوز ان يتعلق باحد شرطين فاذا اوجب صوم يوم ان قدم فلان واوجبه ان دخل الدار فوجد الشرطان لم يجب اكثر من صوم واحد ويجزي عن النذرين وصار كمن قال لعبده ان دخلت هذه الدار رجل فانت حر ثم قال ان دخلها زيد فانت حر فدخلها زيد عتق عبده بمقتضى اليمين كذلك هذا ٥ قال ولو قال ان كلمت فلانا فعلي ان اتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه ان يتصدق بها ٥ فان اعطاه من زكوه ماله او من كفاره يمينه فعليه اخر مثلها لان الوجوب تعلق بها فاذا اخرجها عن واجب لم يتعين فيه بقي النذر في ذمته بحاله فعليه ان يتصدق بعوضه كما لو انفقه وليس كذلك الفصل الاول لان كل واحد من النذرين تعين فيه فلذلك جاز عنهما ٥ قال ولو قال ان قدم فلان فلله علي ان اصوم يوم الخميس ثم صام يوم الخميس من قضا رمضان او كفاره يمين او تطوعا فقدم فلان يومئذ بعد ارتفاع النهار فعليه يوم مكانه لقدوم فلان لان صوم اليوم قد وجب عن النذر لوجود شرطه فاذا صامه عن غيره فقد منع بفعله من وقوعه عن النذر فكانه قدم بعد ما اكل ولو كان المراد بهذا القول اليمين لم يحنث في يمينه لانه قد صام اليوم الذي حلف عليه وجهات الصوم لم تتناولها اليمين قال ولو كان قدم فلان بعد الظهر لم يكن عليه قضاوه وذلك لان الصوم لم يجب عن النذر الا ترى ان الوجوب المضاف الى الشرط المنطوق به عقيب الشرط فكانه قال بعد الزوال لله علي صوم هذا اليوم فلم يلزمه بنذره شي ٥ قال وان قدم فلان قبل الزوال في يوم قد اكل فيه كان عليه ان يقضيه لان القدوم حصل في زمان يصح ابتدا النذر فيه وانما امتنع الصوم للاكل وذلك لا يسقط النذر كمن اوجب ثم اكل قال وكذلك امراه تقول لله علي ان اصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم قبل الزوال وهي حايض فعليها ان تقضي لان ما اوجبته على نفسها في زمان بعينه معتبر بما اوجب الله تعالى فيه ومعلوم ان الحيض في رمضان لا يسقط القضا فكذلك في النذر ٥ قال ولو قال رجل لله علي ان اصوم اليوم الذي اكل فيه لم يكن عليه قضاوه وكذلك امراه قالت لله علي ان اصوم اليوم الذي احيض فيه وذلك لانهما اضافا الصوم الى زمان فلا يصح صومه قصدا لا عينا بهذا القول فلا يتعلق به وجوب ٥ وليس كذلك الفصل الاول لانهما اضافا النذر الى زمان يجوز ان يصح صومهما فيها بحدوث ما يخرج من جواز الصوم لا يمنع القضا ٥ قال ولو قال لله علي ان اصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم في رمضان فصامه من رمضان اجزاه من رمضان ومن الصوم الذي جعل عليه ولا كفاره عليه ان كان اراد اليمين وذلك لان زمان رمضان مع الاقامه لا يجوز عن غيره فلم يتعلق بنذره حكم وقوله اجزا يعني انه يجوز وانما اراد بالاجزا انه لا يلزمه شي بالنذر واما الكفاره فلانه قد صام فيه واليمين انعقدت على الصوم دون غيره ٥ ولو كان قال لله علي ان اصوم اليوم الذي يقدم فيه شكرا لله تطوعا لقدومه واراد اليمين فصامه من كفاره يمين ثم قدم فلان ذلك اليوم بعد ارتفاع فعليه قضاوه والكفاره ولو كان هذا في رمضان كان مثل ذلك في الكفاره وهي غير متعينه فيه فكان عليه القضا وحنث في يمينه لانه لم يحلف على اطلاق الصوم وانما حلف ان يصوم عن القدوم فاذا صام عن غيره حنث واما اذا كان ذلك في رمضان فلا قضا عليه لان الزمان متعين لرمضان فلا يصح ايجابه لغيره فاما الكفاره فانما تجب لانه لم يصم ما حلف عليه ٥ قال وان صامه بنوي الشكر عن قدوم فلان ولا ينوي رمضان بر في يمينه واجزاه عن رمضان لان صوم رمضان لا يعتبر فيه تعيين النيه فاما اليمين فقد بر فيها لانه قد صام ما حلف عليه

495

وانما وقع عن غيره حكما وذكر بعد هذا من صام في رمضان في السفر ينوي الكفاره او التطوع كان عن الكفاره في قول ابي حنيفه ولم يكن عن التطوع وقد مضت هذه المسئله في الصيام ٥ قال كل صوم ذكره الله تعالى في كتابه متتابعا فلا يجوز الا متتابعا وما لم يذكر فيه التتابع فان شا تابع وان شا فرق الا في كفاره اليمين فان عليه صيام ثلثه ايام متتابعه وهي في قراه عبد الله وابي بن كعب اما ما ذكر الله متتابعا فقد اوجب العباده على صفه فلا يجوز ان تودي على غيرها وأما الصوم المطلق في غير الكفاره فان شا تابع وان شا فرق لان اطلاق الامر عام في الامرين ٥ فاما كفاره اليمين فهي متتابعه عندنا وقد بيناها في كتاب الايمان ٥ رحمه الله شرحه الشيخ ابو الحسين القدوري رحمه الله

اخر كتاب الكفارات وهو اخر شرح مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي

والحمد لله رب العالمين والصلوه على رسوله محمد النبي واله اجمعين

صادف الفراغ منه العبد الفقير الى رحمه الله محمد بن الحسن بن هبه الله بن فارس الموصلي في اواخر ذي الحجه من سنه خمس وثلثين وخمسمايه بمدينه مرو حرسها الله رحم الله من دعا لكاتبه بحسن التوفيق في الدارين له ولجميع المسلمين

[margin:] ... بلغ مقابله ... [illegible]